IOANNIS

BOLOGNETI BONONIENSIS,

CLARISSIMI CELEBERRIMIQ.
IVRIS INTERPRETIS

Repetitiones,

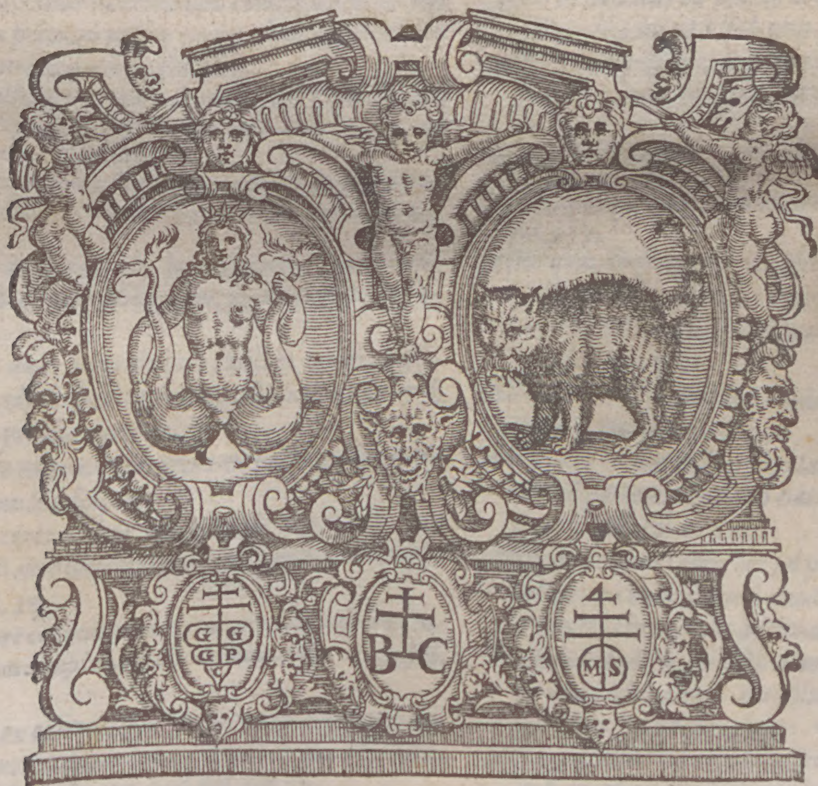
In eam pandectarum partem, quam SECVNDAM DIGESTI NOVI *uocant. In quibus docto, eleganti, altoque stilo repetitas studiosus iuris omnes materias habet, quæ uespertinis horis in scholis publice ex ipsa secunda Digesti Noui parte ordinarie interpretantur.*

Quas omnes Author ipse Salerni primum interpretatus est, Deinde in Messanensi studio, ubi adhuc summa cum laude ius ciuile stipendiis publicis ordinarie profitetur, Repetiit.

Opus nouum, aureum, Summariis, & indice locupletissimo ornatum.

Adiecta est insuper Series Repetitarũ Rubricarũ, legum, & Paragraphorũ, ut post indicẽ uideri poterit,

Cum Priuilegiis.



Venetiis, Apud Ioannem Variscum, Hæredes Melchioris Sessæ, & Baptistam Calegaris. M D L X X I.

INDEX IN REPETITIONES CLARISS. IVRISC. DOMINI IOANNIS BOLOGNETI, ad secundam Digesti Noui partem. in quo omnia ita ordinate suis locis collocata sunt, ut nulla supersit difficultas materias omnes & singulas in ipsis repetitionibus contentas reperire uolenti, quod secundum uersiculorum ordinem ad quascunque repetitiones præpositorum minime licebat, ut legenti apparere poterit, Et si quid etiam per impressorum incuriam, in numeris, & foliis,& in opere etiam ipso ommissum uel deprauatum est, restitutum in hoc indice lector ad sui comodū & utilitatem cognoscet.

Authore Domino Brunoro Sole Iuriscons. Veneto.

Actus

¶ Cau-

Filia

Legiti-

M

Nuntio

O

¶ Remis-

uerbis

S

stipula-

T

Theo-

FINIS.

SERIES
LEGVM, PARAGRAPHORVM, ET MATEriarum, Quæ in hoc uolumine Repetitionum ad ſecundam Digeſti Noui partem continentur.

Titulus de uerbor. obligat.

DOMINI IOANNIS BOLOGNETI BONONIEN. IVRISCONSVLTI CLARISSIMI In Secundam Digesti noui partem Repetitiones, nunc primum in lucem editæ, omni desiderato thesauro refertæ.

Summaria super Rubrica ff. de uerborum obligationibus.

1 *Hic exoritur septimus digestorum articulus.*

2 *Doctores in huius rub. interpretatione uarijs modis processerunt hic relatis.*

3 *Stipulatio ex usu super omnibus contractibus apponi consueuit, & quomodo in locum omnium contractuum subrogata fuit.*

4 *Pro pleniori materiæ stipulationis cognitione præhaberi debet cognitio generalis de origine contractuũ & obligationum.*

5 *Ordo oseruandus in huius Rubr. interpretatione refertur, enumerando specialiter quæstiones examinãdas.*

6 *Bene est ut priusquam ad interpretationem uerborum perueniatur pauca de significatione tituli referantur, sed rubr. hæc de uerb. obli. interpretatur de stipulationibus seu uerb. oblig. ex iis descendentibus.*

7 *Titulus de uerb. oblig. quare ita fuerit inscriptus.*

8 *Causa quare inscriptio fuit facta de uerb. oblig. & non stipulationibus ponitur.*

9 *In hoc titulo tractatur principaliter de stipu. & in consequentiam de uerbo. oblig. ideo de ea multa erunt præmittenda.*

10 *Quid sit ius naturale, gentium, & ciuile, & quomodo diuidatur, & quæ sint eorum exempla neque legislatores neq; scribẽtes per ueros modos declarauerũt.*

11 *Nouus traditur modus per quem substantia dictorum iurium cognosci poterit.*

12 *Ius naturali nouiter diffinitum, & quid sit declaratur.*

13 *Omne ius præceptum est, & ars boni & æqui.*

14 *Ius gentium nouiter diffinitur, & quid sit declaratur.*

15 *Differunt ius naturale et gentium in causa efficiente & in fine.*

16 *Ius ciuile nouiter diffinitur, & quid sit declaratur, & in quo differat ab alijs.*

17 *Ius canonicum diffinitur, & quid sit declaratur, & in quo differat ab aliis.*

18 *Omnia iura conueniunt in eo quod sunt præceptum, sed differunt in causa efficiente, & in fine.*

19 *Ius naturale & gentium quomodo diuidantur inquiritur, & refertur diuisio communis.*

20 *Legislatores uarie & quasi contradictorie enumerauerunt exempla, & præcipue conuenientia a iure naturali & gentium quæ hic referuntur.*

21 *Diuiditur ius naturale per doct. communiter in primariũ & secundarium, & ius gentium eodem modo, ut concordentur dicta iura contraria.*

22 *Triplex in effectu constituitur ius naturale mere, & gẽtiũ merũ, & mistũ, quod naturale dicitur & gentiũ.*

23 *Diuisio communis dictorum iurium reprehenditur ex multis hic relatis.*

24 *Aretini opinio refertur, uolentis unicum esse ius naturale, & gentium.*

25 *Socci saluatio refertur quæ & ipsa ex multis reprehenditur.*

26 *Ius naturale est duplex substantiale & accidentale, substantiale considerat solum finem, & est unicum & commune omnibus dominantibus & plantis.*

27 *Ius naturale respectu modi & se conseruandi est multiplex, quoniam uariis modis hic relatis creata in mundo conseruantur.*

28 *Aliud est ius naturale plantarum, aliud auium, & aliud ferarum, & aliud hominum, & ius naturale hominum est quo homines cum discursu intellectus & cum ratione conseruantur, quod non potest cæteris creatis conuenire.*

29 *Ius naturale est duplex, unum respiciens finem, & est unicũ & cõmune omnibus animantibus, aliud conueniens soli homini propter intellectum & rationem.*

30 *Ius naturale hominum potest dici ius gentium, quia ab omnibus gentibus tantummodo seruatur.*

31 *Ius gentium quoque diuiditur inter ius gentium merũ factum a gentibus, & ius gentium naturale seruatum a gentibus.*

32 *Triplex est ius secundum nouam diuisionem, unum mere naturale quod est cõmune omnibus creatis, aliud mere gentium factum a gentibus, & aliud mistum naturale, quod factum est a natura & gentibus, quia seruatur a gentibus.*

33 *Ius naturale mistum differt ab illo doctorum, quia ipsi uolunt esse factum a gentibus ex ratione, sed uere est factum a natura, obseruatum a gentibus.*

34 *Exempla quæ tribuuntur iuri naturali & gentium secundum doct. referuntur.*

35 *Exempla quæ sunt a iure naturali introducta nouiter declarantur, referuntur, & ponuntur in c. ius naturale. dis. prima.*

36 *Iura dicentia prædicta exempla esse de iure gentium resoluũtur uel quia est ius gentiũ naturale, uel quia nouiter fuere cognita, & executa, uel quia alteratione*

uel pactum, discutitur, & concluditur quod denotat contractus innominatos.

145 Pactum capitur in genere, & in specie, & in genere est idem quod conuentio comprehendens omnes contractus.

146 Pactum in dubio denotat pactum nudum, & in specie sumitur.

147 Contractus capitur in genere & in specie, & in genere sumptus comprehendit omnes contractus, & est idē quod pactum in genere & conuentio.

148 Contractus in dubio denotat contractus innominatos.

149 Conuentio pactum & contractus in genere habēt se ut eccedentia & excessa, & se inuicem continent & continentur.

150 Promißio capitur in genere & in specie, & in genere adaptatur omnibus contractibus & pollicitationi, sponsio capitur in genere, & in specie & comprehendit omnes contractus, & in dubio denotat stipulationem.

151 Verbum (spondeo) generalißimum est, & adaptatur omnibus contractibus, quia ipsi implicite omnes continent sponsionem, id est promissionem.

152 Verbum (polliceor) capitur in genere & in specie, & in genere adaptatur omnibus contractibus, & in specie soli pollicitationi.

153 Pactum in specie quid sit, & quæ sint de eius substantia.

154 Pactum an fieri poßit inter absentes sine nuntio uel epistola, discutitur, & dicitur quod sic in pacto tacito.

155 Pactum expressum factum inter præsentes an posset prodesse absenti, & ei acquirere exceptionem uel actionem.

156 Pactum tacitum potest acquiri absenti, & præsenti.

157 Pactum tacitum aliquando habent naturalem consensum, aliquando fictum, & aliquando legalem, & exempla ponuntur.

158 Quæ requirantur ad hoc ut constituatur pactum, breuiter declaratur.

159 Pollicitatio est pactum dimidiatum secundum communem opinionem habens uoluntatem unius tantum.

160 Pollicitatio an finiatur, seu constituatur per consensum duorum late discutitur, & refertur opinio Tenentium quod ad eius substantiam requiritur consensus duorum.

161 Differentia una inter pactum & pollicitationem tradita per Deci. Refertur & reprehenditur.

162 Differentia alia inter pactum & pollicitationem refertur & Reprehenditur.

163 Defenditur opinio communis, quod pollicitatio differt a pacto, quia est solius offerentis promissio, & pactum est consensus, & conuentio duorum.

164 Pollicitatio an poßit fieri inter absentes late discutitur.

165 Responsiones ad iura contraria doctorum ponuntur.

166 Intellectus ad. l. charidemus. digestis de pollici. inquiritur tradendo uarias responsiones ad eam.

167 Noua ponitur declaratio ad. l. charidemus per quam apparet quod non obstat.

168 Edere munus quid sit, declaratur, & datur intellectus firmus ad. l. charidemus.

169 Pollicitationem posse fieri absenti firmatur.

170 Pollicitatio an posset fieri præsenti & tacenti ex causa onerosa.

171 Pollicitatio an poßit fieri præsenti & tacenti ex causa lucratiua, late discutitur.

172 Præsens & tacens an uideatur consentire ad sui utilitatem.

173 Intellectus. l. ex pollicitatione. digest. de pollic. examinatur, referendo uarias responsiones a doct. datas, & ibi, Respublica quomodo consideretur, & dicatur.

174 Noua datur Responsio ad. l. ex pollicitatione quod est facta ex causa onerosa.

175 Intellectus. l. sciendum. §. dictum. de ædilit. ædic. discutitur, dando uarias responsiones ad eam.

176 Confeßio facta præsenti & tacenti an ualeat.

177 Renuntiatio litis facta præsenti, & tacenti an ualeat.

178 Stipulans dari sibi aut alij præsenti acquirit actionem mandati.

179 Si quis stipuletur decem & promittuntur uiginti, an acquirat actionem ad uiginti.

180 Oblatio an ad sui essentiam requirat præsentiam eius cui offertur.

181 Iura allegata pro communi, quod præsens & tacens uideatur consentire, non probant quia offendunt aliam regulam quando consequitur damnum.

182 Firmatur Regula contraria quod præsens & tacens non uideatur consentire ad eius utilitatem.

183 Omnia iura allegata pro communi cum nouis Responsionibus declarantur, declarando quod potius concludunt contra aliam regulam.

184 Pollicitatio quomodo, & quando inducatur breuiter epilogatur.

185 Pollicitatio an poßit fieri priuato, & producat effectus ciuiles, declaratur.

186 Pollicitatio facta priuato non ualet, neque de iure ciuili, neque canonico, neque cum iuramento.

187 Pollicitatio quod non posit fieri priuato, plenius declaratur.

188 Pollicitatio facta reipublicæ ualet etiam quod sit correspectiua.

189 Pollicitatio facta reipublicæ ualet incontinenti apposito iuramento antequam incipiat.

190 Pollicitatio facta reipublicæ an producat aliquam obligationem naturalem, ponitur, & concluditur quod illa nascitur quæ descendit, ut maioribus pareamus.

191 Pollicitatio facta ex causa pia seu pro eclesia quando ualeat.

192 Pollicitatio facta eclesiæ dicitur facta ad honorem immortalem consistentem in fauore animæ.

193 Pollicitatio facta pro anima priuato uel eclesiæ ualet.

194 Ex Pollicitatione facta eclesiæ an nascatur aliqua natura

254 *Res pro ut sunt in fieri recte diffiniri non posse ex multis demonstratur.*

255 *Stipulatio nunquam est uerborum obligatio. sed se habent tanquam causa & causatum.*

256 *Oppugnatur & quinto diffinitio quia non complectitur omnes stipulationes, cum non semper fiat per uerba executiua.*

257 *Diffinitio Pomponij peccat in quinque.*

258 *Pomponium noluisse tradere diffinitionem doctrinalem per ueros modos diffiniendi dicitur, sed descriptionem tantum per magis nota, ut intelligeretur ab idiotis tradere uoluit.*

259 *Diffinitio stipulationis per ueros modos diffiniendi traditur.*

260 *Contractus in genere est genus proprium stipulationis, & pro genere poni debet.*

261 *Consensus in contractu denotat propriam materiam stipulationis.*

262 *Verba per interrogationem & congruam responsionem complent formam stipulationis, ut conuertatur cum suo diffinito.*

263 *Stipulatio an sit uerborũ obligatio, discutitur, & cõcluditur quod nõ, sed se habẽt tãquã causa & causatũ.*

264 *Stipulationis declaratio recte subiecta fuit post Rubr. de uerb. obligat.*

265 *Sipulatio an sit iuris uel facti, remißiue.*

266 *Stipulatio unde dicatur, & quæ sit eius ethimologia,*

267 *Alciati opinio refertur, quod dicatur a stipteria, & demonstratur temeraria, & falsa.*

268 *Varonis opinio refertur, quod dicatur a stipe, quæ magis insolens & falsa demonstratur.*

269 *Iustiniani deriuatio & ethimologia uera probabilis & conueniens demonstratur.*

270 *Stipulatio seu uerborum obligatio quare potius denominetur a uerbis quam a consensu inquiritur.*

271 *Nullus contractus denominatur a consensu licet species ipsorum contractuum per consensum formalem accipiat formam.*

272 *Ratio Pauli approbatur quod denominetur a uerbis, quia illa dant formam, & mentaliter in ea incurrunt omnes aliæ.*

273 *Res dicitur denominari a suo esse specifico nõ generico.*

274 *Nomina inuenta sunt ut distinguantur res, ideo debent summi a qualitatibus magis eas separatas demonstrantibus.*

275 *Interrogatio quare debeat præcedere in stipulatione, rationes plures referũtur, quæ omnes sũt impulsiuæ.*

276 *Præsentia partium quare requiratur in stipulatione, declaratur.*

277 *Vnicus contextus quare requiratur in stipulatione, declaratur.*

278 *Maior est deliberatio in responsione facta antequam transeant ad extraneos actus quam si fiat ex interuallo.*

279 *Stipulatio quare potius denominetur ab interrogatione quam a responsione.*

280 *Beatius est dare quam accipere in elemosinis & pijs actibus, quia centuplum pro uno accipietis, sed in negotiis nobilius est acquirere.*

281 *Nobilius est dare quam accipere, quando detinetur dominium.*

282 *Solemnitas uerborum in stipulatione quando fuerit sublata per Vlpi. uel Leonem, referuntur opiniones quæ reprehenduntur.*

283 *Solemnitas una sublata fuit tempore Vlpiani, & alia postea per Leonem.*

284 *Stipulatio an poßit fieri per A. & B. uel alios characteres, late examinatur, & referuntur fundamenta quod poßit, quibus Respondetur.*

285 *Formæ renuntiari non potest.*

286 *Priuatus non potest nomina appellatiua imponere nec mutare.*

287 *Fundamenta alia, quod stipulatio non poßit fieri per gifras, referuntur, & eis respondetur.*

288 *Si adest primordium ueritatis de expreßione in interrogatione & responsione cætera per interpretationem suppleri possunt.*

289 *Sermo an poßit esse in characteribus dicitur.*

290 *Verba an dicantur fieri per solos characteres seu inducatur uerborum conceptio per solos characteres.*

291 *Contrahentes an poßint characteribus dare significationem rerum, discutitur.*

292 *Contrahentes possunt res deductas in stipulatione per Characteres ex conuentione nominare.*

293 *Vnum uerbum integrum potest ex conuentione significare interrogationem uel responsionem.*

294 *Contrahentes non possunt facere propter characteres uel gifras quod denotetur interrogatio uel responsio in stipulatione.*

295 *Stipulatio an per uerba præsentis uel futuri temporis fieri poßit, discutitur.*

296 *Stipulatio ad sui essentiam requirit uerba præsentis tẽporis dispositiua, & futuri temporis executiua.*

297 *Verba dispositiua prolata implicant uerba executiua futuri temporis, & econtrario uerba executiua implicant dispositiua præsentis temporis.*

298 *Verba sola dispositiua sufficiunt quando per illa totum negotium exprimitur.*

299 *Breuis theorica traditur, qualia uerba requirantur ad stipulationem perficiendam.*

300 *Stipulatio an sit proprie contractus discutitur referendo opiniones, & iura contraria.*

301 *Ex nimia subtilitate sæpißime perniciose erratur.*

302 *Stipulatio proprie contractus est, quando capitur in genere, sed si capitur in specie non dicitur proprie contractus, idest hincinde actus.*

303 *Stipulatio an iure ciuili uel gentium introducta fuerit, late discutitur referendo fundamenta ab utraque parte, quibus Respondeur.*

304 *Intellectus ad. §. de constituta. inst. de acti. per responsiones datur. & ad l. ex diuersa. §. primo ff. sol. matri.*

305 *Intellectus ad. l i. ff. loca. per responsiones declaratur.*

306 *Acceptilatio quomodo ciuiliter tollat obligationem.*

307 *Intellectus ad. l. ea quæ ciuiliter. ff. de acquir. re. domi. declaratur.*

308 *Fundamenta, quod stipulatio sit de iure gentium, multa referuntur, quibus Respondetur & quod omnia quæ sunt de materia stipulationis & forma sunt de iure gentium.*

309 *Forma præualet materiæ.*

310 *Intellectus. l. an inutilis. §. fi. ff. de accept. per Rationes declaratur.*

311 *Nouiter exponitur, quod ibi dicitur iurisgẽtium, quia extensa fuit ad omnes gentes.*

312 Ratio

426 *Rubrica hæc quare posita fuit & situata hoc loco, & an bene collocata fuerit, late examinatur Respondendo contrariis.*
427 *Rubricæ situatio, non uitiatur, quamuis commode in alio loco poni potuisset.*
428 *Materiam istam utilissimam esse ex prædictis euidentißime constat, & frustra dubitatur de eius utilitate.*

Repetitio Rubricæ. ff. De uerbo. obligatio.

1 
Eptimus † hic exoritur articulus iuris digestorum, de stipulationibus seu uerborum obligationibus; duobus reis, fideiussoribus, & mandatoribus, solutionibus, nouationibus, acceptillationibus, & pretoriis stipulationibus firmatus, ut inquit Iustinianus in. l. ij. §. septimus. C. de ueteri iur. enucleando.

2 In cuius † exordii interpretatione doctores ita uarie processerunt, ut nullus alterius uestigia sequatur, sed proprium unusquisque ex arbitrio suo ordinem constituat. Bar. nanque & cæteri antiqui nihil præmittendum esse arbitrati fuere, diffinitionem stipulationis ad locum quo iurisconsultus eam posuit declarandam reseruantes. Io. uero de Imo. Butigella & sequaces multa de continuationibs rubricarum iuris cæsarei & pontificii, ac de ualiditate donationis Constantini, ut aliqua noua dicere uiderentur, præmisere, Bal. autem nouellus. Socci. Ruy. Crotus, & Niger a principio mundi de origine obligationum, & contractuum exordium sumentes, quemadmodum ab initio gentes obligationes obserauerint, & postea cum executione manus Regiæ eas exercitauerint proposuerunt, alii uero, ut Ias. Alcia. & Rippa a sex terminorum traditione incipientes, quid sit conuentio, promissio, pactum, pollicitatio, constitutum, & stipulatio perquirentes, eorumque differentias indagantes, uariam & confusam doctrinā tradiderunt, magis mentem iuuenum onerantes quam instruentes in cognitione ipsorum terminorū, alii uero moderniores ut Emilius, ut Corasius delicati solius stipulationis diffinitionem, & inuentionis causam, & eius qualitates prædicere uoluerunt, alii quoque pauciora dicentes, nihil in effectu proferre uidentur.

3 Ego autem † animaduertens stipulationem super quolibet contractu ex usu apponi consuetam, & per consequens in locum cuiuslibet contractus subrogatam esse, ut per Bar. in l. ij, C. de cōditio. ob caus. taliter ꝙ notarius eam ommittens (quia præsumitur rogatus apponere eam) potest propria authoritate addere, ut per Bal. nouellū & Nigrum late defenderem infra nu. 120. & Ias. in l. ut liberis. col. 3. C. de collationibus. & Decium in cap. cum inferior, de constitutio. atq; hac de causa infinitos libros de ea editos fuisse, & inter alios contractus principatum obtinere, propterque eā dem causam post omnes contractus suppositum fuisse, animaduertens quoque quod in plerisque studiis Italiæ hęc principia in nullis studiis Italię ordinarie leguntur, & incomodum sit ualde ut quis doctorari debeat non uisis neque auditis iis principiis de actibus tam frequentibus, & in practica quocunq; die & hora contingentibus, quod turpe reputatur. l. ij. §. Seruius Sulpitius. digest. de orig. iur.

4 Ideo † operepretium esse duxi, generalia de omnibus obligationibus, contractibusque, ac eorum origine diuisione, & generica cognitione recensere, ne ignoratis principiis Socci. & sequaciū uestigia sequendo materiam pertractemus. postea sex terminorum cognitionem subiicientes, de quibus per Ias. & Ruy Rip. & Alcia. cum moderamine tamen, ut instructionem iuuenibus non eos onerantes afferramus, posteaque ad spetialem stipulationis materiam perueniamus talem ordinem sequendo.

5 Et primo † intendens tractare unde contractus & obligationes originē habuerint, & quo iure introducti fuerint, præmittā declarationē omnium iurium, quibus utimur, separatim tractando de iure naturali, gentium, & ciuili, & canonico, & diffinitiones singulorum traditas referrendo, & nouas addendo, eorumque diuisiones atque exempla discutiendo, quæ tam uarie & confuse huc usque tradita fuere, ut necessario cognitionem specialem requirant. Secundo dicemus ingrediendo quæstionem, quo iure & unde contractus & obligationes originem habuerint. Tertio dicemus, quo ordione contractus introducti fuere, & obligationes, & quare excogitatæ fuere a iure naturali uel gentium. Quarto dicemus quomodo ius gentium se gesserit circa contractus & obligationes, & quomodo & quando ex eis manus regia daretur. Quinto postea dicemus quomodo circa contractus inuentos a iure naturali uel gentium ius ciuile se gesserit eos approbando reprobando ac uariando, & nouos alios addēdo, quæ omnia hic tetigit Bald. nouellus. Socci. Ruy. Cro. & Niger, licet non sufficienter nec cum ordione theoricali tradiderint. quæ tamen plærique moderniores nausea quadam quasi extra propositum dictū laborem euitantes, & forsan cognitionem non habentes contemnere uidentur, sed nos laborem non auffugientes, & difficultates has perscrutantes secundum necessitatem occurrentem exanimabimus. Sexto simul cum Ias. Alcia. & Rippa subiiciemus quomodo post iuris ciuilis inuentionem eodem iure differant, & in consequentiā euacuabitur differentia dictorū sex terminorū cōuētionis, promissionis, pacti pollicitationis, cōstituti, & stipulationis, eorūq; potentiā tractādo, demum septimo loco cū istis delicatis stipulationis materiā amplectentes, uariarum de ea quæstionū exanimationē subiiciemus, Quærēdo primo quid sit stipulatio & quomodo diffiniatur. Secundo an stipulatio dicatur iuris uel facti. Tertio unde denominetur stipulatio. Quarto quare denominetur a uerbis. Quinto dicemus quæ sunt de forma

ſtipulationis,& quare tot pro forma eiuſdem introducta fuere. Sexta erit dubitatio, quare ſtipulatio potius denominetur ab interrogatione quam reſponſione.Septimo ſubiiciemus quæ uerba ſint neceſſaria ad ſtipulationem conſtituendã. Octauo dicemus late an per caracteres literas uel Zifras poſſit fieri ſtipulatio. Nono cuius temporis uerba debeant in ſtipulatione apponi preſentis uel futuri. Decimo an ſtipulatio dicatur proprie contractus. Decimoprimo quoq; addemus quo iure introducta fuerit ſtipulatio. Decimoſecundo dicemus an ex ſtipulatione naſcatur naturalis obligatio.Decimotertio ſubiiciemus utrum ſtipulatio poſſit fieri per uerba deſtinata ad alios contractus. Decimoquarto quare inuenta fuerit ſtipulatio. Decimoquinto dicemus an ſtipulatio ſit contractus nominatus. Decimoſeptimo quid operetur ſtipulatio ſuper contractu innominato. Decimooctauo dicemus quid operetur ſtipulatio ſuper pacto nudo. Decimo nono addemus quid operetur ſtipulatio ſuper contractu efficaci. Vigeſimo ſubiiciemus quid operetur ſtipulatio ſuper actu efficaci non dependente a conuentione.Vigeſimo primo tractabimus quę actio naſcatur ex ſtipulatione. Vigeſimo ſecundo dicemus quando ſtipulatio efficitur nulla. Vigeſimo tertio addemus quare hæc rubrica poſita & ſituata fuerit hoc loco. Vigeſimo quarto dicemus an hæc materia fuerit utilis, & propterea tota materia iſtius rubricæ per triginta quæſtiones examinabitur tangendo omnia quæ ſunt neceſſaria ad generalem cognitionem.

6 Ne tamen illotis † manibus accedamus, antequam ad uerborum interpretationem deueniamus,aliqua de ſignificatione iſtius tituli referre opus eſt, admonente Vlpia.in l.j.ff.ſi cer. petatur, habemus etenim rubricam hic inſcriptam. ff. de uerbo.obligationi.Cui uerba totius tituli & principium legis primæ contrariari uidetur, cum de ſola ſtipulatione tota lex prima cum ſequentibus loquatur,ut extra propoſitum rub.iſta appoſita eſſe uideatur.ad quod tamen reſpondet breuiter Iuſtinianus in dicta l. ij. §. ſeptimus. C. de uet. iur. enucl.dicens,quod licet oculariter rub.ſit inſcripta de uerbo. obligationib. Tamen intellectualiter eſt inſcripta de ſtipulationibus ſeu contractu ſtipulationis, a quo uerborũ obligatio naſcitur, quaſi ita poſita fuerit de ſtipulationibus & uerborum obligationibus ex eis deſcendentibus.

7 Et cauſa † iſtius inſcriptionis fuit,quoniam compilatores totius iuris digeſtorum ordinem hunc ſecuti fuere quem dixit Iuſtinianus inſti. de iure perſonarũ. §.primo.ut primo tractauerint de perſonis,poſtea de rebus,& deinde de actionibus, & cum in primis libris tractauerint de perſonis, & in aliis ſequentibus inceperint tractare de rebus quæ plerunque in iudiciis petuntur, iudiciorum materiam ſubiecerunt,& quoniam etiam plerunque in cõtractibus deducuntur, contractuum quoque materiam tradiderunt, & cum etiam de eis diſponatur per ultimas uoluntates, & ſucceſſiue per donationes, & manumiſſiones, dictos quoq; tractatus ſubiecerunt, Quibus expeditis,remanebat tertium principale ut tractaretur de actionibus & obligationibus. propterea poſitus fuerit generalis titulus de actionibus & obligationibus, & quoniam ſtipulationũ natura latiſſima erat quę prope infinitos libros antiquitus occupabat,& hodie per duos integros libros,de ea ſpetialiter erat tractandum, quaſi omnes contractus in ea recenſendo.

8 Ideo † poſt dictam rub.de actionibus & obligationibus tractatum de ſtipulationibus ſubiecerunt. Sed ne uiderentur a propoſito recedere ponendo rub. de contractibus, cum propoſuerint dicere de actionibus & obligationibus ideo ut conueniret præcedentibus, inſcripſerunt rub. noſtram de uerbo. obligationibus.

9 Intendentes † tamen de ſtipulationibus & contractu ſtipulationis principaliter tractare, ut in effectu talis uideatur ſubiecta rub.de ſtipulationibus & uerbo. obligatio.ex eis deſcendentibus. in hoc titulo, & ſequenti pleniſſime tractandum erit, & ideo ſpecialis materia huius tituli eſt de ſtipulationibus,& in conſequentiam de uerbo.obligatio. ideo cum ratione multa ſunt præmitenda ad eius generalem cognitionem. Veruntamen quia,ut dictum fuit,ſtipulatio ſubrogata fuit loco omnium contractuum, ut ſine præuia generali eorum cognitione intelligi non poſſit. propterea ante omnia uidendum eſt,unde obligationes & contractus originem habuerint, atque etiã quo iure introducti fuerint & quo ordine executi antiquiſſimis temporibus fuerint.

10 Primo igitur quero † unde cõtractus & obligationes originẽ habuerint,& quo iure introducti fuerint,in cuius quæſtionis examinatione, ne ſuper æquiuoco & ignoto laborare uideamur, ante omnia uidendum eſt quid ſit ius naturale, & ius gentium,& quid ius ciuile, & canonicum, & quomodo diuidantur,& qualia ſint eorum exempla, quæ tam confuſe per legislatores & ſcribentes tractata fuere ut nihil ignotius eſſe apud nos appareat, cum aliquali dedecore ſcribẽtium, ut prima principia totius profeſsionis noſtræ non cognouiſſe demõſtrauerint. Diffinitionem autem iuris naturalis & gentium nullam tradidere legislatores, ſolum quaſdam deſcriptiones per exempla tradẽtes,nam Vlpianus in l.j.ff.de iuſt.& iur.dixit, ius naturale eſt quod natura omnia animalia docuit, ex quo maris & fœminę cõiunctio,liberorum procreatio,& educatio deſcendit, cuius iuris omnia animalia perita cenſentur, & ius gentium dicitur quod apud omnes gentes ſeruatur, uocaturq; ius gentium, quaſi quo iure omnes gentes utuntur.Idem replicauit Iuſtinianus inſti.de iur.natu. gentium & ciuili.in princi.& §.primo. Iſidor.autem in cap.primo & cap. ius naturale. & cap. ius gentium. prima diſtin. aliter declarauit, dicens quod ius naturale eſt quod in l. & in Euangelio traditur iuxta uerba Chriſti,quæcunque uolueritis uobis fieri aliis non faciatis, hinc pendent omnes leges & prophetæ,& poſtea in ca.ius naturale dicitur. ius naturale eſt quod cõmune eſt omniũ natio-

nationum, eo quod ubique instinctu naturæ non cõstitutione habetur aliqua, ut uiri & fœminæ coniunctio, liberorum successio, & puerorum æducatio, cõmunis omnium possessio, & omnium una libertas, acquisitio eorum quæ cælo & terra marique capiuntur. Item depositæ rei, uel commodatæ peccuniæ restitutio, uiolentiæ per uim repulsio. nam hoc etsi quid huic simile est nunquam iniustum, sed naturale, æquumque habetur, & postea subiicitur, ius gentium est sedium occupatio, edificatio, munitio, bella, captiuitates, seruitutes, postliminia, federa, pacis inducię legatorum non uiolandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita, hoc inde ius gentium appellatur, quia eo iure omnes fere gẽtes utuntur. per quæ uerba apparet, quod aliter ibidem capitur ius naturale & gentium quam capiatur in iure ciuili, & in institutionibus. & uaria exempla inuicem confunduntur, ut non bene percipi possit quid sit ius naturale, & quid ius gentium, & in quo differant inter se, cum non diffinitionęs ordinatę sed descriptiones quædam magis per exempla quam per substantiam diffinitorum traditæ fuerint.

11 Ideo † ut aliquod principium clarum haberi possit, a quo cognoscamus quid sit ius naturale, & quid sit ius gentium, & in quo inter se differant, & quæ sint eorum exempla, diffinitiones magis substantiales cum uero ordine diffiniendi inuestigandæ sunt, & ego in l. ut uim. ff. de iust. & iur. & in tracta. meo de differentia & multiplici signi. iuris & facti. diffinitiones alias tradere conatus fui dicendo.

12 Ius naturale † est præceptum naturæ faciendi bonũ & æquum pro conseruatione indiuiduorum, & perpetuatione generum. dixi quod est præceptũ, quia omne ius in sui substantia præcipit & præceptũ appellatur, & dixit Iustinianus de iusti. & iur. §. iuris. quod sunt præcepta iuris. & §. fi. cum suis concordantibus, quod ius collectum est ex naturalibus præceptis gentium & ciuilibus, ut clare appareat quod omne ius sui substantia seu materia præceptũ dicĩt.

13 Postea addidi faciendi bonum † & æquum, quia intentio omnium facientium ius est præcipere bona & ęqua, cum ius dicatur quasi iustum & est ars boni & æqui & bonum dicitur quod apparenter omnibus prodest, æquum uero est illud quod apparenter prodesse non uidetur, tamen pensatis omnibus partibus per discursum intellectus cognoscitur prodesse, & ideo bonum consistit in regulis, & æquum in limitationibus, & omne ius debet continere bonum & æquum, cum in regulis solis nimius rigor existat, qui quodãmodo in tiranidem ressolui uidetur nisi interueniat temperamentum æquitatis. postea dixi, ad conseruationem indiuiduorum, quia ius naturale præcipit comedere, bibere, dormire, & alia similia facere necessaria ad sustentationem indiuidui sed tamen quia natura prohibuit indiuidua perpetua esse, & uoluit quod omnia orta occidãt, ne mortuis indiuiduis pereat mundus, addidit aliud præceptum, quod tendant ad perpetuationem generum, quod fit per generationem, nam generando filios per eorum propagationem conseruatur mundus, quamuis omnia penitus indiuidua perire iubeantur & propterea finis iuris naturalis est, quod indiuidua se conseruent in quantum possunt, & quod generent filios, ut per eorum propagationem conseruetur mundus.

14 Ius autem gentium † est præceptum omnium gentium faciendi bonum & æquum pro conseruatione indiuiduorum, & perpetuatione generum, præualente tamen conseruatione boni communis, & salutis animæ omnium nationum, ex qua diffinitione apparet, quod ius gentium participat de iure naturali in duobus, quia utrunque est præceptum & ars faciendi bonum & æquum, utrunque tendit ad conseruationem indiuiduorum, & perpetuationem generum.

15 Tamen differunt † in duobus, quia ius naturale est præceptum naturæ, & ius gentium est præceptũ omnium gentium, & sic differunt in causa efficiente. Item differunt in principali intentione finis, quia ius naturale tendit ad solam conseruationem indiuiduorum & generum, nullo alio habito respectu, ius uero gentium tendit principaliter ad conseruationem boni communis, & salutis animæ omniũ nationum, in tantum quod aliquando non conseruat sed necat indiuidua, item genera extinguit ad finem ut conseruetur bonum commune, & salus animę omnium nationum, unde multa præcepta sunt iuris gentium quæ contrariantur iuri naturali, ut dixit Vlpianus in dicta l. j. ut facile recedere posit a iure naturali, & hoc apparebit in exemplis infra tradendis.

16 Ius autem ciuile † est præceptum unius ciuitatis seu nationis faciendi bonum & æquum ad conseruationem indiuiduorum & generum, præualente tamen conseruatione boni communis, & salutis animæ illius ciuitatis uel nationis. per quam diffinitionem apparet quod ius ciuile participat de iure naturali & gentium, in eo quod est præceptum faciendi bonum & æquum ad conseruationem indiuiduorum & generum, differt tamen in causa efficienti, & in finali, quia ius ciuile est præceptũ unius nationis uel ciuitatis, ius gentium est præceptum omnium gentium, & ius naturale præceptum naturæ, item differt in fine. quia ius naturale tendit ad solam indiuiduorum & generum conseruationem, ius gentium tendit ad conseruationem boni cõmunis & salutis animæ omnium nationum, ius autem ciuile tendit ad conseruationem boni communis illius ciuitatis & nationis tantum, unde sæpissime fiunt præcepta ne conubia fiant inter alienigenas, & ne liceat alienare bona ciuitatis in forenses, ac non liceat exportare granum, farinam, & alia similia in alienas ciuitates, quæ bonum commune omnium nationum eneruant. & solum bonum commune ciuitatis uel nationis conseruant.

17 Ius autem canonicum † est præceptum Christianorum uel ecclesiasticorum faciendi bonum & æquum ad conseruationem cultus diuini, & boni communis, & salutiş animæ omnium Christianorum, & dicitur conuenire cum omnibus præcedentibus, in eo quod est præceptum faciendi bonum & æquum, & tendit ad conseruationem implicite indiuiduorum & generum, tamen differt in causa efficienti, quia ius naturale est præceptum naturæ, ius gentium præceptum omnium gentium, ius ciuile præceptum ali

cuius nationis,ius uero canonicum est præceptum Christianorum seu ecclesiasticorum, nam in concilijs generalibus authoritate Papæ congregatis interueniunt omnes Christiani, & appellatur ecclesia catholica, in constitutionibus uero particularibus ipsius Papæ, & in concilijs prouintialibus interueniunt soli ecclesiastici.Item differt in fine, quia ius canonicum non tendit principaliter ad conseruationem indiuiduorum & generum, quoniam mandat ieiunia multa atque castitatẽ seruari, ut magis mundi reperiantur homines in cultu diuino, atq; etiam tendit ad conseruationem salutis animæ præcipiendo multa deuiantia a prædictis tribus iuribus,ut facilius consequamur salutem animę,atque etiam multa pro conseruatione boni communis omniũ Christianorum, dum persequitur turcas & saracenos, & prohibet necessaria transportari ad eos, & multa alia fieri contrariantia prædictis iuribus.

18 Ex quibus† apparet quod omnia dicta quatuor iura conueniunt in materia, cum omnia sint præcepta faciendi bonum & æquum, & etiam uelint conseruare indiuidua & genera,differunt tamen in causa efficienti,cum ius naturale sit præceptum naturæ,& ius gentium præceptum omnium gentium,& ius ciuile præceptum ciuitatis, & ius canonicum præceptum Christianorum seu ecclesiasticorum. Item differunt in principali fine, cum ius naturale tendat ad conseruationem solam indiuiduorum & generum & ius gentium ad conseruationem boni communis omnium nationum,& ius ciuile ad conseruationem boni communis illius ciuitatis,& ius canonicum ad cõseruationem cultus diuini, & salutis animæ & boni communis Christianorum. Per quas differentias medulitus inuestigando poteris cognoscere quę fuerint introducta a quolibet genere iuris, & quæ sint eorum exempla quamuis de eis iura inuicem contraria uideantur tamen concordari poterunt præhabita dicta cognitione,ut infra patebit.

19 Secundo † principaliter est uidendum, quomodo prædicta iura diuidantur, & in quas species distinguantur,& quomodo diuidatur ius ciuile clare traditur in.§.constat.insti.de iure naturali gentium & ciuili.& per Iustinianum in l. ij. per eam totam. C. de uet. iur.enucleand. & quomodo diuidatur ius canonicum,& a quibus partibus proueniat, habetur in prçludiis generalibus iuris canonici, quæ ego feci ex mente omnium,sed dubitatio remanet,quomodo diuidatur ius naturale, & quomodo diuidatur ius gentium.in quo docto. sunt nedum diuersi sed pene contrarij,& iura etiam contraria uidẽtur.

20 Communiter † tamen docto. in l.ex hoc iure. ff. de iusti.& iure.uidentur tenere,quod duplex sit ius naturale,primeuum & secundariũ,& duplex etiã sit ius gentium,primeuum & secundariũ.& causa istius diuisionis est,quia uariant iura & scribentes in exẽplis eorum quæ traduntur a iure naturali, & eorum quæ traduntur a iure gentium, nam leges iuris ciuilis uidentur concludere, quod de iure naturali sint introducta illa pauca posita in l.j. §. ius naturale. ff. de iust.& iur.& in.§.primo insti.de iur.natura. gentium & ciuili,ut maris atque fœminæ coniunctio,liberorum educatio & nutritio, quæ omnibus animãtibus communia sunt, addendo tamen ex intentione,quod comedere,bibere.& dormire,nutriri, & cætera facere quæ ad uiuendum, & nutriendum communicata sunt etiam cum plantis,ex potentia uegetatiua.& Augustinus super Ioannem relatus in cap. quo iure 8.distinctio.& cap.quæ contra mores eadẽ causa.& cap.fi.distinctio.9. inquiens,ipse dedit suas proprias & sibi aptas inclinationes ex quibus genus humanum conseruaretur, & hanc præcipuam generandi & generis conseruandi, ut homo qui fragilis est & diu uiuere non potest per spetiem propriã conseruaretur, hinc maris atquæ fœminæ coniunctio ex eadem conseruationis causa inducta fuit,de iure uero gentium consenserunt Docto. ea esse quæ ponuntur in l.ueluti,& l.ut uim,& l.manumissiones quoque & l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. ut erga Deum religio,ut parenti & patriæ pareamus,ut uim atque iniuriam propulsemus, seruitutes, manumissiones,commertia,contractus, pacta, obligationes, regna,& magistratus,istisque similia in dictis locis inducta,sed postea de iure canonico alio modo hæc exempla inducta fuisse declaratur. cum in cap. primo distin. j. ponatur illud præceptum, quæcunque uolueritis fieri uobis alteri faciatis, & in cap. ius naturale,dicitur quod maris & fœminæ coniunctio, liberorum successio,& puerorum educatio,communis omnium possesio, & omnium una libertas. acquisitio eorumquæ cęlo & terra marique capiuntur, & depositæ rei,uel commodatæ restitutio,uiolentię per uim repulsio, quæ pro maiori parte attribuuntur per docto.iuri gentiũ,& insuper naturalis obligatio appellatur illa quæ a natura introducta fuit. l.Stichum.§.naturalis.ff.de solutionibus.& insti.postea de rerum diuisio.dicitur quod eorum quę capiũtur acquisitio fit de iure naturali, quæ tamen per l. ex hoc iure.ff.de iusti.&iure.iurigentiũ attribuũtur, & postea in cap. ius gentium ponuntur ea quæ a iure gentium sunt introducta, ut sedium occupatio, edificatio. munitio, bella, captiuitates, seruitutes postliminia, federa, paciæ induciæ, legatorum non uiolandorum religio,connubia inter alienigenas relicta,taliter quod non ponitur ibi distinctio exemplorum quæ introducta sunt a iure naturali, & eorũ quæ introducuntur a iure ciuili, item in l.ueluti. ff. de iust.& iure.dicitur, quod erga Deum religio est de iure gentium,& tamen illam fuisse in mundo antequam essent homines omnibus notum est,cũ Adã in Paradiso terestri Deum adorasse certum fuerit, omnesq; tronos & dominationes Deum adorare clarum est etiam,& sic necessario de iure naturali ut in genesi.cap.j.propter quam causam & dæmones a Deo de Paradiso eiecti fuere,ac etiã obligatio,ut benefaciẽti benefaciamus iuris naturalis est,operatio nõ iuris gẽtiũ.de qua in l.sed etsi lege.§.cõsuluit.ff. de petitione hæredita.& uim uim repellere operatio est iuris naturalis.l.j.§. cum arietes, ff. si quadrupes pauperiem fecisse dicat.&Cicero in lib.j.officiorum inquit,principio generi animantium omni est a natura tributum,ut se, uitam corpusue tueantur, quod non alia ratione a natura datum est, nisi ad sui ipsius conseruationem, restrictum postea iure gentium,ut cum moderamine inculpatę tutelæ fiat, dicta l.

d.l.ut uim.ff.de iusti.& iur.idemq; Cicero inquit in tuscula. nulla gens tã immansueta nec tã ferra existit, q̃ ẽt si ignoret qualẽ Deũ colere debeat, habendum tñ esse,& aliquam religionẽ seruandã sciat, & ex Indiarũ inuentarũ nouiter cognitarũ experientia demonstratur, quas nunq̃ cum aliis cõmertium habuisse cõpertum fuit,& tñ religionẽ seruasse apparet, licet sub nõe Solis,& Lunæ.& Plato in Alcibia.hõ est terrenũ & fragile ꝙ uidemus,ipse aũt animus imago Dei est qui suũ exẽplar ueneratur, & diuinã ut imperantem cognoscit. insuper &parere parentib.iuris naturalis esse cuncta aĩantia demonstrant, parentib.suis obedientiã præstando,& eos seq. ex suo sensu cognoscimus,ac plus masculum fœminæ ꝑdominari, & in loco stare cogere ue ꝓ filiorũ nutritione,ut in Genesi c.2.dictũ fuit,subiiciamq; homini & gñationi eius, reges quoq; natura constitutos fuisse DeusOpt.Max.testaᵗ &Aristoteles inquit lib.12. diuinorũ.multitudo dñantiũ mala,unus ergo prĩceps, hincq; apes & grues iure naturæ regẽ creare docentur.c.in apibus.7.q.j.ꝙ tñ iuri gentiũ attribuitur ꝑ Iustinianũ in l.ex hoc iure.ff. de iusti. & iure.obligationes quoq; iuris naturalis esse,ex eo ostẽditur,ꝙ & matrimoniũ consensu solo cõsistens in Paradiso Terestri a Deo institutum esse constet, ex quo obligationes inter uirũ & uxorẽ, filios & parentes ortas esse necessariũ est dicere, ac pactũ cum Deo Adã fecisse de nõ comedendo ligno uitæ,testatur in Genes.c.j. bella quoque ab omnib. iurigentiũ attributa iuris naturalis esse fatendum est,cũ anteq̃ mundus esset interSatanã & Deũ bellũ fuisse scripturæ testantur, & postea inter Angelũ & primos parẽtes Theologi oẽs testantur.primosque in mundo natos Cain & Abel bellũ fecisse certũ est, aĩalia quoq; inter se bella naturaliter facere uñr, pisces quoq; inter se certare ꝑꝑ conseruationẽ sui,maiora minora comedẽdo apparet,q̃uis naturali iure cõtraria dixisse uideatur tex.in §.ius aũt gentiũ.insti.de iure naturali gentiũ & ciuili.atq;testimoniũ præbet Philosophus ille q̃ dixit oĩa in mundo fieri ꝑ bellũ,elementa inuicẽ certare,plantas quoque,stellas,&c. in mũdo creata, & corruptio gñationi cõtrarieᵗ, ex quib.& aliis simil.b. q̃ laboriosus lector adducere posset,cõstat multa exẽpla ꝑ legislatores iurigentiũ attributa fuisse iuris naturalis,& ꝙ iura inuicem certare sicut & oĩa naturalia appareat.

21 Quapropter † Bar.& cõiter doc.in d.l.ex hoc iure.ff.de iusti.& iur.& l.neque.n.ff. de milit. testam.& l.si quis id ꝙ.ff.de condictio.inde.ꝑdicta cõciliare conanᵗ,& ut haberent modũ concordãdi cogitauerunt diuisiones in iure naturali & in iuregentiũ,dicẽtes ꝙ ius naturale est duplex,primeuum & secundariũ,primeuum est ꝙ est cõe omnibus animantibus,& cõtinet illa exẽpla posita in d.§.ius naturale. secundariũ est ius naturale ꝙ ab hominib. ꝓditũ fuit sine cõstitutione scripta,ex naturali tñ rationẽ, ꝙ alio nomine appellari põt ius gentiũ,ut in §.singulorũ.insti. de rerum diuisiõe. cui attributa fuere illa exẽpla posita in l.ueluti.usq; ad l.manumissiones quoque. ff.de iusti.& iure.& insti.de iur.naturali gentium & ciuili.§.2.& ꝑ totum,& alia exempla supra dicta de quib.est altercatio& contradictio.Rursus ius gentiũ dr̃ esse duplex,primeuũ & secundariũ, & primeuũ est illud ꝙ a gẽtib. factũ fuit sine scriptura naturali ratione, & appellatur ius naturale, q̃a eo iure oẽs gẽtes.utũtur d.§. singulorũ. & ideo cũ dicatur ius naturale & ius gẽtiũ duplicato nomine,oĩa exempla de quib. est altercatio ei attributa fuere,ut utrũq; uerum possit esse,quod sit de iuregentiũ & iure naturali, q̃m utroq; nomine nuncupaᵗ, secundũ est ius gentiũ quod successiuo tp̃e ab hominibus ꝑ constitutiones scriptas constitutũ fuit, recedendo plærunq; a iure naturali, cui attribuuntur ea q̃ in l.manumissiones quoque, usq; ad l.ius ciuile.ponũtur & in dicto tit.insti.posita fuere & in c.ius gentiũ. prima distinctione.ut manumissiones, seruitutes,cõtractus,cõmertia,Regna,magistratus, & iudicia, ꝙ satis confirmari ur̃ insti.de iur. naturali.§. quod uero.ibi, naturalis ratio inter oẽs homines constituit,ita apud oẽs populos perꝗue custoditur, uocaturq; ius gentiũ, quasi quo iure oẽs gentes utuntur,& successiue in §.ius gentiũ dr̃,omni humano generi cõe esse,nã usu existente &humanis necessitatib. exigẽtibus,gentes humanæ iura quędam sibi constituerunt,bella etenim orta sunt,captiuitates secutę,&seruitutes,q̃ iuri naturali sũt cõtrariæ.Subiicitque, ex hoc iure gentiũ oẽs pęne cõtractus introducti sunt,ut emptio,uẽditio, locatio,&c.talr̃ quod ea q̃ iuri naturali secundario tribuuntur eadẽmet & iuri primeuo gentiũ, quia idem esse apparet ius naturale secundariũ & ius gentiũ primeuũ,& sæpe iuris naturalis nomine ac gentiũ,ꝓmiscue appellatur.d.§.singulorum.instit.de rerum diuisione. & l. ueluti.& l.ut uim.&.ca. ius naturale.& l.Stichum.§.naturalis. de solutionibus.

22 Taliter † quod in effectu triplex efficitur ius, unũ naturale merũ, quod est cõe omnib. animantibus a natura constitutũ. & aliud ius gentiũ merũ,quod a cõstitutionib. gentiũ introductũ fuit, & aliud tertium mixtũ,quod a gentib.factũ fuit, & ꝑꝑ hoc sit ius gentiũ,tñ quia sine constitutione ex sola naturali rõne ab hominibus institutũ fuit appelleᵗ ius naturale,& sic sit mixtũ,& dicaᵗ ius naturale gentiũ,quo iure oẽs gentes utũtur, & ꝓpter istud ꝓmiscuum nomen tolluntur oẽs contrarietates inter legislatores de exẽplis, q̃m utrunq; dictum uerum poterit esse, quod sint de iure naturali,atq;ẽt uerum poterit esse quod sint de iure ciuili, & ita doct. conciliare & resoluere arbitranᵗ oẽs cõtrarietates iuriũ & legislatorũ.

23 Quæ tñ † resolutio licet cõis sit,tñ non est uera,imo medulitus considerando confusionẽ maiorem ac repugnantiam expressam inducere uñr, consentiunt.n.obligationes esse de iure gentium primeuo,& tamen ipsi oẽs fatentur cõtractus ipsos iure gentiũ secũdario introductos fuisse, cõmertia, & dominia rerũ, quod implicat absurdũ apertissime, q̃m uolunt ut filiæ longo tempore antea sint natæ q̃ eorũ parẽtes, & filii sint ante

patrem, cũ obligationes dicantur esse de iure naturali primeuo, q̃ filiæ sunt, & contractus dicãtur esse de iure gentiũ secũdario longo tẽpore postea factos, qui parentes sunt, atq; ẽt uellint obligationes, q̃ præsupponunt dñium rerũ acquisitum, ut ꝓmissores soluere teneantur, fuisse anteq̃ dominia excogitata fuere, & cõmertia introducta, & sic immiscent in istis exemplis diuinitatẽ quãdam, ut obligationes ante secula natę fuerint. itẽ contradicunt omnia supra posita, nam cõtractus matrimonii fuit antequam essent homines in mũdo inter Adam & Euam, testantibus omnibus Theologis & Canonistis, ac etiam pactum factũ cum Deo ab Adam & Eua fuisse antequam essent homines, in Paradiso Terrestri, ut testantur omnes scripturæ Sacræ, & in capitulo secundo & tertio Genes. atque etiam bella fuisse antequam essent homines, testantur Sacræ scripturæ, ut dictum fuit, aliaque similia supra relata.

24 Quapropter † Aretinus in leg. prima. supra de acquir. possess. prædictam diuisionem doctor. oppugnauit, dicens non reperiri nisi unicum ius gẽtium, & unicum ius naturale, ut iura clare dicere uidentur, & exempla posita in dicta lege ueluti. cum sequent. eiusdem iuris esse ostendit, quia illa prima fuerunt de primario iuris gentium, ut omnes testantur, & postea subsequitur eis lex manumissiones quoque, quæ loquitur de manumissionibus & seruitutibus, & tamen dicit eodem iure eas inductas fuisse, quia subiicit uerbum quoque, quod est similium repetitiuum. le. seruum quoque. ff. de procurat. & lege ex maleficiis. §. iis quoque. cum simili. de action. & obligation. ergo eodem iure gentium: & seruitutes & manumissiones introductæ fuere, quo & erga Deum religio, parenti & patriæ parere, & uim ui repellere, introducta fuere, similiter dicta lex ex hoc iure, loquitur de eodem iure gentium, quia pronomen (hoc) est demonstratiuum ad oculum corporis. lege prima. & ibi no. ff. de nou. oper. nun. ergo & etiam illa posita in l. ex hoc iure. fuere ab eodem iure gentium introducta, & per consequens unicum ius gentium dicitur, & probatur in lege prima. §. final. ff. de iustit. & iur. a quo descendunt omnes aliæ leges sequentes. Soccin. autem in dicta lege prima conatur saluare & concordare communem opinionem, dicens quod unicum est ius gentium, ut uult Aretin. sed quod habet duas partes, & exempla posita in dicta le. ueluti sunt de eodem iure gentium, sed antiquiori parte sine constitutione hominum facto. alia exempla sequentia a lege manumissiones quoque, sint de eodem iure gentium, sed de secundaria parte successiua, & in effectu dictum Aretin. resoluitur in idem quod dicunt doctor. & causa istius concordiæ fuit, quia Soccin. cognoscebat per dictum Aretin. non esse resoluta iura inuicẽ contradicentia, quoniam adhuc durabat obiectum, quod ea quæ a dicta le. ueluti attribuuntur iuri gentium per alia iura attributa fuere iuri naturali.

25 Sed tamen † neque dictum Aretin. neque fal- uatio Soc. neque diuisio communis resoluit iura contraria, ex eo quia præsupponunt ius naturale secundarium appellatum ius gentium primeuum fuisse inductum a gentibus, & sic in effectu uolunt, quod omnia dicta exempla ibidem posita fuerint introducta ab hominibus, licet ex naturali ratione, quod tamen falsum esse apparet, ex eo quia iam supra diximus contractum matrimonii fuisse antequam aliquis homo esset in mundo, & religionem erga Deum fuisse antequam nullus homo esset in mundo, & pactũ cum Deo factum ab Adam fuisse antequam nullus homo esset in mundo, bella quoque antequã mundus esset inducta fuisse & de iure naturali primeuo. supra fuit probatum, cum naturaliter ab animalibus fiant. lege prima. §. cum arietes. ff si quadr. pauper. fuisse dic. & philosophi dicunt oĩa per bellum hoc in mundo geri, & e contrario amore oĩa fieri, quod est, per litẽ & amicitiã. ut aiebat Empedocles gñabantur & corrũpebãtur, cũ ex prędictis cõtrariis oĩa creata fuerint Aristotele authore lib. 1. Phisicorũ. Ex quo apparet, ꝙ nedum opi. Bar. q̃ cõis est, sed nec Aret. nec Soc. uera est, quinimo nec ẽt ipsa iura sibi cõstare uñr, & apparẽter inter se pugnãtiã cõmittere noscũtur. Zasius uero in d. l. j. §. ius naturale dicebat unicũ esse ius gentiũ, sed hře uarios gradus & successiua tpa, quod satis ꝓbabile esset si in exẽplis bonũ ordinẽ seruasset. sed & ipse cum aliis exẽpla posita in l. ex hoc iure, & in d. §. singulorũ. de rerũ diuis. attribuit ultimis gradibus iuris gẽtiũ; cum secundũ pdictas declarationes uideantur nedũ de 1. gradu sed de iure nãli primeuo.

26 Quare ommissis † aliorũ dictis noua dẽt dari declaratio & cõcordia ad d. iura & teneri ꝙ unicũ sit ius naturale & unicũ ius gentiũ, & ꝙ exempla posita in d. c. ius naturale sint de iure naturali primeuo a sola natura inducto, & ea q̃ ponuntur in d. l. ueluti. in l. ut uim. & plæraq; posita in d. l. ex hoc iure fuisse de iure naturali primeuo, sed nihilominus uere & proprie & ęque bene possunt esse de iure gentiũ ab hominibus cõstituto, & illas ꝓpositiones cõtrarias in dictis iurib. positas ueras oẽs esse posse, nec recte considerando pugnantiã in se continere, & ꝓ resolutione conseruanda sunt ea & repetenda q̃ dixi in l. ut uim. supra de iusti. & iure & in d. tract. meo. de multiplici significatione iur. & fac. & in spetie † ꝙ licet 27
uulgatum sit dictũ ius naturale esse omnib. animantibus cõe. & prope insanũ uideri contrariũ asserere, tñ ex alia facti euidentia, & ex sensu apparet. quod non simpliciter ius naturale est cõe omnib. animantibus imo minus cõe inter aĩantia q̃ sit ius gentiũ inter hoĩes quod ꝓbatur, quia nos uidemus uaria aĩalium gña, uaria iura naturalia esse pręfixa, & ex uario naturæ instinctu conseruationẽ & ꝑpetuationẽ sibi facere, nã pisces ex iure naturali in aqua uiuere debent & in ea manendo cõseruãt indiuidua & ꝑpetuationẽ gñum & extra aquã uiuere nõ pñt. Aues vero in aere cõseruationẽ suã accipiũt nidificado in arborib. & alimẽta ex mora in aere capiẽdo, & ĩ aqua uiuere nõ pñt

nec

nec plantæ sine terra, & feras bestias conseruari in nemoribus, ut si apud domestica loca existant uiuere plerunque non possint, & animalia domestica in locis habitatis facilius conseruari, & aues in aere conseruari & nutriri, & sine eo plerunq; uiuere non posse, homines quoq; conseruari cũ iudicio intellectus, & mediante ratione naturali, & separari ab animalibus brutis, nisi & ipsi animalia efficiãtur, & propterea apparet quod respectu modi multiplex dicitur esse ius naturale, nã quoddam est ius naturale plantarum, quod nullis animalibus conuenire potest, & quoddam est ius naturale piscium, quod nullis animalibus conuenire posset, cum cætera animalia in profundo maris existentia perire omnibus notum sit.

28 Et † aliud est ius naturale ferarum, & aliud est ius naturale domesticarum bestiarum, & aliud ius naturale hominum, quod differt a cæteris animãtibus propter intellectum & discursum rationis, & quoniam homines apud nos magis considerantur, uidetur quod efficiatur duplex ius naturale

29 unum † commune omnibus animantibus, & creatis respectu finis conseruationis, & aliud commune hominibus tantum propter mixturam rationis & intellectus, & istud ius naturale hominum appellabitur, ex eo quia propter rationem naturalem eis conuenire uidebitur.

30 Poterit † quoq; appellari ius gẽtiũ quo gẽtes utũtur, quia oẽs gentes hoc iure naturali utũtur extra & supra omnia animalia, & efficitur quodãmodo tertia species inter ius naturale merum, & ius gentium merum, differt tamen a diuisione communi, quia docto. præsupponunt hoc ius naturale hominum esse inductum ab ipsis gentibus ex naturali ratione, sed ego dico esse inductum a natura, & esse uerum ius naturale restrictum ad gentes propter discursum intellectus & rationis.

31 Ius quoque † gentium dicitur esse duplex, unũ est quod a natura inter gẽtes inductum fuit, ideo appellatum ius gentium quia gentes eodem iure utuntur non respectu causæ efficientis sed respectu usus, & est illud quod statim diximus seruari inter homines, aliud est ius gentium dispositiue, qđ factũ fuit a gentibus, & proprie appellatũ fuit ius gentiũ tã respectu introductionis quam usus.

32 Taliter † quod est triplex ius ut dixi, unum ius naturale merum quod a natura factum fuit, & est commune omnibus animantibus, Aliud quod est ius gentium merum factum ab ipsis gentibus, & ad eas pertinens tam respectu dispositionis, quã respectu usus. Tertium est mixtum, quod factum fuit a natura, sed tamen restringitur ad gentes cũ discursu intellectus obseruatum, & alio nomine propter hoc dicitur esse ius gẽtiũ obseruatũ ab ipsis gẽtibus, sed ratione usus tãtũ nõ dispositionis.

33 Et hæc species † differt ab illa tradita a doctor. quia ipsi uolunt quod sit dispositiue, & per usum ipsarum gentium, sed ego dixi quod dispositiue est de iure naturali, licet per usum pertineat ad solas gentes, & effectus est maximus, quia in hac tertia spetie poterunt contineri omnia exempla supra posita quæ dixi esse de iure naturali antequam essent gentes, quæ possunt etiam dici de iure gentium propter usum. & propterea facilius concordari possunt iura contraria per hanc diuisionem quam per diuisionem traditam a doctoribus, & magis palpabilis constituitur differentia inter ius naturale quod est commune omnibus animantibus & ius naturale quod cadit in solis gentibus propter discursum intellectus & rationis, & hæc de diuisione.

34 Sed † tamen quia per istam diuisionem adhuc non sunt bene ressoluta iura contraria, & uidemus quod multa exempla iuris naturalis attribuuntur iuri gẽtium, per dictam l. ex hoc iure. & l. ueluti. ff. de iusti. & iure. quæ nimis clare loquuntur, & cõtrariantur. tex. in cap. ius naturale. prima distinctio. Ideo tertia succedit dubitatio, quę sint exempla eorum factorũ a iure naturali, & eorũ quæ facta sunt a iure gentium, & doct. dixerunt, quod illa tria posita in dicto. §. ius naturale, & in consequentiam bibere, comedere, & dormire, sunt tantummodo de iure naturali introducta, tamẽ tex. in d. cap. ius naturale. expresse ponit multa exempla, quæ uerbis claris attribuuntur iuri gentium in dicta l. ex hoc iure, ut est liberorum successio, acquisitio dominii earum rerum quæ cœlo terra, & mari capiuntur, & depositæ rei commendatio & restitutio, & uis & iniuriæ propulsatio & probaui etiam supra religionem erga Deum esse de iure naturali, & ut parenti pareamus, & ut benefacienti benefaciamus.

35 Propterea † tu pro resolutione dicas, quod omnia prædicta uere sunt de iure naturali, nam licet omnia essent ab initio communia, tamen ea quæ capiebantur in cœlo, terra, & mari, pro nutrimento, & uestitu, & commoditate dormiendi acquirebantur capientibus, & dominium illarum rerum iure naturali acquirebatur saltem ex illo iure naturali hominibus cum discursu rationis attributo, nam cum iuberet homines se conseruare, comedere, & bibere, & dormire, uoluit quoq; capta pro istis causis esse sua, & dominiũ acquiri, itaquod dominiũ necessariorũ ad conseruationẽ fuit introductũ de iure naturali, ex quo sequitur quod in ipsis rebus ita acquisitis potuit esse successio liberorum, cum etiam natura dictabat ut potius filij haberent illa bona cõseruata propter nutrimentum, ne forsan pluuiæ uel infirmitates impedirent capturã nouã, potius acquirerẽtur filiis quam aliis, & sic de illis rebus in quibus iure naturali dominiũ acquirebatur, successio quoq; liberorum eodẽ iure fuit inducta, idẽ quoq; potest dici de comẽdatione rei depositæ, & restitutione ipsius, a iure naturali obligationẽ inductã fuisse, cũ æquissimũ esset dictas res acquisitas dño restitui, uiolentiæ quoq; repulsatio eodẽ iure fuit introducta tã ratione rerũ quã corporis, & ꝙ apud animalia esse omnibus notũ est, & pleriq; q cibũ animalibus uolunt aufferre, poterunt testari, & idẽ etiã dicemus de bellis quæ ratione rerũ potuerũt fieri, ut euenit inter Caim & Abel, atq; etiã ratione personæ, cum si nos damus uiolentiæ propulsationẽ necessario fateamur bella quoq; inducta fuis-

ſe iure naturali ab una parte iuſta & ab alia iniuſta. Religio quoque erga Deum, & ut parenti pareamus eodem iure fuit inducta, ut ſupra comprobaui. pacta quoque, & contractus matrimonii eodem iure inducta fuiſſe firmatum fuit, quæ tamen plæraque ſunt de iure naturali hominum eiſdem conuenientia tantum, licet & aliqua ſint communia omnibus animantibus.

36 Non obſtant† allegata in contrarium, quia reſpondetur quod poſſunt etiam dici de iure gentium, & ciuili & canonico, ex tribus cauſis. primo quia ab initio mundi non cognoſcebantur, quia paucæ gentes erant, & in practica non eueniebãt, & non erant qui mitterent executioni niſi ꝓpria authoritate ſe tuerentur, ſed ſuperueniẽtibus pluribus gẽtibus, ceperunt magis conſiderari, ut obſeruarentur, factæ fuere ſpetiales conſtitutiones, ea recipiendo, ut ad oculos uiderentur illo iure gentium conſtituta, tamen uere antiquiori iure erant introducta. Secundo etiam poſſunt appellari ius gentium propter aliquam alterationem quæ eis tradebatur. arg. l. ius ciuile, ff. de iuſti. & iur. Tertio, dicebantur eſſe de iure gentium propter diuerſum finem ad quem tẽdebat ius gentiũ & ideo dominii acquiſitio quæ tantũmodo erat in iis quæ capiebantur cælo, terra, & mari, cepit conſiderari etiam de ſtabilibus, & de terra, cuius iure gentium dominium cepit acquiri. unde etiã dominii acquiſitio dicta fuit eſſe de iure gentiũ. item rerum acquiſitio facta ad finem diuitiarum cepit eſſe de iure gentium, cum non tenderet directo ad conſeruationem ſui ipſius, ſucceſſio quoque earum rerum quæ non tendebant ad conſeruationem fuit de iure gentium, & propterea inoleuit dictum, quod omnia prædicta ſint de iure gentium, regulariter omnia quæ reſpiciunt acquiſitionem, commertia, & diſpoſitionem rerum, ad alium finem quam ad ſe conſeruandum fuere de iure gentium.

37 Et ſic † omnia prædicta inuenta a iure naturali potuerunt ex iſtis cauſis dici de iure gentium, & eadem ratione & de iure ciuili & de iure canonico, & exemplum unum datur quod pro omnibus ſufficiat, per glo. in §. primo. inſti. de iur. natur. gẽtium & ciuili. quæ uoluit, quod matrimonium

38 † iure naturali inductum ſit quoque de iure gentium, iure ciuili, & canonico, & ibi no. omnes docto. Et propterea apparet reſolutio ad omnia contraria, quæ adducta ſunt & adduci poſſunt, quia nulla eſt contradictio quod ſint introducta de iure naturali & tamen quoque dicuntur introducta de iure gentium ciuili & canonico.

Quibus ſic declaratis ſuccedit quæſtio propoſita diſcutienda, unde habuerint originem obligationes, & quo iure ipſæ & contractus introducti fuerint, quæ duo explicat commixtim hic Socci. tamen ſeparari debent. inquit enim primo, quod obligationes habuerunt originem a potentia rationali hominum non autem a potentia uegetatiua neque ſenſitiua. Ideo † conſiderat tres potentias, uegetatiuam, ſenſitiuam, & rationalem, quæ

39 dicuntur tres animæ in cunctis creatis in mundo, ut inquit Ariſtoteles in libro de anima. & quoniam iſte tres animæ appellantur potentiæ quædam certa faciendi appellauit Socci. eas potentias proprie, tamen appellantur animæ.

40 Et una eſt† uegetatiua, quæ præſtat potentiam capiendi nutrimentum, creſcendi, & multiplicandi, & hæc dicitur eſſe communis omnibus animalibus, & plantis, & cunctis creatis, quæ nutriuntur augentur, & multiplicantur, mandante natura per talem potentiam, nam plantæ nutriuntur, augentur, & producunt filios ſuos, lapides quoq; augentur paulatim, animalia & cũcta creata. ab iſta tamen potentia inquit Socci. non habuerunt originem obligationes, quoniam cum conueniat plãtis, lapidibus, & cæteris creatis, ſequeretur quod obligationes etiam conuenirent plantis, & quod ipſæ interſe & hominibus obligarentur, quod uidetur nedum abſurdum ſed ridiculum, & propterea concludit, quod ab anima uegetatiua nulla poteſt procedere obligatio, & quod plantæ & cætera creata non ſe mouentia nullo modo poſſunt obligari.

Secunda eſt anima ſeu potentia ſenſitiua, quæ dat poteſtatem ſentiendi, & ſenſus habendi, ſenſus autem quinque dicuntur, uiſus, odoratus, auditus, guſtus, & tactus. per quos omnia animalia ſentiunt dolorẽ & lætitiã, & ſi percutiãtur patiuntur dolorem, uel aliquid habeat delectabile iſtis ſenſibus lætantur, quod non cadit in plantis cum iſtos ſenſus non percipiant, neq; dolorem ex percurſione ſentiãt, neq; etiã lætitiã ex aliqua cauſa, ideo hæc anima dicitur cõuenire cũctis animantibus, ſed nõ cõuenit plãtis, nihilominus inquit Soci. ꝙ ab hac potentia nõ depẽdent obligationes, qm̃ cum ſit cõmunis omnibus animantibus ſequeretur ꝙ cætera animãtia, feræ beſtiæ uermes, aues, & piſces obligarenť, ꝙ ẽt eſt abſurdũ. & ꝓpterea dicit ꝙ ab iſtis duabus potẽtiis non põt ꝓcedere obligatio, neq; plãtę & animalia poſsũt obligari.

41 Tertia† eſt anima ſeu potentia rationalis, per quam homines intellectũ conſequuntur, & diſcurſum cum ratione habent, & ab iſta potentia dicit ipſe habuerunt originẽ obligationes, quoniã conuenit ſolis hominibus, & in eis cadit iſta habilitas ſe obligandi, tũ quia habent intellectũ & cognoſcunt ad quid obligentur, tũ etiam quia ſciunt loqui, & per diſcurſum rationis facere cõuentiones atq; contractus. & qm̃ hęc potẽtia ab initio qñ homines ceperũt eſſe in mũdo introducta fuit cum eis, & ſtatim hãc habilitatẽ cõſecuti fuere, ideo obligationes iure naturali ꝑ hanc potẽtiã in hominibus ab inito fuere introductæ, q̃ in illis primis tẽporibus fuerunt tantũmodo quatuor, erga Deũ religio, ut parẽtibus & patriæ pareamus, uim atq; iniuriã propulſemus. l. ueluti & l. ut uim. ff. de iuſti. & iure, atque ut benefacienti benefaciamus iuxta l. ſed ſi lege. §. conſuluit. ff. de petitione hæredita. a qua etiam potentia ſucceſſiuo aliquo tempore etiã prouenit illa obligatio, ut fidẽ ſeruemus, de qua habetur in l. j. ſupra de conſti. peccunia, & in l. j. ff. de pact. & nõ obſtat ꝙ non apparet tã antiquo iure has obligationes inductas fuiſſe,

cum

cum uideantur leges dicere quod iure gentium introductæ fuere, nam ipse dicit, causa istius locutionis fuit, quoniam in illis primis temporibus non erant neque Reges neq; magistratus qui eas mitterent executioni. unde non cognoscebantur, & cum quodammodo inutiles uiderentur sperne bantur, sed quando ciuitates conditæ, & Regna creata, atque Reges & magistratus constituti fuere, tunc cepere esse personæ quæ has mitterent executioni, Et propterea ceperunt inter homines cognosci, & quasi uidebantur iure gentium introductæ, cum eo tempore cognosci ceperunt & executioni mandari, quia omnia nostra facimus quibus authoritatem impartimur. l. j. §. omnia. C. de uet. iur. enucleand. tamen uere erant introductæ de iure naturali, licet tempore iuris gentium cepissent inter homines cognosci. & postquam cognosci ceperunt apparuit eas causari a quattuor principiis, unum est, ut maioribus pareamus, dicta l. ueluti. propter quam causam ex sententia potest dici quod nascatur naturalis obligatio, Secũdum est ex illa æquitate, nequis locupletetur cũ aliena iactura. l. nã natura, cũ concord. de condi. indebi. Tertium est ex illa æquitate, ut fidem seruemus, dicta l. j. ff. de pactis. cum similib. Quartum est fundatum in generali æquitate, ut homines bene uiuant, & delicta puniantur. l. bona fides, ff. depo. & ideo delinquentes etiam possunt dici naturaliter obligati. iuxta dictam l. bona fides. & l. si a reo. §. illud. infra de fideiusso. & habetur iust. de obligatio. quæ ex delicto nascuntur. in principio. addit quoque postea, quod omnes obligationes & contractus ante leges ciuiles seu positiuas possunt dici de iure naturali productione, iuxta tex. in l. Stichum. §. naturalis. cum similibus. ff. de solutioni. licet uerbaliter & uulgo iure gentium dicantur introducti. & ideo dixit Augustinus quod liberum arbitrium causatur a lege naturæ, & commertia atque contractus, quoniam homo est animal rationale, sed tamen postea dicuntur de iure gentium, ex illo capite, quod ius naturale in hominibus appellatur proprie ius gentium, non tanquam a gentibus introductum, sed quia eo iure gẽtes utuntur, Quare concludit ipse quod obligationes a sola potentia rationali prouenerunt. & quoniam illa potentia procedit a iure naturali, ideo etiam obligationes omnes, commertia, & contractus fuere de iure naturali productione, licet quantum ad cognitionem & executionem uideantur esse de iure gentium ut hic per eum licet aliqualiter inuolute.

42 Ex cuius † dictis colliguntur aliquæ conclusiones, & prima est: quod obligationes non proueniunt ab anima uegetatiua, neque plantæ, & cætera creata obligari possunt, neque homines ex ea, sed tamen in contrarium facit, quia imo uidetur quod dictæ obligationes in homine causari possint ab ista anima uegetatiua, nam ut inquit Aristoteles in lib. secũdo de anima. anima uegetatiua habe tres potentias, unam nutriendi & apprehendendi cibum & potum, seu nutrimẽtum, per quod conseruantur creata. Secundam, augendi & crescendi, propter nutrimentum, quoniam plantæ & cuncta creata ex nutrimento augentur. Tertia est potentia appetendi copulam, & generandi, atque producendi filios, quæ omnes potentiæ sunt generales cunctis creatis, & reperiuntur in plantis & animalibus. quoniam & plantę nutriuntur per humorem assumptum, augentur, crescunt & producunt filios, uel per uirgulas, uel per semina, & hoc idem contingit in cæteris animantibus quæ copulantur, producunt filios, & nutriunt filios, & per cibum & potum augentur & crescunt, sicut etiam contingit in hominibus, unde illa tria principalia quæ attribuunrur iuri naturali in dicta l. j. §. ius naturale. & iusti. de iure naturali. §. primo dicuntur prouenire a potentia uegetatiua, ergo uidetur quod per eam debeant induci tales obligationes a iure naturali, & non ab aliis potentiis.

43 Suadetur † etiam, quia plantæ quoque ipsæ possunt obligari, quoniam fatentur omnes docto. obligationem causari ab illa æquitate ut maioribus pareamus, & plantæ a suo maiori, idest a Deo uel a natura naturata habuerunt hoc præceptum, ut nutrirentur, crescerent, & multiplicarentur, quod præceptum appellatur instinctus, ex eo quia est scriptum intus in anima, nam quando inductum fuit ius naturale, creata nesciebant legere neque scribere, & non poterat scribi in tabulis ceratis.

44 Ideo † natura hoc præceptum infixit in anima, & appellatur instinctus naturæ per quem coguntur illud præceptum obseruare, & postea habemus quòd Deus uerbaliter fecit hoc præceptum cunctis creatis, dicendo crescite & multiplicamini & implete terrã, Genesi cap. primo in fi. propterea potuerũt plantæ ex isto pręcepto obligari.

45 Vnde dicitur insti. de obligatio, in princ. quod obligatio est iuris uinculũ quo necessitate astringimur. ideo ipsa præsupponit uinculum ex præcepto inductum, quod pręceptum inducit coactionem, & obligatio nihil aliud est nisi quædam coactio faciendi, quæ omnia procedunt quoque in cæteris animantibus, ut ipsa ex tali præcepto debeant obligari.

46 Qua propter † tu cõcludas contra Socci. quod imo a potentia uegetatiua causatur obligatio ad illa tria, ut se nutriant, crescant, & multiplicentur, & quod ipsæ plante obligantur ad ista tria, ex eo quia ea facere cogunrur, & est magis efficax obligatio & fortis, quam in animantibus, cum ea semper faciat & nunquam dessistat ab obseruatione illius præcepti, & certe nisi esset hæc obligatio & coactio a natura introducta non possent in eis produci tales effectus, sed tamẽ hanc obligationẽ nos appellamus ad differentiam cæterarum obligationum, instinctum & coactionem quandam; uere tamen est obligatio in genere sumpta.

47 Et eadem † opponi possunt de potentia sensitiua quam animalia habent, nam & ipsa nedum obligantur ex illo præcepto naturæ ad nutritionem, augumentũ, & procreationẽ filiorum, iuxta illud præceptum Dei, crescite & multiplicamini. sed etiã obligantur fortius propter animã sensitiuã quæ maiorẽ cognitionem eis prębet, & tenentur

obseruare illa præcepta propter illam æquitatem, ut maioribus pareamus, & facit tex. in l. j. §. cũ aries. ff. si quadrup. paup. fecisse dicatur. quæ obligatio appellatur quoque instinctus seu coactio, tamẽ in genere est obligatio, cum illa sit iuris uinculũ quo necessitate astringuntur illa facere, & fortius quam faciant homines, cum nunquam ab eis desistant, & non habeant liberum arbitrium, ut habent homines, & propterea conclusio est fienda, quod a potentia uegetatiua & potentia sensitiua nascuntur obligationes ex illa æquitate (ut maioribus pareamus) que cadunt & in plantis & in animalibus brutis, solum autem animalia prohibentur obligari illis obligationibus quæ requirũt discursũ intellectus, ut erga Deũ religionẽ & fidẽ seruemus, quæ nõ possunt cadere nisi in hominibus.

48 Tertio † Socci. inquit quod obligatio procedit a potentia naturali quam homines soli habent, & propter eam ipsi obligantur, nam per discursum intellectus cognoscunt Deum & obligantur ad religionẽ & habent loquelã & discursum intellectus & obligantur ad fidẽ seruandam, quam promiserunt, atq; obligantur ex æquitate, ut parenti pareamus, & benefacienti benefaciamus. Sed tamẽ huic conclusioni obstant omnia quæ supra dixi, quia imo & plantæ & cætera creata obligantur ex anima uegetatiua. & animalia quoq; ex ea, & alia potentia sensitiua propter præceptum factum a natura & a Deo, & põt addi etiã aliud quod animalia obligentur ut parenti pareamus, quia hoc præceptum etiam in eis cadit, & defacto uidemus obseruari, cum ista animalia & parentes cognoscãt. item potest addi quod obligamur ut benefacienti benefaciamus, quod uidemus seruari a canibus qui diligunt dominum & defendunt dominũ, & eiiciunt extraneos, quia a Domino utilitatem cõsequuntur, & uictum, licet hæc obligatio non sit cum illa ratione quæ reperitur in homine, & etiã illud de religione Dei potest dici, quatenus possunt cognoscere quod etiam moratur in eis, & solum uidetur quod nõ possint obligari ex illis præceptis quæ requirunt discursum intellectus & rationem, cum talis potentia cadat in solis hominibus. unde uidetur dicendum, quod homines possunt obligari ex illis tribus potentiis, scilicet uegetatiua, sensitiua, & rationali, & quod ad aliqua obligentur propter unam, & ad aliqua propter aliam.

49 Nihilominus † defendendo Socci. in quantum potest fieri, dicas, quod aut anima uegetatiua reperitur sola, & qui eam habent ex ea sola obligantur, aut reperitur unita cum potentia sensitiua, & ex illis unitis animalia possunt obligari, aut uero reperiuntur illæ tres animæ unitæ, ut in homine, & tunc ab illa rationali obligationes causantur, propter illam rationem, quia ut dicebat Aristo. in dicto lib. ij. de anima. dictæ tres animæ non sunt in hominibus separatæ

50 Sed sunt simul unitæ, faciendo unũ indiuiduũ hominis cum illis tribus operationibus, & continentur in eo sicut trigonum in tetragono, ut utar uerbis ipsius, & unusquisq; homo habet unam animam rationalem, quæ habet tres potentias, scilicet ratiocinandi, sentiendi, & uegetandi, unde homo ex ista potentia rationali obligari dicitur tanquam magis præualenti, sed concurrentibus aliis potentiis secundum earum effectus, & in animalibus obligatio causabitur ab una sensitiua habente potentiam uegetandi, & in plantis a sola uegetatiua. & propterea conclusio Socci. in hoc erit uera, quod in homine a sola ratione naturali causabitur obligatio, cum unicam habeat cum dictis potentiis, sed tamen non est uerum quod & animalia & plantæ non obligentur secundum capacitatem eorum ad obseruantiam præceptorum naturæ & Dei, ut dixi.

51 Sed adhuc † dum ipse concludit, quod quatuor obligationes ab initio fuere introductæ, quod postea considerata sunt quatuor principia a quibus obligationes dependent, istud dictum licet communiter* sit approbatum, nihilominus non est uerum ut ipse illud profert, nam non est uerum proprie quod obligationes causentur ab illis potentiis ut ipse præsupponit, neque etiam ab illa potentia naturali, quoniam si sunt potentiæ non possunt causare obligationem, & coactio aduersatur potentiæ non autem cum ea potest concurrere, ut dicunt doct. & ibi ego notaui in Rubr. ff. de iuris dictio. omnium iudicum. in diffinitione iuris dictionis, dum ponitur uerbum (cum necessitate ius dicendi.)

52 Vnde tu † concludas, quod omnia ista dicta Socci. & doct. sunt impropria, & obligationes non possunt a potentiis induci, sed obligationes naturales causantur a præcepto naturæ, & solum præceptum est illud quod facit obligationes, idest ligationes illas inducit, ut dicitur in diffinitione obligationis, in illis uerbis (est iuris uinculum) quod uinculum a solo præcepto causari potest, & ideo subdit postea text. in. §. primo. insti. de obligationi. quod obligationes aut sunt ciuiles, aut naturales, aut prætoriæ idest causantur uel a præceptis ciuilibus, naturalibus, uel prætoriis.

53 Propterea sequitur † quod non tantum ab initio mundi illæ quatuor obligationes introductæ fuere, sed tot fuere introductæ, quot fuere præcepta, & quia fuit præceptum religionis in Deum, ut patet Genesi. capit. secundo causatur obligatio religionis. unde in capit. tertio postea dicitur, quod Abel & Cain offerrebant Deo decimas. Item fuit præceptum benefaciendi, quod ponit Christus in Euangelio, & refertur cap. primo. j. distinctio. item præceptum ut parenti pareamus, atque etiam ut maioribus pareamus, quoniam text. dicit, subiecit pedibus hominis cuncta creata in mundo. Item & illud preceptum, ut fidem seruemus. quia uoluit Addam seruare pactum, & quia non seruauit eiecit eum de Paradiso.

54 Idẽ † potest dici de præcepto nutriendi se, & conseruandi, & perpetuãdi, a quo nascũtur obligationes sup. narratæ, & plus etiã possumus dicere, ꝙ illa decẽ pcepta Dei manifestata Moisi fuere pcepta

pta naturæ, & generaliter omnia quæ instinctu naturæ facimus dicuntur esse præcepta naturæ
55 †per quæ obligamur intantum, quod si etiam aliquid promittimus cum uerbis solis nostris obligamur ex præcepto Dei & ex præcepto naturæ, ut fidem seruemus, nõ ex illa promissione neque ex illis uerbis, & quatenus iura dicunt ex contractu nasci obligationes, non intelliguntur ut ab illis uerbis nascantur, sed ex præcepto naturæ uel legis mandante ut fides & promissiones seruentur, & propterea concludas, quod infinitæ obligationes a principio mundi iure naturali inductæ fuere secundum tamẽ capacitatem subiecti, ut in plãtis minores, in animalibus plures, & in hominibus propter rationem omnes.

56 Sed tamen unicum†principium habent omnes, obligationes scilicet præceptum legis, & non dicuntur quatuor principia prout uult hic Soc. sed dicitur unicũ principium, scilicet præceptum legis, quod tamẽ principium postea uariatur in plura, secundum quod uaria præcepta a lege naturali, uel alia lege proferruntur.

57 Sed adhuc fortius instatur. † nam admittatur, quod plures obligationes iure naturali fuere introductæ propter præcepta naturæ quæ tendunt ad conseruationem & perpetuationem, uidetur saltem quod prædicta conclusio non possit procedere in obligationibus quæ nascuntur ex pactis & contractibus, quæ uidentur esse omnino de iure gentium simul cum seruitutibus, per tex. in d. l. manumissiones quoque. & l. ex hoc iure. ff. de insti. & iur. ubi cumulantur ea quæ omnino fuere de iure gentium dispositiue, ut regna, & ciuitates, dominium terræ, & emptio & uenditio, quæ omnino fuit de iure gentium, quoniam sine peccunia fieri non poterat, quæ solo iure gentium dispositiue introducta fuit. l. j. ff. de contrahend. emptio.

58 Sed † tamen adhuc respondendo dicitur, quod imo obligationes nascentes ex contractibus introductæ fuere de iure naturali, quoniam clarum est quod multi contractus iure naturali fuere introducti, cum contractus matrimonij fuerit antequã gentes esset in mundo, in Paradiso Terrestri, ubi etiam fuit pactum factum cum Adam a Deo de non comedendo lignum uitæ, & postquam eiectus fuit de Paradiso incontinenti incepit esse contractus commodati & depositi, & permutationis de rebus necessariis ad uictum & uestitum, & ideo apparet quod etiam contractus fuere introducti de iure gentiumaturali hominum, & in spetie fuit illud præceptum, ut fidem seruaremus, quod sub se comprehendit obseruantiam omnium contractuum, & obligaionem ad eos exequendos.

59 Sed tunc iterum instatur, † quia imo uidetur, quod non posit comprehendere obligationes ex contractibus, quoniam obligatio est iuris uinculum quo necessitate astringimur alicuius soluendæ rei. insti. de obligationibus. in princip. si ergo soluenda est res, ergo præsupponitur dominium, quod non erat de iure naturali, cum omnia essent communia. dicto cap. ius naturale. ibi communis omnium possesio. ergo obligationes ex contractibus esse non poterant. & text. in illis uerbis communis omnium libertas, & communis omniũ possessio, uidetur comprehendere omnes res tã mobiles, quam immobiles ut per Mod. in d. l. ex hoc iure. reprobantes in hoc Paulum de Castro, & uidetur suaderi ratione, quia Deus omnia subiecit pedibus hominum, & hominibus communiter donauit, ut in Genesi cap. j. in fi. & terram, mare, denique ut ipsum solem, cœlum, & stellas communi gaudio possideret, & quod capiebant de piscibus, auibus, uel feris commune omnibus capi uideretur. ergo de eo quod non erat suum neque eis acquiri poterat obligatio aliqua esse non poterat. l. inter stipulantem. §. sacrã. inf. eo. & insti. de inuti. stipulatio. in princip. unde in dicta l. ex hoc iure. dicitur prius quod dominia fuere distincta antequam diceret de contractibus, sentiens sine distinctione dominiorum cõtractus celebrari nõ posse.

60 Sed defendendo † responderi potest, quod hæc obiectio non impedit quin obligatio non possit nasci in obligationibus faciendi in quibus nullũ dominium est necessarium, & de iure naturali subiectum erat habile, ut in obligatione de contractu matrimonij, & in pacto de non comedendo lignum uitæ, & aliis similibus. Item in obligatione de nutriendis & educandis filiis, & in obligatione ut parenti pareamus, religionem seruemus, & benefacienti benefaciamus, & delictorum pœnam subeamus, quam nos malo nostro propter peccatum Adæ experti sumus, ut propter illud omnes damnati fuerimus, nisi fuisset redemptio facta per natiuitatem, & mortem, & resurrectionẽ Christi.

61 Secundo respondetur † negando assumptum, quod non esset dominij acquisitio de iure naturali, quia imo illud introductum fuit in illis rebus quæ cœlo, terra, mari capiebantur, ad conseruationem uictum uestitum & dormitum, quod probatur, quoniam licet omnes res mobiles essent cõmunes, prout etiam hodie adhuc durant, ut insti. de rerum diui. §. singulorum. cum sequenti. tamen earum dominium acquirebatur, cum post captiuitatem seu perceptionem poterat ipse de illa re plene disponere etiam consumendo.

62 Et dominium† nihil aliud est nisi potestas plena de re disponẽdi. l. si quis ui. §. differentia. ff. de acquir. possessio. cum ibi no. per Bart. & notaui in l. filius familias. §. Diui. in præmissis. ff. de leg. j. & probatur in l. j. in fi. ff. de acquir. possessio. non uiolãdo literam. ubi etiã dixi, & ideo sequitur, quod de omnibus rebus mobilibus poterat acquiri dominium, & de eis obligationes fieri, & probat expresse tex. in dicto cap. ius naturale, ibi, liberorũ successio, quæ intelligitur de rebus captis & conseruatis ad uictum & uestitum, & dum subdit, depositæ uel comendatę rei restitutio quę fiẽda erat domino. l. bona fides. ff. deposi. & satis probatur Genesi. cap. ij. ibi dum Abel haberet oues pingues & crescentes, & Cain inuidebat ei qui dabat operam culturæ, & propter hanc causam interfecit eum, & si dominium non fuisset quæsitum nõ potuisset cadere illa inuidia, cum & ipse æqualiter fuisset dominus, & tex. addit, quod unusquisque

de rebus suis offerrebat Deo decimas & primitias,& propterea sequitur,quod hęc obiectio non stringit.quia obligationes nascentes ex contractibus potuissent esse de iure naturali.

63 Sed iterum instatur† quia imo uidetur quod tales obligationes ex defectu subiecti tunc esse non possent, attento quod obligatio est iuris uinculũ quo necessitate astringimur alicuius soluendæ rei,unde præsupponitur quod de substantia obligationis sit quod fiat executio quæ de iure naturali non poterat fieri,cum deficerent Reges & magistratus qui eas mitterent executioni.

64 Sed defendendo adhuc respondetur, quod hæc obiectio non est generalis,attento quod nos uidemus obligationes naturales plærasque fuisse executas,ut patet in plantis, quæ omnes omnino exequuntur obligationem suam, capiendo nutrimentum, crescendo,& producendo fructus,& semina prout in eis cadit obligatio,& nunquã deficit hęc executio.& idẽ seruatur in animalibus quæ prædictũ pręceptũ indistincte obseruant & exequũtur.

65 Secundo etiam † respondetur, quod executio non est de substantia obligationis, cum ipsa obligatio in substautia sit iuris uinculum cum necessitate executionis iussæ a lege non autem cum executione facti,ut no.per doct.in dicto §.primo.insti.de obligationibus,& probatur etiam, quoniã si executio esset de substantia, nulla esset obligatio nisi post sententiam iudicis, cum antea non fiat,sed nos habemus quod incontinenti quod aliquis promittit nascitur obligatio efficax sine executione.§.omnis.&.§.conditionis. insti.de uerborum obligatio.ergo executio non est de substantia.sed est quoddam accidentale seu naturale ipsius sine quo esse potest.iuxta.no.in l.cum quid.ff. si cert.petat.& propterea illa diffinitio necessario debet intelligi de coactione quam facit lex, quæ ab initio & semper est, non de coactione actuali, & propterea apparet quod etiam de iure naturali obligatio poterat esse,quamuis non fuisset executio efficax.

66 Tertio † etiam respondetur, quod imo etiam illo tempore erat coactio actualis, quoniam eam propria authoritate creditor facere poterat, & erat licitum,& ab hac executionẽ manuali nata fuit occasio ut eodem iure naturali constituerẽtur bella,quæ erant licita,& ut propria authoritate sint permissa per uiolentiam occupare, & eam exequebantur parentes in liberos, mariti in uxorem, prout etiam uidemus de facto seruari in animalibus.

67 Et hæc † executio propria authoritate hodie remansit in Regibus & principibus non recognoscentibus superiorem,qui quod sibi putant deberi per indictionem belli propria authoritate occupant, atque etiam faciũt represalias,quæ hac ratione sunt permissæ,ut per Bar.in suo tracta.reprehesaliarum, & not. in l.j. C.quando licet sine iudice se uendicare.& in l.j.C. ne quis in sua causa iudicet. & per Abb. in cap. proposuit. de appellationibus & in capit. ex parte. lo. j. de uerbo.signifi.& inter priuatos etiam hodie remansit, in patre qui habet filios in potestate.iux. no. in l. frater a fratre. de condi. ind. & in quibuscunque aliis quando deficit iudex.l.si alius.§. bellissime. ff.quod ui aut clam. Alex.late in l. j. §. nuntiatio. ff.de nou.oper. nuntiatio.& propterea apparet ꝙ ex hoc capite deficientis executionis non impeditur quin obligatio possit esse de iure naturali.

68 Sed iterum † adhuc instatur,imo uidetur quod adhuc deficiat habilitas, ut de iure naturali possint esse obligationes. nam doct. fatentur quod contractus multi fuere introducti de iure gentiũ dispositiuo, ut est uenditio, quæ propter pecuniam necessario fuit de iure gentium,& etiam possunt connumerari illi contractus qui nouiter introducti fuere de iure ciuili, ut no. in dicta. l. ex hoc iure.in fi.& inf.dicemus de stipulatione. ideo ex iis uidetur impossibile quod nascatur obligatio a iure naturali introducta, quoniam filia per multa secula nata fuisset ante patrem,quod est absurdum, iuxta.tex.in,§.penul.& fi.insti.de obligatio.sed adhuc defendendo respõdetur, quod imo adhuc ex dictis contractibus naturalis obligatio potest competere ex introductione iuris naturalis, attento quod eodem iure fuit factum præceptum generale,ut fidem seruaremus, & pacta seu promissiones, quod præceptum continebat uirtualiter sub se omnes contractus qui tunc temporis fiebant,& alios qui postea fuere introducti, & omnes alios qui hinc ad mille annos introducentur, quoniam in quocunque contractu semper cõtinebitur illud præceptum ut promittens fidem & promissionem seruare teneatur.unde omnes cõtractus in quacunque subtilissima forma introducti semper implicabunt illud præceptum, & uirtute ipsius nascetur obligatio, & non poterit dici ex alio capite nata nisi a natura & præcepto naturali,& appellabitur naturalis obligatio etiam in stipulatione.l.Stichum.§.naturalis. ff.de solutionibus.& ad illud quod filia nascitur ante patrem, respondetur negando, quia obligatio ab initio mundi nascitura ex illo contractu non fuit introducta,sed tempore quo fit nascitur illa obligatio ex præcepto naturali quod implicatur in eo, & semper loquitur. lege Arrianus.C.de hæreti. & loquetur semper in secula seculorum, sicut dicitur etiam de anima secundum opiniones philosophorum, nam quidam uolebant quod ab initio mundi Deus creasset omnes animas in hominibus futuris quas reconditas retineret,sed alia fuit opinio ab ecclesia recepta, quod imo tempore creationis hominis nouiter a Deo creetur ipsa anima,ita ergo & præsenti die quo fit contractus, obligatio nascitur naturalis, tamen erit ex illo præcepto naturali ab initio mundi constituto, & duraturo usq; ad finem,unde bene apparet quod ius naturale cum suis præceptis fuit ante illos contractus, attamen ipse obligationes ab illo præcepto hodie nascuntur ex contractibus, & hoc modo intelligi debet tex.cum suis concord.in dicto. §.fi.insti.de obligatio.

69 Sed iterum† instatur quia imo uidetur hanc opinionem calcitrare contra stimulum, quoniã text. in dicta.

in dicta l.ex hoc iure.dicit expresse quod obligationes ex hoc iure gentium nascuntur postquam seruitutes fuere introductæ quæ iure secundario secundum omnes ex dispositione omnium gentium fuere introductæ,& dictio(ex)denotat causam immediatam,ut habetur in l. j. ff. de incend. ruina & naufra.unde tenere istam opinionem est de directo dicere contra illum tex. & reprehendere iurisconsultum.nec ualet solutio Socci. hic, quod intelligatur de iure gentium quod est naturale obseruatum a gentibus, quia illa responsio bene potest cadere a lege ueluti.usque ad l.manumissiones,sed tamen post legem manumissiones,per totam legem ex hoc iure,cadere non potest,quia seruitutes sunt omnino iuri contrariæ, & necessario fuere introductæ ex iure gentium proprio ab ipsis gentibus introducto,& probatur in illo exemplo de dominio acquisitio in terra,&regionibus, & regnis conditis, & in exemplo de emptione cũ pecunia.sed adhuc defendendo respõdetur, quod imo obligationes in omnibus dictis casibus sunt naturales, & a iure naturali introductæ per prædicta.

70 Et ad† obiectionem respondetur tribus modis supra traditis. Primo, quod tex.consentit fuisse de iure naturali primeuo,tamen non erant in cognitione,nec practicabantur propter paucitatem hominum,neque habebant executionem plenam saltem in impotentibus,& postea crescentibus gẽtibus,& introductis regibus,fuere per preceptum hominum iussæ & executioni missæ.unde uidẽtur eodẽ iure factæ. per l. primam.§. omnia.C.de uet. iur,ennuclean.Secundo respondetur,quod per ius gentium secundarium receperunt alterationem tam in modo exequendi quam in modo obseruãdi, & propterea recte quoque potuerunt dici de iure gentium.iux,l.ius autem ciuile. ff. de iusti. & iure.Tertio respondetur, quod effectæ fuere de iure gentium propter diuersum finem,quoniam ius naturale mandat obligationes seruari quatenus inducitur conseruatio indiuiduorum & perpetuatio generum, ubicunque uero contractus fiunt ad finem ditandi,& ut obseruetur bonum commune omnium nationum contradicendo iuri naturali, tunc efficiuntur de iure gentium,& uere dicuntur esse de iure gentium,& uerificatur dictio(Ex hoc iure)quantum ad illam alteratam introductionẽ.

71 Sicut & etiam obligationes† quę introducuntur ex præcepto ciuili dicuntur uere de iure ciuili sed tamen non tollitur quin obligationes ipsæ nascantur ex præcepto iuris naturalis,& respectu sui finis non sint de iure naturali,sicut diximus supra probando per illud exemplum de matrimonio, quod uoluit glo.in.§.primo.insti.de iure naturali gentium & ciuili.dum dixit,quod matrimoniũ est de iure naturali,& potest dici introductũ etiã de iure gentium,& postea de iure ciuili,atque de iure canonico,quod idẽ dicemus de commerciis, & aliis traditis in dicta l.ex hoc iure. & utrunque uerum est,quod sint ex iure naturali, atque etiam alio respectu sint de iure gentium, & alio respectu de iure ciuili, & canonico, quare remanet quod nedum obligationes directo tendentes ad conseruationem dicuntur esse de iure naturali, sed etiã obligationes nascentes ex contractu & pactis dicuntur introductæ de iure naturali & aliqui contractus,secundum tamen distinctionem & ordinẽ infra tradendum.

72 Tertio† principaliter uidendum est quo ordine contractus introducti fuere, & obligationes, & quare excogitati fuere,ad quod breuiter respondetur,quod cum ius naturale tendat ad conseruationem & perpetuationem generum, contractus qui tendebant directo ad illum finem fuere primo loco introducti, unde primo fuit contractus matrimonii institutus in Paradiso,quia tendit ad perpetuationem generum.item postea fuit factũ pactum de non comedendo lignum uitæ, postea superuenit fraus ad uiolanda pacta per serpentẽ inducta, qa persuasit mulieri ut comederet lignũ uitæ & maritum quoque induceret,postea eiectis primis parentibus de Paradiso, fuit prima in mũdo religio Dei,quoniam de omni eo quod habebant a terra decimam Deo soluebant, ut dicitur de Abel & Caim.Genesi.cap.tertio & cum pro necessitate uictus homines caperent ea quæ Cælo & terra & mari nascebantur,quæ ab initio erant cõmunia.fuit introductum Dominium earum rerũ ex præcepto Dei, quando dixit, subieci terram & omnes fructus eius pedibus uestris. Genesi.cap. primo. unde cum haberent plenam potestatem particulariter disponendi ad libitum suum dominium de illis rebus fuit de iure naturali inuentũ. l.j.in fi.ff.de acquir.possessio.propter quod postea successerunt alii contractus,quia cepit esse contractus commodati,ut unus subueniret alteri forsan occupato uel infirmo. item successit contractus depositi,ut unus occupatus deponeret penes aliũ, item successit contractus permutationis, ut una ouis permutaretur cum glande uel alio fructu terræ prout uidetur probari de Abel & Caim, cum haberet oues & Caim daret operam agriculturæ, & inuidia inter eos causata fuit. Item hac rationi potest dici quod eo etiam tempore fuerunt quatuor contractus innominati,do ut des, facio ut facias,do ut facias,facio ut des, ut quis daret ouem ut haberet glandes, & quis cultiuaret agrum ut alter custodiret oues,& quis daret ouem ut cultiuaret agrum, uel coleret agrũ ut alter daret ouẽ uel leporem, qui omnes cõtractus ut apparet erãt necessarii ad conseruationem indiuiduorum, & perpetuationem generum de illis rebus quę respiciebant uictum,uestitum,dormitum,& alias commoditates necessarias ad se conseruandum,& hac ratione quoque poterat dici quod erant commertia inter homines iure naturali inducta quatenus tendebant ad suum finem, ut uolebat hic Socci.

73 Crescentibus† autem gentibus & peragrantibus per mundum ceperunt homines diuidere inter se terram & acquirere dominium ipsius partis terræ.& regna condere, ciuitates quoque edificare,cũ edificiis & separatas nationes facere.unde tunc euenit quoque quod una Regio abundabat certis fructibus & creabat aliis, & alia

certis fructibus abundabat & carebat aliis, unde necessarium fuit ut nationes inter se facerent commertia & contractus nouiter instituerent, & tunc homines ceperunt facere ius gentium generale ab omnibus gentibus conditum, & multa contra ius generale disponere ad bonum commune conseruandum. & ceperunt esse bella potētiora quam essent ante diuisionem terræ, & constituta fuere federa, & pax etiam inducta fuit, & pactum de ea seruanda, quod accepit generale nomen a pace, iuxta cap. pactum. de uerbo. signifi. & etiam cussa fuit pecunia, & introducti fuere, contractus spetiales separati a primis, & in spetie contractus emptionis & uenditionis, contractus locationis, mādati, & cæteri contractus, qui cum magis frequentarentur propter abundantiam rerum de quibus dominium acquiri poterat, assumpserunt nomen spetiale, & proprie dici possunt introducti de iure gentium propter hanc alterationem tam in nomine quam in frequentia, & etiam noua forma inducta, & de istis loquitur tex. in dicta l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iure. & cap. ius gentium. prima. distinctio. & quoniam gentes multæ contrahebant, a iure gentium dispositum fuit ut mitterētur executioni per manum regiam, & per magistratus cōditos, & magis in spetie ceperunt cognosci a pace dicta quia genera contractuum, ut pacta simplicia & donationes, quæ per Reges in subditos exercebantur, & contractus correspectiui qui proprie appellabantur contractus, idest hinc inde actus. l. Labeo. §. primo. ff. de uerbo. significatio. & etiam contractus nominati & innominati magis in spetie cogniti fuere, do ut des, facio ut facias, & facio ut des, & do ut facias, qui etiam inter dictas gentes obseruabantur, & cognitum fuit nomen conuentionis in genere, & obligationis naturalis, & ius gentium, & cætera similia posita in dictis duobus iuribus. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iure. & cap. ius gentium. prima distinctio. quibus contractibus dabatur executio secundum distinctionem infra ponendam.

74 Quarta † est quæstio principalis, qualē efficaciā habuerunt dictæ conuentiones iurisgentium. nam ut dictum fuit, reperiebātur quinq; termini principales, conuentio, pactum, contractus, & contractus simplex & corrspectiuus nominatus & innominatus, qui hoc ordine declarari possunt. nam erat conuentionis nomen generale dictum, ex eo quod homines in unum conuenirent & plurium consensum facerent. l. j. §. conuentionis. ff. de pact. secundo erat pactum generaliter sumptum quod dicebatur a pace, ex eo quia per illud homines ad pacem inducuntur. cap. pactum. de uerborum significatione. Tertio erat contractus, ideo dictus quia hinc inde erat actus, idest consensus, & etiam promissio. l. Labeo lib. j. ff. de uerbo. significatio. & quamuis esset hinc inde actus circa consensum tātum dicebatur contractus in genere, quæ tria nomina tanquam sinonima idem significabant, continentia omnes speties contractuum. diuidebantur autem postea in duo genera subalterna, ut in contractum simplicem, & contractum correspectium. contractus simplex dicebatur hinc inde actus respectu consensus tantum, ut haberet promissionem ab una parte tantum, correspictiuus uero contractus dicebatur quasi hinc inde actus respectu consensus, & respectu promissionis, ut in eo esset consensus duorum, & promissio duorū ab utraq; parte. Rursus genus simplicium subdiuidebatur. nam quidam erat contractus nominatus, & quidam innominatus, contractus nominatus erat donatio quæ dicebatur a datione & erat naturalis. l. iurisgentium. §. primo. & ibi Bart. ff. de pactis. item poterat connumerari contractus dotis, qui similiter erat simplex contractus, quando incipiebat a promissione. l. eas causas. ff. de cap. diminutio. & in illa simplicitate temporum parentes dabant dotem pro uictu & uestitu ad solam conseruationem indiuiduorū, similiter erat contractus mutui in rebus fungibilibus, & contractus commodati & depositi. dicto cap. ius naturale. prima distinctio. qui contractus propter frequentiam acceperunt spetiale nomen. item erant contractus innominati simplices, qui appellabantur pacta nuda, ideo sic dicta quia non habebant tantam frequentiā ut nomen assumerent spetiale.

Secundum genus contractuum correspectiuorum quoque diuidebatur, ut quidam essent contractus nominati, & alii contractus innominati. contractus nominati erant illi qui magis frequētabantur, & assumpserūt spetiale nomē, ut emptio uenditio locatio, & conductio, societas, & alii similes contractus innominati erant, qui cum non ita frequentarentur non assumpserunt spetiale nomē, & erant quatuor, do ut des, facio ut facias, do ut facias, & facio ut des, qui referuntur in l. naturalis. §. j. ff. de præscrip. uerbis. ex quibus omnibus contractibus nascebantur obligationes naturales, & etiam de iure gentium, propter approbationem, uel etiam introductionem aliquorum secundum distinctionem supra positam. quas obligationes executioni mittebat manus Regia quando partes uolebant seruare promissionem, & non permittebat quod priuati sibi ius dicerent, ne occasio belli & tumultus præstaretur propter commune bonum, l. ij. in primo responso. ff. de origine iuris, & sine difficultate concedebatur hæc manus regia in contractibus nominatis tam simplicibus quam correspectiuis, quia plenam perfectionem habebant.

75 Sed difficultas † remanet de contractibus innominatis, & primo de pactis nudis, utrum pro eis daretur manus Regia, quam quæstionem explicat hic Socci, adducēs rationes ab utraque parte, & quod non præstaretur manus Regia faciebat primo, quia pactum non uidebatur habere plenam perfectionem, cum non haberet spetiale nomen & ut infra uidebimus, de iure ciuili non habuit executionem, quasi indeliberate & sine consideratione factum esset, quę ratio militabat etiam de iure naturali. Secundo faciebat, quia actiones de iure ciuili subrogatæ fuerunt loco manus Regię, ut dicitur in dict. l. ij. ff. de origin. iuris. ibi. omnia manus Regia expediebantur, & postea in

aedem

eadem l.§.deinde exactis regibus. dicitur, ꝙ expulsis regibus creatæ fuere actiones pro exequtione obligationũ & contractuum, & sic in locũ manus Regiæ, sed de iure ciuili non datur actio ex pacto.l.iurisgentium.§.igitur nuda.ff. de pac. ergo nec etiam de iure gentiũ cõpetebat manus regia, cum alioquin non fuisse plena subrogatio. Tertio facit, quia prætor debet habere æquitatẽ præoculis.l.ꝙ si Ephesi.in fi.ff.de eo ꝙ cer.lo.& ipse prætor fecit ædictũ quo uoluit pacta seruari.l. iurisgentium.§.prætor.ff.de pact.& rationem adducebat, quia graue est fidem fallere.l.1.ff. de cõsti.pecun. & aliam, quod æquitas conuentionis seruari debet.l.1.ff.de pact. & tamen postea nos uidemus quod prætor non cõseruat pactum per modum actionis, sed tantummodo per modum exceptionis.d.l.iurisgentium.§.igitur nuda. ergo non erat æquitas ut de iure gentium daretur manus Regia, quoniam & ipse prætor dedisset, cum ipse multas nouas actiones introduxerit, ut in.§.aliæ.cum sequenti.insti. de actionibus. & l. si tibi.§.de pignore.ff. de pact. Quarto faciebat dicta.l.iurisgentium.in princ.quæ dicit, quod iurisgentium conuentiones quædam actiones pariũt, & quædam exceptiones, & uult quod ex factis nascantur exceptiones tantum quamuis essent de iure gentium, quoniam nudæ erant conuentiones, & solum uestitæ actiones producebãt.

76 Communiter † tamen doct. sentiunt contrarium ut hic dicit Socci* quia generale fuit præceptum iuris naturalis quod fides seruari deberet, & quod nemo falleret fidem, quod præceptum æqualiter militabat in omnibus conuentionibus & promissionibus non habita distinctione an essent uestitæ uel non, & an esset nominatæ, itẽ in omnibus æqualiter interueniebat consensus & promissio, ex quo consensu nascebatur obligatio, quæ dicebatur iuris uinculum quo necessitate astringimur, ergo sicut ex aliis obligationibus dabatur manus Regia, etiam ex istis dari debebat.

Secundo facit, quia de iure canonico quod sequitur ius naturale & gentium. cap.1, prima distinctio.& cap.quo iure.8.distinctio. datur actio ex nudo pacto.cap.primo.& tertio, extra de pactis, & ibi nota.ergo eodem modo dicendum est quod de iure gentium manus Regia dabatur, in cuius locum subrogata fuit actio de eodem iure canonico, & nisi militasset æqtas nõ fuisset data.

Tertio pro ista parte adducitur, quia de iure ciuili in multis casibus (quando non admittitur rigor iuris) ex pacto nudo competit actio.le. ad exactionem.C.de dot.promissio.& in pignore.l. si tibi.§.de pignore.ff.de pact.& l.fina.C. ad Velleianum.& l.si quis argentum.§. penul.C.de donati.& in pactis factis penes iudicia, ut dicemus infra in l.prima.ergo æquitas naturalis inducebat exequtionem, quia si nõ militasset, nulla fuisset ratio dandi in dictis casibus, & in aliis nota. in l.legitima.& l.iurisgentium.§.quinimo. ff. de pact.& hanc partem etiam ego puto ueram, quia omnes admittunt quod nascebatur ex eis obligatio, sed obligatio est iuris uinculum quo necessitate astringimur, ut dictum fuit, ergo in ea erat necessitas exactionis, & ius naturale & gentium omnes obligationes exequtioni mandabat ad similitudinem instinctus, quia si non habuissent exequtionem non fuisset opus eas introducere, & licebat ubicunque æqualiter ex propria authoritate ius sibi dicere, & per consequẽs etiam competebat manus Regia.

Non obstant allegata in contrarium.& primo quod pacta non habebãt perfectionem, qa istud negatur, cum omnino plenam perfectionẽm haberent, ex hoc solo quod fides erat data, & ideo dicitur in cap.ius gentium. prima distinctio. ꝙ pacta facta pro bellis exequebantur, & satis habebant perfectionem, & nomen, ex quo a pace dicebantur ca.pactum de uerb.signi. & quod dicit inconsiderate ea facta fuisse, nec etiam illo iure considerabatur, sed fuit quædam præsumptio iuris ciuilis, alioquin si non habuissent plenam perfectionem neq; considerationem non produxissent obligationem, & ideo opportet dicere quod, propter eam plenam exequtionem habebant.

Non obstat quod actiones successerunt loco manus Regiæ, quia potest dici primo quod hoc seruatum fuit a iure canonico, ut loco manus Regiæ darentur actiones.dicto cap.primo.de pact. Et nõ est uerum quod de iure ciuili datæ fuerint actiones in omnibus casibus in quibus daretur manus Regia, cum ab initio introduxerit paucas actiones, ut in dicto.§.deinde ex iis legibus. & per Appium Claudium fuerunt postea auctæ, & iterum auctæ in dicto.§. deinde. uersi. postea. & uersi.augescente.in l. 2. ff. de origine iuris, & apparet quod non habuit respectum ad casus ꝓ quibus competebat manus Regia. Item text. in princ.dicit, quod omnia expediebantur manu regia, unde præsupponit in generalitate quod etiã pro pactis daretur.

Non obst.quod prætor utebatur æquitate & tamen non dedit actionem ex pactis, quia respondetur quod prætor erat minister iuris ciuilis, & tenebatur illud seruare.ut no.in rubr. C.qui admitti.& solum poterat recedere a lege quando propter iustam causam faciebat ædictum.l.si hominem.ff.mand.& no.in dicta rub.unde cũ tunc temporis non haberet iustam causam recedendi a iure ciuili, exequebatur eo modo quo mandat ius ciuile, & fecit ædicta pro cõseruãdo iure ciuili, cum eius intentione, attẽto ꝙ loco pacti introduxerat stipulationem quæ habebat plenã efficaciam, & ideo non militabat æquitas urgens.

Non obstat tex. in dicta lege iurisgentium, quia ille tex. refert conuentiones iurisgentium secundum qualitatem attributam a iure ciuili, secundum quam si conuentiones erant nominatæ producebant actionem, & si non erant nominatæ non producebant, non autem loquitur ille tex.de conuentionibus secundum qualitatem iuris gentium, quoniam cum fuisset mutata a iure ciuili non erat opus eam referre, & ideo non probat, & hæc omnino est tenenda, licet aliqua læ-

nia adducantur per Modernos, quibus etiam ipsimet respondent, & eam sequitur etiam Imol. in dicto. §. sed cum nulla, & Alexand. quamuis (aliqualiter uideatur uariare) & generalem modum exercendi manum regiam ponit Cagnolus in dicta. l. secunda. ff. de origine iuris. quem per te poteris uidere.

77 Ex quibus † infertur quod si imperator uel Rex supremus reddit ius inter subditos ex sua suprema potestate potest manu Regia exequtionem facere pro pacto nudo, quia ipse debet seruare æquitatem, & manus Regia in ciuitate Romana exactis regibus cessauit, quia desierunt esse Reges, sed in aliis locis in quibus sunt Reges adhuc durat illa manus Regia, quam leges Romanæ auferre non potuerunt, & ideo poterit in sua causa ius dicere. iuxta notata in lege prima. C. ne quis in sua causa. & nota. in capitulo proposuit. de concessio. præbend. & in capitulo proposuit. de appella. & hoc uidetur in terminis tenere Innocen. & Copostellanus in capitulo quæ in ecclesiarum. de constitution. per glosam ibi quæ dixit, quod si hodie princeps adiretur pro iustitia administranda peccaret si non exequeretur manu regia pactum, & sic plus addit, quod nedum potest illam exercere, sed eam tenetur exercere, & non faciendo peccat, & plus dixit Butrius ibidem, quod iudex ex suo officio posset pro pacto nudo dare exequtionem propter æquitatem conuentionis.

78 Sed in hoc † ultimo de iudice, contrarium tenuit Alexander in dicta lege iurisgentium. §. sed cum nulla. quia de iure gentium uestimenta pactorum erant inducta. ergo etiam pro nudis pactis non præstabatur manus Regia, cum frustratoria fuisset inuentio uestimentorum, & sic ipse præsupponit unum contra conclusionem supra firmatam, quod manus regia pro pactis nudis non daretur, & eius opinionem uidetur sequi hic Ruynus tenens quod de iure gentium secundario manus Regia non dabatur pro nudis pactis, sed eorum assumptum falsum est ut supra statim firmaui, & eorum ratio non concludit, quoniam uestimenta nunquam fuere cognita de iure gentium, solum nomen additum fuit quibusdam conuentionibus magis frequentatis, & tex. in dicta l. iurisgentium. loquitur de pactis secundum qualitatem iuris ciuilis, cum loquatur de productione actionum.

Sed ex alio opinio prædicta de iudice mihi non placet, ex eo quia iudices plus non possunt quam uellit lex, etiam ex officio eorum latissimo, cum dicantur ministri iuris ciuilis, & illud iurent obseruare, ut in authen. iusiurandum quod præstatur ab iis. & probatur, quia prætor sine noua iustissima causa per ædictum proposita nō poterat exequtionem facere pro pactis, ut supra dictum fuit, & nec etiam per ædicta sine iustissima causa. lege si quis id quod. digestis de iurisdictione omnium iudicum. & nota. in dicta Rubrica.

79 Sed in imperatore † uel alio principe non recognoscente superiorem est alia ratio, nā quod possit (si uellit) exercere manum Regiam cōmuniter * approbant doctores per rationem, quod in eis non fuit sublata manus Regia, sed dum Innocentius uolebat quod non tātum posset, sed teneretur, & si non exerceret peccaret, est maius dubium, nam glosa in dicto capitulo quæ in ecclesiarum, dicit quod lex ciuilis etiam in foro conscientiæ est seruanda, cum qua concordant multa adducta per Felynum in capitu. primo. de pactis. ideo non uidetur uerum ꝙ princeps dicatur peccare non administrando iustitiam in pacto nudo, cum ex ordinaria potestate ius ciuile teneatur sequi. & hoc expresse tenet hic Ruynus dicens Innocen. non uelle quod princeps peccet, quia dicit legem ciuilem tollentem actionem non potuisse facere quin a principe administraretur iustitia, & sic non imponit necessitatem, & tantummodo præsupponit potestatem, ideo concludere uidentur docto. quod possit, sed non teneatur, & per consequens nō peccet non faciendo.

Tamen tu considera, quod si uis ex arbitrio posse facere exequtionem, ergo licite facit administrando eam, si licite, ergo non exequendo iniuste facit, & per consequens non faciendo dicitur peccare, quod suadetur, ex eo quia administrando iustitiam quod est unius concedit alteri, & peccat ex proprio arbitrio concedendo, & si tu uis quod non peccet ex proprio arbitrio concedendo alteri quod est unius, ergo cum possit facere uidetur peccare permittendo quod ille retineat rem alterius, ideo uidetur dicendum, uel quod nullo modo possit facere, uel si potest facere, quod ita teneatur facere, & nō faciendo peccet, tamen ad istam rationem potest responderi, quod non est inconueniens ut facere & non facere dicantur iusta, cum uideamus leges contrarias omnes iustas esse, & seruandas propter diuersum finem, ut inquit Abb. in cap. fin. nu. 6. extra de consuetud. & ideo leges correctæ erāt iustæ, & corrigentes quoque dicuntur iustæ propter diuersos respectus, ita in principe poterit dici quod licet iuste faciat exequendo propter unum respectum, si non uult exequi postea propter alium respectum non dicatur peccare, ex eo quia si non uult exequi non uult obseruare absolutam potestatem, sed sequi ordinariam, & cum sequendo ordinariam non peccet, apparet quod non potest dici non exequendo non peccare.

80 Et propterea † ego puto posse distingui, aut enim inter priuatos sunt pacta hinc inde facta, & si duo litigant inter se, & uult in uno exercere manum Regiam, teneatur quoque in alio exequi manu Regia, quasi sit quædam reconuentio, in qua debet eodem iure uti, ut in authentica, & consequenter. cum materia. Codice quomodo & quando iudex. si uero sunt diuersi priuati, & tunc si princeps in suo Regno constituit certam legem circa exequtionem pactorum, & eam puto seruandam esse, & non posse

posse ab ea recedere, ex eo quia per illam legem ius partibus est acquisitum, & inique facit auferrendo illud, sed si non fecit legem præcisam, tunc remanet sub iure gentium, & ipse & subditi, unde tunc putarem quod possit ipse exequi si uidebitur sibi aliqua deceptio partium & faciendo peccat, & debet uti absoluta potestate, sed si non uidit deceptionem, tunc poterit in uno exercere hanc potestatem absolutam & in alio seruare ordinariam potestatem, propter quam non exequendo non dicetur peccare, quod est notandum pro sententiis quæ dantur in consiliis Regis, in quibus Rex ipse est ille qui dicitur proferre sententiam & scribitur in ea, ego talis Rex, prout seruatur in consilio Neapolitano, quia tamen & ipsemet Rex mandauit certas constitutiones obseruari, uidetur ligasse sibi manus, tamen ex ista causa semper poterit uti absoluta potestate, ut uidi sepissime seruari in dicto consilio Neapolitano.

81 Secundo infertur † quod in foro mercatorum potest mitti executioni pactum nudum, in illo enim foro seruatur æquitas iurisgentium ex forma statutorum in plærisque ciuitatibus Italiæ factorum, & in istis Regnis Neapolis & Siciliæ reperitur hæc potestas concessa consulibus uniuscuiusque artis, qui iurisdictionem habent inter suos subditos, & iudicant secundum æquitatem iurisgentium, & possunt dicti consules auocare subditos suos a iurisdictione aliorum iudicum in multis locis, prout uidi seruari in ciuitate Neapolis, & si reperiuntur statuta spetialia dantia istam potestatem iudicandi ex æquitate, prout ego uidi in ciuitate Bononiæ, Neapolis, & in Regno Siciliæ, tunc nulla est dubitatio quod poterit dari executio pro pacto nudo, quoniam statuta mandant excluso rigore iuris ciuilis causas determinari secundum æquitatem iurisgentium, sed plus dicunt doctor. quod etiam in ciuitatibus in quibus non reperitur tale statutum, si reperitur forus spetialis pro mercatoribus, quod etiam poterit ex pacto nudo dari executio seruando iusgentium ex quadam concessione iuris ciuilis, ut probatur in l. Quintus. digest. Mand. & l. si fideiussor. §. quidam, digest. de fideiusso. ubi text. dicit, quod si reus principalis promisit pecuniam cum usuris, & aliquis mercator fideiussit, quod si reus prohibuit soluere usuras, nihilominus poterit eas soluere & solutas repetere, quia ex stimulo pudoris fuit ductus fuit ad soluendum cum illas promiserat, & uidetur esse indecorum probis uiris non seruare fidem quam dederunt de aliquo faciendo, & per illum textum Bartol. ibi nota. quod inter mercatores & probos uiros debet seruari æquitas reiectis exceptionibus de apicibus iuris, & ideo pro pacto nudo dabitur actio, quoniam in curiis mercatorum seruatur ius gentium, & sola æquitas naturalis, & hanc opinionem uidetur sequi Soccin. hic & communiter * doctor. & Bald. in l. nemo. Codic. de sententiis. & in capitulo secundo. de no. for. fidel. & dixit etiam Bald. in capi. si pro debilitate. de officio delegati. quod bona fides plurimum operatur in iis qui negotiantur, & quod apud eos non differt pactum nudum a stipulatione. argum. l. j. in princ. digest. de consti. pecunia. & §. argentariorum. in auth. de fideiusso. & licet Senēses hic disputent, & Alex. in dicto, §. sed cum nulla. uideatur dubitare, tamen communis opinio est ista, quod in foro mercatorum debet seruari omnis promissio, nec forma stipulationis prout differt a pacto cadit in sensum uulgi, & propter hanc rationem a iure canonico fuit inductum generaliter quod pacta nuda seruantur.

Et pro ista opinione facit etiam, quia de iure naturali non erat nisi una obligatio naturalis, quæ de iure gentium fuit recepta, & dicitur esse iuris uinculum quo necessitate astringimur dicto. §. primo. insti. de obligatio. ergo dabatur executio & cum hæc æquitas seruetur in foro mercatorū, dabitur hæc executio, ideo utilius est mercatorem promittentem pacto nudo aliquid conuenire in foro mercatorum quam in aliis curiis, quoniam obtinebit executionem pacti nudi, quā non poterit in aliis curiis obtinere, & faciūt multa quæ posuit Bar. in l. prima. C. de sacro. sanct. eccles. dum tradidit differentias inter testamentum laicorum. & testamentum factum ad pias causas, per solam rationem, quia ius gentium seruatur in dispositionibus ad pias causas, & idem procedit in testamento militari. l. i. & per totū. ff. de testam. milit. per quam legem poterimus etiam dicere ꝙ inter milites & in foro militum coram duce suo in negotiis factis saltem in militia dabitur executio pro pacto nudo, & seruabitur ęquitas naturalis, quoniam inter milites qui præsumuntur ignorare iura non cadit hæc subtilis differentia inter pactum nudum & stipulationem.

82 Tertio infertur † quod si Princeps commisit causam alicui delegato ut procedat secundum ęquitatem, uel quod procedat sola facti ueritate inspecta, quod ille delegatus poterit facere executionē pro pacto nudo, quoniā seruare debet æquitatem iuris gentium, ut uoluit Bar. in extrauaganti ad reprimendum, in uerbo uidebitur, & sequitur Bal. in l. nemo. C. de sententiis. & in cap. ij. de nou. forma. fidelita. & Bald. in l. si pro eo C. mand. & facit quod uoluit Alex. cons. 71. col. i. uol. 3. & l. iurisgentium. §. sed cum nulla, ff. de pact. & Areti. in l. si seruus. §. sequitur. ff. de uerbo. oblig. & quid importent ista uerba (secundum æquitatem procedas) posuit Areti. in dict. §. sequitur. & in cap. dilecti. de iudiciis. & Barba. in cap. ex parte. lo secūdo de officio deleg. column. 3. Paul. de Castro in Rubr. de constit. & Alexan. in l. milites. Codic. de testam. milit. & in consil. 17. colum. 5. uolum. 2, ubi dixit, quod non potest opponi fideiussori per principalem quod de rigore non tenebatur soluere.

Sed tamen quod quando committitur causa sola facti ueritate inspecta non possit dari executio pro pacto nudo tenuit Ro. in l. fideiussor. de donatio. allegās Inno. in cap. j. de consti. & l. j. C. de leg.

& l. j. de iusti. & iur. & in spetie Bald. in dicta l. nemo. Codic. de sententiis. ubi dicit quod si causa committatur de iustitia & ueritate, non potest agi ex pacto nudo, & uidetur sentire Ro. consil. 20. & consil. 519. & hæc opinio mihi magis placet, quia quando committitur causa (sola ueritate inspecta) non habetur respectus ad mutationem iuris, ut concedantur actiones illis qui non habent, sed habetur respectus ad factum, & attendatur quod uere fuit agitatum inter partes, & eiectis exceptionibus calumniosis. Sed tamen intendit seruari ius commune, non concedere actionem illi cui non competit.

Et hæc conclusio non habet difficultatem, quando committitur a principe qui recognoscit superiorem, quoniam non potest corrigere ius ciuile, & dare actionem illi qui non habet, sicut nec etiam potest committere causam (appellatione remota) ut in dictis capitulis dicitur. Sed tamen idem erit etiam quod Papa uel Princeps non recognoscens superiorem ita committeret, quia non intendit dare nouum modum agendi, sed tantummodo reiicere exceptiones calumniosas respectu facti, ideo opporteret quod appareret de intentione principis uolentis uti plenitudine potestatis, uel ex clausula (motu proprio) uel quia addidisset, alia uerba (procedat secundum æquitatem & sola facti ueritate inspecta) nam tunc poterit dare executionem ex pacto nudo, & addit etiam Ioannes And. in dicto capitulo quæ in ecclesiarum certum esse posse per uiam denuntiationis euangelicæ dictum pactum executionem sortiri, per nota. per Inno. in capitulo nouit. de iudi. & Barto. in extrauag. ad reprimendum. in uerbo denuntiationem, & in terris imperii & in terris ecclesiæ. quia tunc iudex procedit de iure canonico, & pactum nudum de iure canonico producit actionem, uel saltem officium iudicis, capitulo primo & tertio de pact. & ita dicit limitari dicta per Bald. in l. petens. ad finem. Codic. de pact. & habetur in. §. in personam. instit. de actionibus. & Bald. in auth. ad hoc. in quarta column. Codic. de usur. cum similibus.

83 Sed succedit † maior difficultas quam subiicit hic Soccin. utrum pro contractibus innominatis correspectiuis daretur manus Regia. in qua quæstione ipse considerat duos casus, unus est an nascatur obligatio ante implementum, aliud an daretur manus Regia, & causa difficultatis est, quia contractus nominati habent hanc naturam quod incipiunt a traditione ab una parte facta cum spe ut aliquid retro tradatur in recompensationem, & ubicunque aliquis dedit pro parte sua nascitur actio contra alium ut obseruet, cum hac tamen modificatione, quod ille non tenetur præcise dare, sed liberatur præstando interesse. l. naturalis. §. primo. digest. de præscrip. uerbis. & nota. plene Bart. in l. stipulationes non diuiduntur. in 9. oppo. ubi plene per omnes, infra eodem titulo nostro. item alia modificatio, quod ille qui dedit potest pœnitere & condicere rem suam alio non obseruante. l. j. in fin. digest. de rerum permutatione, & in l. si pecuniam. digest. de condit. ob causam. in istis ergo contractibus innominatis Soccin. format hic unam quæstionem quæ tamen prima facie uidetur esse inepta, & in practica non possit contingere, quoniam isti contractus dicuntur re contrahi, & non possunt incipere nisi a rei traditione. dicta l. j. §. penul. digest. de rerum permutatione, & si ante traditionem non incipiunt, ineptum est dubitare an nasceretur obligatio, cum contractus nondum esset in rerum natura, & non entis nullæ sunt partes. l. eius qui in prouincia. ff. si cer. peta. Augetur ineptitudo, quia si unus dedit rem ut alter daret, iam enim executio est facta ex parte dantis, ergo non potest esse dubitatio an nascatur obligatio, cum omnia quæ ipse tenebatur facere adimpleuit, etsi per solutionem extinguitur obligatio. insti. quibus mod. tollitur obligatio. §. primo. frustra potest dubitari an ille qui adimpleuerit fuerit obligatus. si uero tu quæris an alter obligetur illi qui dedit adhuc frustratoria est dubitatio, quia clarum est quod nascitur obligatio nedum naturalis sed etiã ciuilis. ut dixit text. clarus. in l. iurisgentium. in princi. ff. de pact. & procedit totus titulus de præscrip. uerbis.

84 Sed defendendo † opportet dicere, quod contractus innominati possunt incipere duobus modis, uno modo actualiter, & per dationem, & tunc procedunt contraria, Alio modo possunt incipere per simplicem promissionem, ut conueniendo de permutando. l. ex placito. Codic. de rerum permutatio. & tenuit glos. in l. petens. in penult. quæstio, Codic. de pact. & de hoc secundo modo concipiendi contractus innominatos incipientes a conuentione format Socci. hic quæstionem. sed adhuc opponitur. Si contractus tales incipiunt a conuentione ergo uidetur pactum nudum, ideo nulla maior difficultas potest esse in istis contractibus quam fuerit in pactis nudis, in quibus iam firmatum fuit posse nasci naturalem obligationem, & pro eis competere manum Regiam. imo fortius uidetur competere pro istis contractibus, qui fortiores sunt & possunt producere actionem ciuilem præscriptis uerbis, sed potest responderi defendendo, quod ratio difficultatis erat, quia in contractibus innominatis non erat firmitas conuentionis, cum promittebat quis dare rem hac intentione ut sibi alia res daretur, & non uidetur uelle obligari nisi alter retro daret, & propter hanc causam (quia correspectiue & correlarie quodammodo fiebant istæ promissiones) uidebatur quod una cessante alia deberet cessare, & propterea inductum fuit, quod in eis haberet locum pœnitentia aduersario cessante. dicta l. j. & l. si pecuniam. & §. item si quis. & per totum. digest. de condi. ob causam, in pactis uero erat firmitas promissionis, & nunquam poterat habe-

rat habere locum pœnitentia, & per consequens sunt debiliores, & rationabiliter potest dubitari utrum pro eis nasceretur actio ante implementum, & si nasceretur competeret manus Regia.

85 Quibus ergo sic † stantibus dubitatur, an pro contractibus innominatis incipientibus a conuentione nasceretur obligatio ante implementũ, & pro ea posset dari manus Regia. Et quod nascatur obligatio ante implementum tenuit glo. * communiter * approbata in l. petens. Codic. de pact. in penul. quæstio. quæ uoluit, quod si est factus contractus innominatus de permutando & apponatur iuxta eum pactum nudum non uestitur cohærentia contractus, quia est nata sola naturalis obligatio & non ciuilis, & sic præsupponit quod obligatio nascatur ante implementum. Socci. autem hic late & inuolute nimis æquo insistit in hac difficultate, & allegat Bal. tenentem quod ante implemẽtum nulla nascatur actio, ratione, & lege, & ratio est, quia conuentio de permutando & alios contractus innominatos faciendo est conuentio conditionalis, quia promittit dare si alter dabit. ergo non potest nasci obligatio, ex regula generali, quod ex contractibus conditionalibus non nascitur obligatio. l. sub conditione. supra de conditio. indebiti. & l. cedere diem. ff. de uerbo. significa. & not. in l. item quia. §. primo. digest. de pact. sed ad hoc motiuum respondet Socci. hic, negando assumptum, quod conuentio de permutando sit contractus conditionalis, quia imo est modalis, cum fiat per dictionem (ut) quæ facit modum. ut not. in l. qui promisit. supra de conditio. indebiti. & in l. si quis cum debitore, supra de iure iurand. contractus autem modales producunt obligationem & actionem ante modum, ut per Bar. & omnes in l. quibus diebus. §. Termilius. supra de condition. & demonstration. ideo hæc ratio nihil operatur.

86 Vnde † secundo Bal. adducit tex. in l. j. supra de rerum permutatione. in. §. penul. ubi clare dicitur, quod in contractu innominato permutationis ex re tradita initium obligationes assumunt, ergo apparet quod ante implementum non potest esse nata obligatio. sed respondebat Ioannes de monte sperello quod ille text. retorquetur, quia tantummodo loquitur de obligatione ciuili quæ nascitur ex re tradita, unde præsupponit obligationem naturalem esse natam. replicat tamen Socci. quod imo probat pro Bald. ex eo quia uerbum (obligatio) ibi capitur plene, comprahendens naturalem & ciuilem, ut per glos. instit. de obliga. in principio. & ideo dicendo obligationem non nasci, negat etiam naturalem non nasci ante implementum. tamen postea comprobat opinionem Bald. ponderando aliter illum text. qui uult, quod solo consensu perficiatur emptio & non permutatio. ergo si non perficiuntur consensu nulla potest nasci obligatio etiam naturalis ex contractu imperfecto. Item uerbum (obligatio) in dubio comprehendit obligationem ciuilem & naturalem. per dictam glosam, ergo probat quod ante implementum neque naturalis nascitur, & hoc uidentur innuere omnia uerba sequentia posita in illo text. quæ semper argumentantur de contractu emptionis perfecto ad contractum permutationis, ex quo non potest nasci obligatio, & licet postea dubitet, quia uerbum (obligatio) solet denotare tantummodo ciuilem. dicta l. iurisgentium. in principio. supra de pactis. tamen adhuc comprobat opinionem Bald. quia si diceremus esse ortam naturalem obligationem ex consensu utriusque, sequeretur quod unius pœnitentia resolui non potest. l. nihil tam naturale. digest. de reg. iur. quod est contra dictam. l. si pecuniam. supra de cõdictio. ob causam.

Ideo Fulgo. uoluit (ut euitaret hanc rationem) quod contractus innominati incipientes a conuentione non possint per pœnitentiam resolui, secundo rationem adducit, quia si esset orta naturalis, illud quod esset solutum ex ea repeti pœnitentia non posset, quia per compensationem impediretur. l. ij. supra de compens. & in l. iurisgentium. §. igitur nuda. supra de pact. quod est falsum, quia imo pœnitentia repeti potest. dicta l. si pecuniam. & l. j. in fin. digest. de rerum permutatione. ergo opportet dicere quod nulla sit nata obligatio ante implementum, & sic apparet quod quinque rationes pro Bald. adducuntur quod non sit nata obligatio. Sed tamen postea anceps in suis subtilitatibus persistendo, dicit ad istas duas rationes responderi posse, dicens quod duplex est obligatio naturalis, una quæ nascitur ex pacto nudo, & illa producit effectus de quibus supra, Alia est quæ nascitur ex conuentionibus correspectiuis innominatis, & illa est magis debilis & non producit illos effectus, & bene facit dare hanc responsionem, quia illæ duæ rationes confunduntur per dictam legem si pecuniam. & dictam l. j. in fin. de rerum permutatione, quæ dicunt, quod sequto implemento, & nata obligatione naturali & ciuili, atque etiam actione ciuili, nihilominus habet locum pœnitentia propter debilitatem. ergo fortius ante implementum potuissent reuocari per pœnitentiam. ipse tamen postea se resoluendo dicit, quod sibi magis * placet opinio communis * quod ante implementum nascatur ex istis contractibus innominatis incipientibus a conuentione obligatio naturalis, quia de iure gentium non fiebat differentia inter conuentiones nudas & uestitas, quoniam pariter inesset consensus, & ratio fidei seruandæ, & cum de iure ciuili admittatur ut ex solo consensu nascatur omnis obligatio, ita & etiam de iure gentium ex solo consensu nascetur, & sic adducit pro communi duo fundamenta, unum quod militat æqualiter ratio fidei seruandæ in omnibus conuentionibus. Et aliud etiam, quia omnes fatentur pœnitentiam habere locum, ergo aliquod ligamen erat inductũ quod resolueretur, quia si nullum fuisset inductũ

non esset quod resolueretur l. decem. ff. de uerbo. obligatio.

87 Sed tamen † & istæ rationes ultimæ non stringunt, quia non inconuenit quod resoluatur per pœnitentiam illud quod de facto processit, & de futuro sit inducendum, & spes obligationis oriundæ potest ipsa resolui. & ideo argumentum bene concludit. quod est inata aliqua spes, sed non quod sit nata obligatio plena, arg. tex. in. §. ex conditionali. instit. de uerbo. obligatio. Ad aliud etiam fundamentum potest responderi, fatendo quod non fiebat differentia inter uestitas & nudas conuentiones quando erant perfectæ, sed ante implementum propter pœnitentiam fiebat differentia, & de iure gentium contractus innominati ante implementum erant imperfecti, & propterea propter instabilitatem non nascebatur actio.

Tertio adducit, quia negari non potest quin interueniat consensus duorum, ergo nascitur obligatio, argumento l. j. de pact. sed respōdetur, quod non est cōsensus simplex, sed uarius, & ambiguus, & resolubilis per pœnitentiam atque consensus qualificatus propter correllationem, & non est perfecta conuentio. sicut quando est pactum nudum.

Quarto adducitur text. in dicto. §. igitur nuda. dum illatiue uenit ad præcedentia. dixerat etiam quod contractus si habent nomen producunt actionem, & si non habent non producunt nisi quando subest causa, ergo si conuentio sit nuda in nomine & a causa nulla nascitur obligatio; sequitur igitur, nuda pactio obligationem non parit, sed exceptionem, ergo uult quod etiam contractus innominati nudi a causa idest ante implemētum producunt actionem. cum dixerit quod conuentio nuda a nomine, ut pactum nudum, & conuentio nuda a causa, ut contractus innominati non producunt actiones, & postea subsequitur quod producunt exceptionem, ergo uult etiam quod contractus innominati nudi a causa, idest ante implementum producant exceptionem ergo nata est naturalis, quæ causat ipsam exceptionem, ad istam tamen inductionem respondent hic Niger & Ruy. & non clara.

Tu dicas, quod ille text. totus loquitur de ciuili tantum obligatione, & de naturali nullum uerbum ponit, neque a directo neque a contrario, quod patet, quia dicit nudam pactionem non producere obligationem, ergo necessario loquitur de ciuili, quia secundum omnes naturalis oritur, & solum dicit exceptionem produci, uel dicas, quod uersi. sed cum nulla. ponit illationem ab omnibus præcedentibus, quæ concludit actionem non nasci, de qua dubitabatur. uersic. uero igitur nuda. uenit inceptiue non autem illatiue ponendo separatam decisionem de pacto nudo respectu exceptionis, & quod dictio (igitur) ponatur inceptiue probatur & not. in l. j. uersi. (quoniam igitur) ff. si cer. peta.

Quinto adducitur lex ex placito. Codic. de rer. permu. a contrario. ubi dicitur, ex placito permutationis re nulla secuta constāt nemini cōpetere actionem nisi stipulatio sit subiecta. ergo si non est apposita stipulatio est nata obligatio in quantum sit conuentio, sed uere hoc nihil facit, quia sensus a contrario est, quod non apposita stipulatione non nascitur actio, non autem est quod non nascatur obligatio, de qua ibi nulla fuit mentio, neque consideratio, confirmatur secundum eosdem, quia a contrario sensu colligitur quod re secuta oritur actio, ergo fuit orta naturalis, cum alias ex sola ciuili addita non competeret actio. sed tu responde quod re sequta oritur actio, quia ex traditione rei initium præstatur obligationi ciuili & naturali simul, ut ponderabat Soccin. in dicta l. j. & sic apparet quod adducta pro communi non probant concludenter quod nascatur actio, neque adducta in contrarium, quod non nascatur, etiam probant, & remanet articulus dubius.

88 Sed tu pro † resolutione ante omnia considera, an uerum sit præsuppositum Soccin. & commuiter sit uerum quod contractus innominati posśint incipere a conuentione, nam contrarium uerius uidetur, ex eo quia iura clare quando faciunt mentionem de eis utuntur uerbis executiuis ex parte unius, & iurisconsultus in l. naturalis. secundo responso. ponendo theoricam de eis ponit uerba denotantia executionem in eorum principio, dicendo (do ut des) facio ut facias, do ut facias, & facio ut des, quæ uerba demonstrant principium esse contractus in operatione unius, & idem demonstrat postea text. in. §. primo. & secundo. per omnia exempla ibi posita. & in omnibus legibus illius tituli. & in l. iurisgentium. ff. de pactis. & confirmatur per text. in dicta l. prima. §. penul. digest. de rer. permutatio. dum dicit, ex re tradita initium obligationi præbet, alio quin consensu contraheretur, ergo negat expresse quod a conuentione & consensu habeant principium, & præsupponit quod sint contractus qui re contrahuntur, sicut mutuum, comodatum, & depositum. ut insti. quibus modis re contrahitur obligatio. per totum, & dicit Bar. idem esse in contractu donationis, & dotis, propter eandem rationem, in l. iurisgentium. §. primo. digest. de pact.

Et si dicatur quod etiam incipiunt a conuentione, respondetur, quod hoc non reperitur iure traditum, & iura prædicta negant, & qui uult hoc dicere debet exempla ponere, quæ nulla posśunt conuenire, nam si exemplificas quod dicatur, promitto si dabis mihi, tunc est contractus conditionalis, dicta l. qui promisit. de condictio. indeb. & si tu dicis, promitto ut econtrario promittas, tunc facta promisśione statim adimplementum est secutum, quia dicitur contractus facio ut facias, & promittere est facere, si uero tu dicis, promitto ut des, & tunc similiter promittendo est adimplementum secundum, quia est contractus facio ut des. Aut dicitur conuenerunt de permutando equm cum boue, ut dixit glo. in dicta

dicta l. petens, & tunc non est factus contractus innominatus, sed tantummodo est factum pactū de faciendo contractum innominatum, & producit obligationem statim firmam, & non habet locum pœnitentia, sicut si diceretur, conuenerunt de uendendo fundum pro centum, nulla esset uenditio facta sed tantummodo pactum de uendēdo. l. si fideiussor. §. meminisse, & ibi no. ff. de leg. primo quia aliud est uendere, aliud est facere pactum de uendendo.

Aut uero dicit, conuenerunt ut unus daret equm & alius det bouem, ut supra ego firmaui thema, & hic est casus dubius an sit contractus innominatus, & glo. in dicta l. petens & communiter * doct. tenent quod sic. sed ego puto contrarium, quia contractus innominati demonstrantur per illa uerba executiua, & ideo potius reputabitur pactum de contrahendo. argum. l. ex placito. Codic. de rerum permutatione, & sic apparet quod nullum exemplum potest in actu practico reperiri, & per consequens opinio non est uera, quod contractus possunt reperiri qui incipiant a conuentione. & uere istud uidetur multum concludens, & amicum omnibus iuribus.

89 Tamen pro opinione † communi, quod imo reperiantur contractus innominati qui incipiant a conuentione, facit fortiter text. in l. naturalis. in princip. ff. de præscrip. uerbis. ubi formatur quæstio, quando seruus uiuus erat penes alium, & seruus istius penes contrarium, & conuenerunt quod tu manumitteres seruum alterius, & ille alter seruum suum, & præsupponitur quod erat contractus innominatus, cum per eos uellit illam quæstionem determinare, & tamen nulla executio facta erat ab aliqua parte, & si respondeas quod ille text. declaratur per sequentes uersi. qui ponunt exemplum de contractibus incipientibus a conuentione, respondetur quod non tollunt contrarium, quoniam conuentio necessario præcessit utrunque factum, & sequto uno adimplemento dubitat an alter teneatur. confirmatur postea per text. in. §. penul. ubi ponit aliud exemplum, quod conuenerunt partes ut unus exigeret debita alterius in prouintia, & alter exigeret debita alterius in ciuitate Romana, & ponit hoc exemplum pro contractu, facio ut facias, & tamen tempore conuentionis non potuit interuenisse factum unius, sed tantummodo ex interuallo subsecutum fuit adimplementum, & in aliis uerbis præsupponit alia exempla similia, & postea text. in. §. fin. sub nomine contractuum innominatorum ponit decisionem casus propositi, quia fuit contractus, facio ut des, & potest confirmari hæc opinio, quia in. §. j. & ij. præsupponitur quod si deficit forma emptionis & locationis remanet contractus innominatus, & in multis aliis legibus illius tituli, dum ponuntur exempla de multis contractibus innominatis, & omnes contractus nominati correspectiui deficiente forma incipiunt esse innominati, & tamen nos uidemus quod illi contractus consensu perficiuntur, & non incipiunt a datione & cum efficiantur innominati necessario incipiunt a conuentione.

90 Et istam partem † ego puto ueriorem, nam si non faceremus tales conuentiones esse contractus innominatos, nos redderemus ius ciuile diminutum ut reliquisset aliquas conuentiones sine executione, quamuis haberent iustam causam, & ideo opportet dicere, quod in dictis exemplis conuenerunt de dando bouem pro equo, uel conuenerunt ut unus daret fundum, & alter daret domum, quod iste conuentiones sequto implemento non haberent executionem, quod est contra intentionem illius tituli, qui uoluit quod in omnibus conuentionibus correspectiuis, quando non est nomen traditum, competat actio præscriptis uerbis, l. quotiens, digest. de præscript. uerbis. nec potest dici pactum simplex, quoniam una res promittitur ut alia res detur, & correspectiua est promissio non omnino resoluta. pactum uero continet promissionem firmam & resolutam ab una parte tantum, & appellatur pactum simplex.

Et opportebit dicere quod duplex est pactum, uidelicet simplex, quando libere una res promittitur. Et aliud duplex seu correspectiuum, quod incidit in effectu in illud nomen, ut sit contractus innominatus. Solum autem poterit dici pactum simplex quando dictum fuit (fecerunt pactum de permutando) & promissio illa est simplex, quamuis etiam possit dici quod hoc casu erit illud pactum duplex, quoniam permutatio præsupponit obligationem dandi rem diuersam in utraque, & solum uerificabitur pactum simplex quando apponitur conrractui innominato, ut si factum fuit pactum quod talis promisit uendere rem suam. dicta l. fideiussor. §. meminisse. ff. de leg. primo.

Non obstant iura adducta demonstrantia quod & re contrahuntur, & incipiunt a traditione, quia illa loquuntur de contractibus innominatis magis proprie constitutis, sed non tollitur quin sint alii contractus innominati incipientes a conuentione, qui magis proprie possent dici pacta duplicia seu correspectiua, qui tamen postea habent eundem effectum sequto adimplemento, & producunt actionem præscriptis uerbis.

91 Et sic remanet † conclusio firma, quod reperiuntur contractus innominati saltem improprii qui incipiunt a conuentione & propterea quæstio Soccin. probabilis est, & possunt in actu practico reperiri tales contractus innominati. non obstat quod sit pactum de contrahendo, quia debet distingui, Aut enim conuenerunt partes de contractu nominato habendo, & tunc est pactum de contrahendo. dicto. §. meminisse. Aut conueniunt de faciendo contractum innominatum non exprimendo qualitates dicti contractus, & tunc similiter est pactum de contrahendo. Aut conueniunt partes de faciendo contractum innominatum, exprimendo

omnes qualitates, ut si dicatur, conuenerunt de permutando codice cum Digesto, & tunc dicitur esse ipse contractus permutationis, cum obligatione tradendi. dicta. l. naturali. in princi. & §. penul, ad euitandos circuitus. cum tunc temporis forsam non habeatur res præ manibus, uel solum erit pactum correspectiuum, quod in idem recidit.

92 Qua opinione† retenta quæ uerior uidetur stat adhuc dubitatio, utrum ex eis nascatur actio ante implementum, & finaliter ego puto ueriorem etiam hoc casu esse communem opinionem, quod nascatur naturalis obligatio, quia capit conuentionem pacti nudi, quamuis habeat finem correspectiuum, & propterea illa sit resolubilis per pœnitentiam, nec inconuenit quod nascatur, sicut uidemus quod sequto implemento habet locum pœnitentia, & tamen secundum omnes est nata naturalis & ciuilis obligatio & actio, dicta l. si pecuniam. de condi. ob causam, & etiam rationale uidetur ut illa conuentio incontinenti aliquid operetur, ne dicamus quod contractus interim nullus est antequam sequatur adimplementum, & quod innanis sit illa conuentio, cum sine ea incipiendo adimplere causaret obligationem efficacem, & uidemus simile in mandato, & societate, qui sunt resolubiles contractus, & tamen producunt obligationem ab initio, & hoc tenendo
* etiam communem* opinionem docto. quod in dictis contractibus de iure gentium haberet locum pœnitentia, de quo tamen infra subiiciam spetialiter. Item sicut in contractibus nominatis correspectiuis correspondentia nō impedit natiuitatem obligationis, dicta l. j. de rerum permutatione. Ita nec etiam correspondentia nō poterat impedire natiuitatem obligationis naturalis, in innominatis. Nec obstat si dicatur, ergo sunt contractus qui consensu contrahuntur, quod expresse negatur in dict. l. j. ff. de rerum permutatione, quia respondetur, quod imo non contrahuntur ex consensu, sed producunt obligationem tantum cum illa spe exequendi quod sequto adimplemento ab una parte, in illis uero qui consensu contrahuntur statim omnem imperfectionem assumunt & producunt actionem ad totalem executionem, uel secundo posset dici, non esse inconueniens quod reperirentur contractus innominati correspectiui, qui consensu contraherentur, sicut & contractus simplices, seu pacta simplicia consensu contrahuntur, & sunt innominati. & text. in dicta. l. prima. loquitur de permutatione quæ assumpserat naturam ut re contraheretur.

93 Et propterea † habes intellectum ad duo iura & primo intellectum ad dictam l. primam. quod loquitur de contractibus innominatis qui re contrahuntur & incipiunt a sola traditione rei. item quod loquitur de obligatione naturali & ciuili, quæ in dictis non potest nasci nisi interueniente traditione, non autem loquitur de aliis incipientibus a conuentione. & eodem modo habes intellectum ad l. iurisgentium. in princi. ff. de pact. quod loquitur de contractibus correspectiuis qui re contrahuntur & incipiunt a traditione. ut exemplificat text. non autem loquitur de innominatis qui incipiunt a conuentione. & ideo nulla illatio de eis fieri potest per uerba illius text. ut statim dicemus.

94 Qua opinione stante † succedit modo dubitatio principalis proposita, an ex dictis contractibus innominatis qui incipiunt a conuentione daretur manus Regia ante implementum, & quod daretur, faciebat, quia obligatio est iuris uinculum quo necessitate astringimur, dicto. §. j. inst. de obligatio. ergo dabatur manus Regia cum necessitate astringens. item qui promittit tenetur seruare fidem, ergo cogi debet, quia graue est fidem fallere. dicta l. j. de consti. pecun. Socci. tamen determinat contrarium, quod imo non competeret manus Regia, & non cogerentur obligati eam obseruare, & rationem adduceret, quia erat obligatio debilis propter correspondentiam & pœnitentiam, cum obligatio naturalis fortis habeat tres effectus principales si forma & resoluta promissio interuenit, ut compensandi, retinendi, & excipiendi, hæc autē nullum effectum habeat compensandi, retinendi, nec excipiendi, ut supra dictum fuit, ergo erat debilis, & propter debilitatem nec etiam habebat effectum manus Regia.

Secundo adducit, quia habet locum pœnitentia, ergo debitor conuentus, quando debitor erat ante regem qui uolebat executionem facere, poterat dicere ego reuoco per pœnitentiam totum contractū, & ita reducere poterat obligationē ad nihilum, ut omnino cessare deberet manus Regia.

Tertio adducit, quia ipsa obligatio erat correspectiua, & si ipse nō adimpleuisset cessabat æquitas quod alter cogeretur, quia frangenti fidem fides frangatur eidem. l. cum proponas. C. de pactis, la ij. & creditori non obseruanti promissa obstat exceptio impeditiua executionis, l. qui fidem. ff. de transactio. & qui petit aliquid sibi fieri & tenetur aliud alteri quid facere non auditur nisi prius ipse faciat glo. per illum text. in l. ædiles. in fi. ff. de ædili. ædi. ergo ipsi petenti non poterat ministrari iustitia nisi prius ipse adimpleuisset, & per consequens ante implementum non dabatur manus Regia. & per ista respondet ad contraria, & ad illud de fide seruanda, quod non procedit quando petens aliquid tenebatur obseruare & nō obseruauit, & ad illud quod obligatio sit iuris uinculum, respondet quod est debile uinculum & per pœnitentiam debitoris resolubile. & ad illud de pacto nudo respondet quod nō facit, quia ex eo nascitur obligatio fortis non resolubilis per pœnitentiam, cum sit firma, & resoluta promissio, & habilis ad compensandum & retinendum. l. etiam. la prima de compensatio. supra poptio ei datur ut supra.

Ex quo sequitur quod cessant effectus in supra positi per illationes ad pactum nudum. nam effectus quod in curia mercatorum exequtio detur de pacto non procedit in istis contractibus innominatis ante implementum, quia æquitas naturalis

ralis non dictabat ut executio fieret sicut in pacto nudo, item alius effectus, quod de iure canonico ex pacto nasceret actio. d. cap. primo. de pact. non habebit locum in istis contractibus innominatis, ut dicebat Bald. in dicta. l. petens, Cod. de pactis.

95 Ex quibus dictis † etiam infertur ad tertiã quæstionem principalem, utrum ex dictis contractibus daretur exceptio pro retentione seu etiam cõpensatione; & exemplum pro meliori intelligentia ponit Socci. quando quis debitori suo promisisset non petere ut iret Romam, & antequam iret peteret creditum suũ, an ille debitor possit se defendere per exceptionem, & si quidem simplex pactum fuisset de non petendo clarum est quòd sibi cõpeteret exceptio. l. si unus. §. pactus ne peteret. ff. de pactis. sed tamen quia opposuit pactum correspectiuum promittendo petere ut iret Romã, est dubitatio si conueniretur, an allegando quod promisit nõ petere possit se defendere etiã quod adhuc non iuisset Romam, & Perus. hic determinant quod competit exceptio, ratione, & lege, ratio enim est, quia uidetur subesse æquitas naturalis propter cõsensum & ut fides seruetur. exceptio autem fundatur sola æquitate. l. qui æquitate. sup. de exceptione doli, lege autem probatur in dicta l. iurisgentium. §. igitur nuda. nam in principio dixerat quod nudæ conuentiones non producunt actionem, loquendo de contractibus innominatis etiam incipientibus a nuda conuentione & ante implementum, & postea in. §. igitur nuda. dicitur simpliciter quod nuda conuentio prodest ad exceptionem. ergo si referatur ad omnia superiora determinat quod omnis nuda cõuentio etiam correspectiua & incipiens a conuentione producit exceptionem, ergo probat conclusionem prædictam, cum uerba referantur ad omnia superiora. l. talis scriptura. supra de leg. primo.

Et ideo Bar. in l. nemo potest. supra de leg. primo. in fi. primæ col. dixit, quod quãdo legata sunt facta in testamento minus solemni producunt exceptionem propter naturalem obligationẽ. Socci. autem hic tenet contrariam opinionẽ, quod imo exceptio non competat, quia illa naturalis est correspectiua item & resolutiua per pœnitentiam, ergo debilis & non productiua æquitatis naturalis ante implementum. item & tertio, quia qui opponebat exceptionem tenebatur ire Romam, & non eundo fregit fidem, ideo inducitur iniquitas & non potest competere exceptio, per dictam l. qui æquitate, quæ retorquetur, & ad text. in dicto §. igitur nuda. respondet quod non fit relatio ad superiora, sed text. ibi stat inceptiue, sicut nota. in l. j. §. quoniam igitur. ff. si cer. peta. & propterea concludit quod pro obligatione quæ nascitur ante implementum ex contractibus correspectiuis non dabatur manus Regia, quia est debilis, correspectiua, resolutiua per pœnitentiam, & quia implicat fractionem fidei continet iniquitatem, & non producit exceptionem cõpensationis neq; aliam exceptionem retentionis. & ita ressidet.

96 Sed tamen † aduertendum est, quod ipse fundat omnes dictas conclusiones in istis tribus rationibus, quia est correspectiua, resolutiua per pœnitẽtiam, & implicat fractionem fidei, quæ tamen rationes non concludenter probant dictam conclusionem, ex eo quia sola correspondentia non impedit dari manum Regiam, cum in cæteris contractibus nominatis interueniebat, & tamen non impediebat manum Regiam, similiter resolutio per pœnitentiam impedit manum Regiam, quia uidemus quod sequto implemento nascitur omnis obligatio, & actio, & exactio, & tamen resoluitur per pœnitentiam. dicta. l. si pecuniam. ff. de condictio. ob causam.

Item hæc implicatio (quod non seruet promissa) impediebat manum Regiam, cum in aliis contractibus correspectiuis semper erat hæc obligatio ad aliquid faciendum per petentem, & tamen non impediebatur manus Regia, & ideo quoniã supra idemmet Socci. uoluit quod de iure gentiũ nulla esset differentia inter conuentiones nominatas & innominatas, apparet quod si dictæ tres rationes non impediebant manum Regiã in aliis contractibus correspectiuis, nec etiam in dictis contractibus innominatis debebat impedire, & in spetie resolutio per pœnitentiam, quæ nec etiã hodie impedit, dicta l. si pecuniam, & apparet in contractu mandati, & societatis, & aliis similibus. iuxta. l. si hominem. ff. mand.

97 Quare Ruy. de † prædictis tamen non faciens mentionem uidebatur pro defensione communis opinionis concordare dictas opiniones distinguendo, quod aut qui petebat executionem ex illo contractu correspectiuo offerrebat se paratum adimplere ea ad quæ tenebatur, uel etiam si non opponebatur etiam non facta dicta obligatione tunc dabatur manus Regia, quia militabat plena ratio fidei seruandæ, arg. text. in l. ædiles, in fi. ff. ædili. ædic. & per Bar. communiter* approbatum in simili in l. si duo patroni. §. si quis iurauerit. ff. de iur. iurando, cum suis concordantibus per eum adductis, quia eo parato adimplere cessat ratio fractionis fidei, item cessat ratio correspondentiæ, quia facta oblatione stat per conuentum quia habeat quod petit, & sic obligatio efficitur pura & uirtualiter simplex, unde non potest dari ratio differentiæ inter pactum nudum & hos cõtractus, cum facta obligatione purificentur, sicut in omni contractu mandati modali præstita cautione de adimplendo inducitur plena exactio, ut per Bar. in dicta l. quibus diebus. §. Termilius. ff. de conditio. & demonstratio. si uero peteret nulla facta oblatione, tunc procederet opinio Socci & communis per suas rationes & ad contrarium de pœnitentia respondet, quod non habebat locũ de iure gentium, sed fuit postea inducta de iure ciuili ꝙ multas constituit differentias inter cõtractus nominatos, & innominatos respectu executionis, ut etiam sentiebat Fulgo. tamen hoc ultimũ nõ probat, & eandem opinionem tenet hic Crotus, qui plus dicebat quod ex contractibus innominatis ante implementum nascatur actio de iure canonico, de quo multa adducit ut hic per eum.

Sed tamen tu considera, quod ratio de obligatione per Ruy. allegata non uidetur sufficere, quia si obligatio sufficeret pro adimplemento, sequeretur quod agẽs posset cogere aduersarium ad implendum, & sic præualeret ille qui prius ageret, quod est contra illam legem ædiles. in fi. ff. de ædili. ædict. quæ loquitur de uero adimplemento. licet glo. ponat suam conclusionem de oblatione, per dictam l. Iulianus. §. offerri. ergo est opus uero adimplemento, licet glo. ibi in sua expositione uiolauerit istum text. quod maxime procedit in cõtractibus qui re contrahuntur, & in istis qui sui natura incipiebant a rei traditione. dicta l. naturalis, & dicta, l. j. §. penul. de rerum permutatione, & militat alia iuris regula, dictans quod ubi opus est facto uerba non sufficiunt, l. acceptã. C. de usuris. & no. per Bar. in l. qui decem. ff. de solutionib. ergo debet uere adimplere, & si recusat propter pœnitentiam reuocatur totus contractus, si uero acceptat, tunc est uerum adimplementum, & sumus extra quæstionem propositam.

Niger uero tenet opinionem Socci. quod imo non daretur manus Regia nec oriatur actio de iure canonico, per rationẽ, quod illa obligatio per correspondentiam non est pura sed sub conditione tacita (si sibi obseruabit) unde non potest dari exceptio neque executio, & sicut in obligatione in diem in qua cessat executio propter tacitam conditionem quæ inest ex appositione diei. l. cedere diem. ff. de uerbo. signifi. sed tamen ista ratio etiã parum stringit, quia assumptum non est uerum quod insit aliqua conditio tacita uel expressa, neque etiam appositio diei inducit tacitam conditionem, neque impedit actionem, secundum uerã opinionem positam in l. interdum. infra eodem. & in contractibus correspectiuis non est conditio, sed modalis dispositio, quæ non impedit natiuitatem actionis. dicto. §. Termilius. item si conditio aliqua adimplendi eo parato adimplere uidetur exittere illa conditio. arg. l. Iulianus. §. offerri. ff. de actio. emp. & in obligatione in diẽ ex inobseruantia partis non causatur impedimentum.

98 Vnde si quis†uellet tenere opinionẽ Socci. melior esset responsio, quod isti contractus sui natura incipiunt a traditione & executione unius partis, & non potest fieri executio contra aliam partem nisi ille qui petit uere adimpleuerit deducendo ad formam & actum sufficientem, & conuentus (donec adimpleat) poterit semper repellere actorem excipiẽdo, obserua tu prius si uis tibi obseruari, etiam non reuocando contractum per pœnitentiam, nec sufficere debet oblatio, quia in contractibus qui re contrahuntur est opus uero adimplemento, tex. in dicto. §. offerri. procedit in illis qui consensu contrahuntur, & sine adimplemento habent suam perfectionem, & succedit differẽtia posita in dicta l. prima. de rerum permutatione. & sicut hodie de iure ciuili per oblationem in istis contractibus non potest habere actionẽ quia res non interuenit, dicta l. j. ff. de rerum permutatio. quæ omnia possunt procedere in tertia quæstione, an poterit competere, quia non poterit cõpetere, cum uigor obligationis non inducatur, nisi adimplementum realiter interueniat, cum oblatio nihil operetur in contractibus innominatis. dicta. l. si pecuniam. ff. de condi. ind. hæc tamen defensio postea incidit in aliam inuolutionem, quia uidetur præsupponere quod contractus innominati non possint incipere a conuentione, quo casu quæstio contractus tota reduceretur in nihilum.

99 Et propterea†omnia prædicta uidentur esse dubitabilia, & augetur difficultas, quia Socci. & sequales uidentur semet ipsos confundere, quia uolunt non fieri differentiam inter conuentiones nudas & uestitas, dũ intendunt probare quod nascitur obligatio, & postea quando tractatur de manu Regia danda constituunt differentiam inter eos, uolentes quod obligatio correspectiua propter correspondentiam efficiatur debilis, & quod sit resolubilis per pœnitentiam, & quod militet ratio fractionis fidei, quæ omnino contraria sunt, quoniam si nullam constituis differentiam in ortu obligationis, debet etiam efficacia durare quãtũ ad hoc ut daretur manus Regia, & si tu uis differentiam fuisse respectu competentiæ manus Regiæ, opporteret etiam dicere quod militaret quãtum ad producendum obligationem, & si ita diceres, quæstio esset sopita, & non opporteret incidere in has perplexitates.

100 Et propterea†tota uis istius quæstionis reducitur ad ueritatem istius præsuppositi, an esset differentia inter contractus correspectiuos nominatos & innominatos, & an haberet locum pœnitentia in innominatis & non in nominatis, & certe non uideo quid possit pro communi opinione allegari, dum reuoluto mantello modo dicunt nullam esse differentiam, & postea uolunt differentiã tam efficacem fuisse, nisi dicamus, quod in contractibus nominatis iure gentium promissio nõ erat modalis, sed simplex, quia quis dicebat, uendo tibi domum pro tali prætio, uel loco tibi fundum pro tali mercede, in qua forma non uidetur correspondentia, tamẽ nec etiam hoc sufficeret, quia licet in illis uerbis non est correspondentia nihilominus in traditione interueniebat, quia ipse promittebat tradere rem ut sibi tradatur prætium, & concedebat fructus fundi sui ut daretur merces sibi, & remaneret similitudo, & sic non tolleretur obiectio quin esset differentia, & quod in aliis terminis dicebatur nullam esse differentiam & quod nulla deberet esse differentia probatur etiã, quia permutatio erat antiqua uenditio, & per consequens forma erat æqualis cum ipsa uenditione, excepto quod in permutatione non erat mentio prętii. lege. prima. ff. de contrahend. emptio. & §. primo. insti. de emptio. & uenditione. & si pro cõmuni diceres, quod in uenditione & aliis cõtractibus correspectiuis nominatis obligatio contrahebatur solo consensu, & in innominatis per interuentum rei, & habebat locum pœnitentia ante implementum, quia non erat perfecta conuentio, sicut in mutuo, comodato, & deposito ante traditionẽ habet locum pœnitentia. l. si pecunia. ff. si cer. petatur. respondetur quod adhuc incidis in laqueum,

ex eo

ex eo quia fateris differentiam esse inter conuentiones nominatas & innominatas quam primo negaueras, & plus etiam facis quod destruis illam opinionem, quod contractus innominati nō possent incipere a conuentione, & solum deberēt incipere a traditione, & sic redderes totam quæstionem uanam & inutilem.

101 Vnde resolutiue † ego puto tutius esse tenere, quod de iure gentium in nullo contractu correspectiuo etiam innominato haberet locum pœnitentia, & quod æqualiter in omnibus nascebatur obligatio. & æqualiter dabatur manus Regia facta oblatione sufficienti de adimplendo promissionem suam, ut si esset res mobilis deponeretur Penes magistrum actorum, uel alio loco legitimo, & si non esset mobilis fieret sufficiens oblatio de qua habetur per Bart. in l. qui decem. infra de solutio. & in l. acceptam. C. de usur. cum suis concordanti. & probatur hæc opinio, quia pœnitentia est contra naturam obligationis, quæ est iuris uinculum quo necessitate astringimur. item facit, quia faciliter hæc pœnitentia hodie cessat quando adest æquitas, ut in contractu transactionis, uel quando interuenit iuramentum, uel quando interuenit stipulatio, ut infra dicemus suo loco cum docto. communiter hoc tenentibus. Et certe nisi æquitas naturalis dictaret, quod non sit admittenda pœnitentia, non permitteretur in illis casibus contra æquitatem iuris gentium.

102 Et propterea † remanet, quod cum nulla esset differentia de iure gentium inter contractus nominatos & innominatos quantum ad efficaciam, cum nomen fuerit inductum propter solam frequentiam nihil noui adducens, eodem modo neque etiam quantum ad natiuitatem obligationis & ut competeret manus Regia nulla erat differētia, & ideo æqualiter manus Regia dabatur pro omnibus contractibus correspectiuis, facta tamē sufficienti oblatione, ut dictum fuit, & hoc modo cessant omnia contraria.

103 Ex quibus † postea infertur ad quæstionem de foro mercatorum, utrum pro contractu innominato nascatur actio, quia opportet dicere, aut cōstat in illo foro pœnitentiam habere locum in talibus contractibus ex aliqua consuetudine uel statuto, & tunc tenenda esset opinio Socci. quod non daretur actio, stante dicta differentia inter contractus nominatos & innominatos, sed si hęc non constaret tunc ex dictis contractibus nasceretur actio, quia de iure gentium nulla erat differentia, & æqualem haberent executionem, cum solo iure ciuili tales differētię fuerint introductę.

104 Item infertur † an in foro canonico ex contractibus innominatis ante implementum competat actio, quia si demonstratur eodem iure posse habere locum pœnitentia, tunc seruanda esset opinio Bal. in dicta l. petens. approbata hic per Socci. & sequaces. Sed si tenemus opinionem quod iure canonico non detur pœnitentia ut uidetur dicere tex. in sui generalitate in cap. qualiter. ex. de pact. & quia per iuramentum secundum omnes impeditur pœnitentia, & Deus non facit differentiam inter iuramentum & simplicem loquellam, cap. iuramenti. 22. quæst. j. & quia in psalmo dicitur, quæ processeruut de labiis meis non faciam irrita. apparet quod æquitas naturalis dictat generaliter ut seruentur promissa, & quod non habeat locum pœnitentia, & propterea dicto iure canonico nulla sit differentia inter contractus nominatos & innominatos, & per consequens æqualiter debet competere actio, facta tamen sufficienti oblatione, & eadem quoque diceremus si causa esset commissa ab habente potestatem ut procederetur secundum æquitatem iuris gentium & sola facti ueritate inspecta, quia tunc seruari deberet executio tradita a iure gentium, per supradicta.

105 Item infertur † ad quæstionem tertio loco positam per Socc. an ex dictis contractibus innominatis competat exceptio uel compensationis uel retentionis, nam concludendum est quod si loquimur tempore præsenti quo ius ciuile fuit inductum. & apud nos seruatur, ex talibus contractibus ante implementum nō daretur actio, quia seruatur illa differentia inter contractus nominatos & innominatos, ut innominati debiliores sint habeat locum pœnitentia, & militet ratio fractionis fidei, sed si nos loquimur de foro canonico, uel de foro mercatorum, uel de aliis foris in quibus æquitas iuris gentium seruanda est, tunc exceptio sufficiens competeret retentionis & cōpensationis facta sufficienti oblatione, quoniam tunc nulla datur differentia inter contractus nominatos & innominatos, & æqualis est efficaciæ, & æqualiter executio dari debet, quinimo etiam posset dici, quod etiam hodie in foro ciuili posset competere illa exceptio efficax facta oblatione, quoniam antequam reuocetur per pœnitentiam obligatio remanet efficax & cum necessitate exactionis, ideo petens suum debitum (si uellet euitare obiectionem exceptionis) deberet dicere, reuoco cōtractum, & tunc cessaret omnis obligatio & exceptio, sed si non reuocaret, imo demonstraret uelle perseuerare in eo, tunc facta sufficienti oblatione uideretur adimpleuisse, & competeret efficax exceptio.

106 Propterea fac † regulam, quod hodierno tempore ex contractibus innominatis ante implemētum neque datur actio neq; exceptio propter eorum debilitatem. Fallit quando non reuocaret per pœnitentiam ipsum contractum, quia tunc facta oblatione competeret exceptio efficax. Fallit secundo de iure gentium, quia nulla erat differentia inter contractus nominatos & innominatos facta tamen sufficienti oblatione. Fallit & tertio de iure canonico. Item quarto in foro mercatorum. item generaliter in omni foro & casu in quo seruanda esset ęquitas iuris gentium, quia tūc daretur actio & exceptio retentionis & compensationis, facta tamen sufficienti oblatione, per prædicta.

107 Aliam subiicit † quæstionem Socci. hic, utrum ex pollicitatione de iure gentium competeret manus Regia, est autem pollicitatio unus actus dependens a uoluntate unius tantum, & ipsius so-

lius continens promissionem, & ideo diffinitur quod est solius offerrentis promissio, differrens a pacto nudo quod est duorum in idem placitum & consensus, ut inquit text. in l. pactum. ff. de pollicitationibus, & de substantia pacti est quod duo insimul tractent unum negotium, & unusquisq; se resoluat, ut eorum uoluntas transeat in placitum, & postea in unum conueniant, ut eorum placitum efficiatur consensus, idest simul sensus, & hinc inde actus, ut in l. j. ff. de pact. dum dicit, duorum placitum in idem & consensus, & constituitur pactum inter p̄sentes & consentientes omnino, & inter absentes si interueniat notarius uel alius qui stipuletur nomine absentis præstando nomine ipsius consensum. & si non est præsens neque alter stipuletur opportet quod paciscens mittat nuntium uel epistolam ad eum cum quo uult conuenire, & si acceptat, tunc etiam dicitur pactum, quoniam contractus omnes iuris gentium & naturales fiunt inter præsentes per se uel procuratorem, uel inter absentes per nuntium uel epistolam. l. j. ff. locati. & l. ex consensu. §. primo. & ibi glo. not. supra de actio. & obligationibus. opportet tamen quod tempore quo paciscitur mittat nuntium uel epistolam, nam si non mitteret, & postea ex interuallo ille absens consentiret, non diceretur pactum neque consensus, quoniam illa uoluntas primi est annullata per absentiam, & acceptatio postea nihil operatur, quia iam extincta est prima uoluntas, & non potest amplius dici consensus, id est simul sensus, ut dixit glo. in dicta l. ex consensu. & notant docto, in l. idem si duobus. in fin. ff. de pact. dum glo. ibi dicit, quod absenti. & extraneo non potest quis stipulari. & in l. non solum. §. liberationis uerba. ff. de lib. leg.

108 Pollicitatio autem † est solius offerentis promissio, idest uoluntas unius tantum non acceptata, quod contingit quando fit absenti & non mittitur nuntius uel epistola, nam tunc remanet simplex uoluntas offerrentis, & non potest transire in pactum, & ideo remanet sub nomine pollicitationis, & in effectu quodammodo est medium pactum, quæ pollicitatio regulariter non ualet propter illam rationem, quia non continet consensum duorum, & solum receptum est ut in aliquibus casibus ualeat, ut si promittatur reipublicæ ob honorem habendum, siue sit præsens siue absens. dicta l. pactum. uel promittatur, secundo. si promittitur aliquid ob necessitatem reipublicæ, uel tertio, si promittitur reipublicæ absenti etiam sine necessitate, & postea ceperit facere opus. l. j. §. cepisse & l. de pollicitationibus in fin. ff. de pollicitationibus. Quartus casus est, quando quis pollicetur Deo quia tunc competit executio. l. si quis rē. eodem titulo de pollicitatio. Quintus casus est quando quis pollicetur eclesiæ absenti, per illam rationem quia Deus ubique est, glo. in l. illud. C. de sacr. sanct. eccles. Sextus casus est in pollicitatione iurata secundum Abb. in prohemio Gregoriano, per glo. in cap. quotiens cordis. prima quæstio 7, & per Alex. in l. stipulatio ista. §. alteri. infra eo, & inf. in materia propria pollicitationis plenius declarabimus discutiendo ueritatem, & propterea redditur regula quod hodie de iure ciuili pollicitatio regulariter nō ualet, exceptis dictis sex casibus in quibus est specialis ratio.

109 Vnde * Socci. hic quærit an pro pollicitatione de iure gentium daretur manus Regia generaliter ultra illos casus speciales. quæ quæstio dependet ab alia sicut præcedens, an ex pollicitatione nasceretur naturalis obligatio, quā examinant multi Mod. infra in materia pollicitationis, sed melius cadit hic. & Socci. primo argumentatur quod non daretur manus Regia ex mente Mod. quia ex ea non oritur naturalis obligatio, nam de substantia naturalis obligationis est quod interueniat consensus duorum, & ab eo nascatur, & si non interuenit consensus duorum seu simul sensus, tanquam deficiente substantia non posit nasci, quia est solius offerentis promissio. dicta l. pactum. de pollicitationibus. Sed in contrarium postea adducit, quia lex canonica nititur æquitati iurisgentium, ut habetur in cap. dilecti, ex. de iudi. & de æquitate canonica quis cōpellitur ad obseruantiā pollicitationis per tex. in cap. qualiter. ex. de pact. ubi Abb. & alii nō. qui dicit generaliter studiose agendum est ut ea quæ promittuntur opere compleantur. & facit text. in l. sciendum. §. dictum supra de ædili. ædicto. qui dicit quod ex promissione quis obligatur, sed pollicitatio est promissio, ergo obligatur, ideo dicebat Abb. in cap. cum inter. de electione. quod qui cōtradicit pollicitationi dicitur peccare, ergo obligatur. Socci. autem hic tenet primam partem, quod imo non daretur manus Regia, propter illam rationem, quia ex ea non nascitur naturalis obligatio deficiente cōsensu, & quia non adest persona cui acquiratur, neque adest persona quæ sequatur fidem ipsius. iuxta. l. cum amplius. §. is natura debet. ff. de reg. iur. ex quo postea infert, quod in foro mercatorum non dabitur actio, neque etiam competet exceptio ex ea, ut hic per eum. Contrarium tamen tenuit Fortunius in l. j. ff. de pact. per multa ibi per eum adducta, & respondet adductis per Socci. hic, ut articulus efficiatur dubitabilis, & hinc inde examinetur.

110 * Et pro † opinione Socci. quæ communis * est adducitur primo illa ratio, quia deficit in pollicitatione substantia obligationis, quod interueniat consensus duorum, ideo non posit nasci obligatio neque competere manus Regia. Sed respondeatur tenendo contrarium. negādo quod de substantia obligationis sit ut interueniat consensus duorum & simultanea conuentio. Cū imo ex sola promissione quis possit obligari, ut patet ex multis exemplis, & per glo. in dicto. cap. qualiter. dum alligat illud dictum, inter simplicem loquelam & iuramentum Deus non facit differentiam. cap. iuramenti. 22. q. 5. & facit text. in dicta l. sciendum. §. dictum. de ædili. ædicto. Sed replicari potest quod imo ex sola promissione nō potest nasci obligatio, quia nulla æquitas dictat ut pollicens sibi obligetur, cum nemo possit sibi legem imponere a qua non ualeat recedere. l. si quis in prin-

in principio testamenti.ff.de leg.tertio cum concordan.ibi adductis, hæc autem est simplex uoluntas imponens legem sibi ipsi & neminem offendens neque lædens, ergo ab ea poterit ad libitum recedere, & facilius quam in ultima uoluntate,& per cõsequens non potest nasci naturalis obligatio. Secundo respondetur quod reperiuntur multæ conuentiones in quibus non interuenit simultaneus consensus,ut in l.secunda. Co. de pact. & in toto titulo de obligatio.quæ ex quasi consensu nascuntur.& in sententia lata contra inuitum. Sed replicatur quod in illis casibus actus sit super re perueniente ad alium,unde ei acquiritur, quasi representetur per rem, & ut nullus ipsorum damnificetur,seu non locupletetur cum aliena iactura.l.nam natura.ff.de condi.ind.& hoc modo procedit text.in dicta l.idem duobus.ff.de pact.quod non militat in pollicitatione quæ fit de re ipsius pollicentis, per quam non potest aliquis damnificari,nec negotium geritur super re alterius. ut per glo.in dicta.l.idem si duobus.& l.non solum. §.liberationis uerba.ff.de lib.leg.& propterea uidetur posse stare.

111 Secundo † principaliter quod nulla nascatur obligatio naturalis, adducit Socci. rationẽ,quia non est persona cui acquiratur obligatio,ut dicebat Guil.& Bal.in l.si unus.§.pactus.ff.de pact.ubi spetialiter disponitur quod si non est persona cui acquiratur non potest nasci actio, sed in pollicitatione nulla est persona cui acquiratur, ergo nulla potest nasci obligatio, & per consequens nec dabatur manus Regia. Respondetur quod imo adest persona cui acquiratur,cum ille qui petit prætendat interesse sibi acquiri, & uelit sibi dari, & ideo non deficit cui possit acquiri. Sed replicatur,quod hæc acceptatio non fuit facta in tempore quando fuit facta promissio, neque interuenit nuntius uel epistola, & ideo cum promissio non sustineretur non potuit postea acceptari,cum deficiente nuntio uel epistola ex interuallo absentes etiam quod promissio sit facta ad eorum utilitatem non inducãt conuentionem neque obligationem,ut est glo.in l.ex consensu ff.de actio.& obligationibus.& dixi in rub.ff.de pactis & infra repetetur.& ideo adhuc stringit.

Tertio principaliter Socci.adducit, quod imo non nascatur naturalis obligatio, text. in dicta l. pactum,de pollicitatio.ubi dicitur ex pollicitatione quasi debitum exigi, ergo non est naturalis obligatio,quia si adesset,uerum debitum non quasi debitum appellaretur. etsi illud ibi est quando de iure ciuili habet executionem fortius non assistente iure ciuili nulla poterit nasci obligatio.

112 Respondetur † quod non probat necessario ex eo quia quasi debitum ibi appellatur, nõ quia deficiat naturalis obligatio, sed quia regulariter deficit approbatio ciuilis, & quando est naturalis obligatio appellatur debitum.l.fideiussor obligari.§.fideiussor.de fideiusso.ideo est ibi quasi debitum respectu ciuilis obligationis. sed uere debitum respectu naturalis,& sicut ibi deficiente ciuili appellatur quasi debitum, ita deficiente naturali existente ciuili actione appellabitur quasi debitum. Secundo etiam respondetur quod illa dictio(quasi)est expressiua ueritatis argum. l. j. ff. de transactionibus. Replicatur, quod in illo tex. non potest hoc dici,quia præmiserat quod pollicitatio non erat pactum,& per consequens non faciebat debitũ,& necessario dictio(quasi)stat proprie,& tanto fortius,quia a proprietate in dubio non est recedendum.l.non aliter.ff.de leg. tertio. Tertio respondetur,quod ibi uerbum (quasi) refertur ad pactum, ut dicatur debitum quasi ex pacto,cum uere non sit pactum proprie, tamen est debitum. Replicatur, quod non potest stare, quia statim erat dictũ quod separatur a pacto aliter dicitur quasi debitum, idest perinde ac si efficaciter de iure esset debitum,quod etiam nihil ualet, quia sequeretur quod de iure non deberetur, contra intentionem tex. qui uult, quod efficaciter de iure ciuili teneatur, ideo probat quod non sit nata naturalis obligatio, cum si esset nata debitum diceretur. dicta l. fideiussor. §. fideiussor. de fideiussoribus.

113 Quarto † adducitur text. quod non nascatur, per Socci.in l.non amplius.§.is natura debet. de reg.iur.ibi,cuius fidem secuti sumus,& sic ad obligationem inducendam opportet quod unus sequatur fidem alterius,quod non reperitur in pollicitatione. Respondetur quod satis dicitur adesse qui sequitur fidem alterius cum ille cui fuit facta pollicitatio acceptauerit,& tunc petat,ut dictum fuit in alio contrario. Replicatur,quod acceptatio ista ex interuallo facta nihil operatur,cũ non perseuerauerit promittens in promissione sua, non interueniente præsentia, uel nuntio,seu epistola,per quæ possit induci simultaneus consensus,ut est glo.in dicta. l.ex consensu. supra de actio.& obligatio. Secundo respondetur, quod saltem ex alia æquitate nascitur obligatio. Replicatur,quod non probatur aliam æquitatem militare,nisi quando fieret actus super re alterius, & in illis spetialibus casibus supra traditis.

Quinto adducitur, quia est spetiale quod in dictis sex casibus nascatur obligatio & detur executio,ergo sequitur quod regulariter non nascitur obligatio neque datur exactio. Respondetur quod est spetiale ut exigantur sine obligatione ciuili tamen non infertur quod non fuerit nata generaliter naturalis ex promissione, sicut in certis casibus est spetiale quod competat actio ex pacto, & tamen generaliter nascitur naturalis. Sed replicatur quod spetialitas est ut exigatur, quamuis deficiat naturalis, quia text.dicit, quasi debitum exigatur. Item replicatur, quod exactio fit in illis casibus propter aliam æquitatem, erga Deum religio.& ut parenti & patriæ pareamus,quia Deus ubique est qui uidetur acceptare, & respublica semper præsens in ciuitate,quę equitas militat nisi in illis casibus spetialibus, ex quo nulla æquitas naturalis uidetur dictare quod nascatur obligatio, & propterea remanet quod fundamenta communia efficaciter illam opinionem probant. Alia quoque læuia pro hac communi

adducuntur per Nigrum hic, quæ non est necessarium referre.

114 Contrariam † opinionem tenuit Fortunius in l.j.ff.de pact.uolens quod ex pollicitatione oriatur naturalis obligatio, & pro ea opinione adducitur tex.in dicto cap.qualiter.extra.de pact.ibi, ut ea quæ promittuntur opere compleantur & ibi Abb.notat,& facit dicta l. sciendum. §. dictum. ff. de edili.edicto. sed respondent communiter docto.quod loquitur de pacto non de pollicitatione,prout suadet natura tituli.l. imperatores. ff.de in diē adiectione.& si dicatur,quod satis erat dictum de pacto in cap.primo. replicatur quod ibi loquitur de contractu innominato incipiente a conuentione ut nascatur obligatio & executio.de quibus æqualiter tractat dictus titulus,& efficitur notabilis tex.probans quod de iure canonico ex contractibus innominatis incipientibus a conuentione nascatur actio,ut dixi in præcedēti quæstione,item respondetur quod uerbum (promitto) in dubio comprehendit pactum habens simultaneum cōsensum,imo plærunque stipulationem. arg.§.si ita scriptum. insti. de fideiusso.& ita procedit tex.in dicta l.sciendum.§.dictum.ff.de edil. edicto.item intelligitur de pacto facto sine causa,quod de iure ciuili non uidetur ualere.

115 Secundo † adducitur quia æquiparatur uotum & pollicitatio, imo uotum est pollicitatio. dicta l.ij.de pollicitationib.sed in uoto quis obligatur. l.si quis rem.eodem tit.ergo etiam ex pollicitatione.Ias.respondet,quod ex uoto quis non obligatur nisi deducat ad actum,Anto.in cap. j. in ij. oppositione. de uoto. sed parum ualet, quia ex pollicitatione sine causa obligatur quis quando est deducta ad actum.l.j. §.cepisse. infra de pollicitationibus.unde secundo respondet Alci.quod in uoto obligatur quia transit in pactum,cum Deus ubique sit qui præsentialiter acceptet.cap.ij.de arbitr.Abb.in cap.fatetur.& in ca.ex parte. de cēsibus.secus in pollicitatione ex alia causa, quæ responsio nec etiam uidetur stringere,quia in pollicitatione potest interuenire præsentia & non præsumetur acceptatio,ut dicemus infra in materia pollicitationis in quæstione spetiali, an possit fieri præsenti.Tertio respondetur, quod obligatio qua obligatur uouens non est naturalis, sed spiritualis seu canonica,uel nascitur ex illa æquitate erga Deū religio,& hæc est uera,quamuis alia possit etiam esse bona,quod Deus ubique est,& præsumitur acceptare propter religionem & pactum inducere. ex quo apparet, quod illud de uoto est unus casus spetialis in quo ex pollicitatione de iure gentium nasceretur obligatio.

116 Tertio adducitur ratio,† quia inter iuramentū & simplicem loquelam Deus non facit differentiam.cap.iuramenti. 27.quæsti.5. & in psalmo.dicitur.quæ processerunt de labiis meis non faciam irrita.sed iuramentum ligat etiam in absentia, ut habetur in cap.debitores.& cap.j. de iur. iurand. ergo etiam ex pollicitatione per simplicem loquellam facta per illa iura, per quæ dixit Abb. in cap.inter uniuersos.de electione,quod qui promisit per pollicitionem, non seruando dicitur peccare,ergo est nata naturalis, per ea quæ dixit Inno. in cap.nouit.de iudi.& no.in cap.quæ in ecclesiarum.de consti.ergo est etiam æquitas fidei seruandæ,& graue est fidem fallere.l. j. de consti. peccu. ergo debet nasci obligatio & exactio. respondet Abb.in prohemio Gregoriano, quod illud dictū procedit contra dicentes mendacium, ut æqualiter puniantur,siue sit iuramentum,siue simplex dictum,item procedit quantum ad Deum,sed quantum ad ecclesiam fit differentia, ut per Ioannem And.in cap.debitores.de iureiurand.Secundo illud dictum procedit quando est conuentio,& promissio plena,ut pactum nudum,quia non est opus confirmatione iuramenti, non autem quando est promissio facta absenti,quia tunc non est obligatio,nec sequitur fidem, nec decipitur, nec obstat quod dicatur peccare,quia uerum est in illis casibus in quibus ualet,& ius acquiritur;sed regulariter nullum fit præiudicium parti, ergo nec etiam nascitur uaturalis obligatio.

Quarto adducitur tex in dicta l.pactum. in fi. de pollicitatio.ubi res tradita ex causa pollicitationis non potest repeti.ergo est naturalis obligatio.l.j.cum glo.ff.de condi.indeb. sed respondetur, quod ibi non denegatur repetitio ex capite, quod sit naturalis obligatio, sed ex alio capite ꝙ promissio facta reipublicæ sine causa ualidatur ubicunque cepit opus.l.j.§.cepisse.ff.de pollicitationib.& quando quis tradidit non tantum cepit sed etiam perfecit.

117 Sexto adducitur,†quia confessio parte absente probat de iure canonico,quamuis secus sit de iure ciuili.Feli.in cap.si cautio.col.6. de fid. instru. ergo & de iure gentium.dicto cap.primo.j.distinctio.& per no.in ca.dilecti.de iudi.sed respondetur negando quod adsit authoritas Fely.quia ipse hoc ibi non tenuit.Secundo non sequitur, probat & non potest reuocari, ergo obligatur, quia ex confessione inducitur probatio quæ prodest parti & ius quæsitum est ei ex probatione.arg.l.fi. ff.de pact.duo alia adducit Niger quæ læuia sunt, & ipsemet respondet & Ruy.similiter adducitur, quod iuramentum non impedit alios contractus. l.si stipulatus.§.primo.cum glo. infra eodem, & uere non potest dici simultaneus. ergo nascitur naturalis,secundū Ruy.& Imo.in l.j.§. si quis ita. infra eodem.si superuenit acceptatio, ut no. in l. si ego.ff.de nego.gest.respondetur quod intelligitur quando fuit facta promissio præsenti uel absenti per nuntium uel epistolam,ut per glo.in dicta l.ex consensu.cum similibus adductis hic per eundem Ruy.

118 Septimo facit † quia imo uidetur quod semper debet nasci obligatio,cum in effectu pollicitatio quando fuit acceptata transit in pactum, & quæstio nostra præsupponit quod creditor petat sibi dari,ergo acceptauit, cum si non acceptasset non peteret,& si non acceptauit est consensus duorū, & per consequens tanquam sit pactum debet nasci obligatio,quia absentia non impedit ualiditatem pacti secuta acceptatione.l.ij.& l.si creditori.

C.de

C. de pactis. l. 3. in fi. §. primi de neg. gest. & l. solutum. §. ideo tamen.supra de pigno.actio.respndet Ruy. quod illud procedit in pacto tacito ab utraque parte.tu melius responde,quod procedit in pacto tacito quod inducitur ex negotio gesto de re aliena, per quem possit sequi damnum partibus,& locupletatio cum aliena iactura, nam tunc exæquitate lex fingit consensum illius qui posset lædi interuenire ad finem ut euitet damnum, & ne alter locupletetur cum aliena iactura, & est casus spetialis quo conseruatur promissio facta absente parte, ut possit produci cōsensus, sicut per nuntium & per epistolam, sed nos tractamus quando quis promittit absente parte de re propria ex qua non possit sequi damnum, & tunc promissio non conseruatur, & per acceptationem sequentem non potest induci consensus, & propterea remanet solius offerrentis promissio,& non potest nasci obligatio.

119 Octauo potest † induci tex. in Rub. & in Nig. C. de Dot.promiss.& nuda pollicitatio. & l.j.& l. fi.C. ad uell.ubi ex pollicitatiōe nascitur actio ad dotem.sed respondetur quod illa iura sub nomine pollicitationis comprehendunt pactum nudum, quod pactum est duplex, Nam aliquando fit ab eo qui est requisitus, & tunc est simplex pactum, Aliquando fit ab eo qui non est requisitus, sed sponte promittit, &tunc appelatur pollicitatio propter similitudinem, quia & ipsa fit ab eo qui non est requisitus, Cum sit offerentis promissio,quę oblatio solet sępe fieri pro dotibus & causa pietatis,& per consequens illa iura cum similibus loquūtur depollicitatione acceptata a parte quæ transit in spetiem pacti, hoc modo potest intelligi tex.in dicta l. sciendum. §. dictum. qui intelligitur de pollicitatione à parte absente acceptata Nono obstāt ea quę allegantur per quosdam mod.infra, in alia quęstione. qui dicunt quod pollicitatio fit semper præsenti & acceptanti, & non potest fieri absenti,unde uolunt quod pollicitatio semper habeat consensum duorum, & per hoc producat obligationē naturalem.sed respondetur quod illa opinio est falsa, ut infra dicetur, quia ubi cumque est acceptatio facta à pręsente dicitur in effectu pactum,& habet eosdē effectus quos habet pactum.constituit tamen unā spetiem pacti quę fit ab eo qui non requisitus promittit, sed uere pollicitatio est tantummodo quando non fuit acceptata legitime, ut uerificetur diffinitio, quod sit solius offerentis promissio,& uerbum, solius, refertur ad consensum, ut denotet uoluntatem unius esse tantū, cū non possit referri ad promissionem, quia promissio est unica in quocunque pacto simplici, unde apparet quod fundamenta contraria non stringunt.

120 Nihilominus difficultas † resolutionis istius articuli dependet à duobus. primo an sit uerum quod in pollicitatione nō interueniat consensus duorum & aliqua iura uidentur inferre quod sit consensus duorum, prout dicunt dicti mod. infra in materia pollicitatiōis,tamē quia eorū opinio confunditur per diffinitionem pollicitationis, attēto uerbo,solius,nō est opus insistere,unde secunda est dubitatio an ex sola promissione siue consensu alterius possit nasci naturalis obligatio,& qnod nascatur, facit tex. in dicto cap. qualiter. in sui generalitate.quia uerbum,promissio, comprehendit pollicitationem dicta l.sciendum. §.dictum. ff.de ædili.ædi. secundo facit,quia obligatio nascitur ex præcepto, ut religionem seruemus. Item nascitur ex præcepto, ut benefacienti benefaciamus.ac etiām ex tertio præcepto,ut nemo locupletetur cum aliena iactura, in quibus nullus est consensus, sed inuiti obligantur. item facit tex.in dicta l. ij. & l.si creditori. C. de pact. & l.3.in fi.§.j.ff.de neg.gest.& l.solutam. §. ideo, supra de pigno. actio.cum similibus.ubi pactum sine presentia partis ualet quocunque tempore sequatur acceptatio, sed tamen in contrarium facit.tex.in dicta.l.cum amplius.§.is natura debet. qui præsupponit quod sint duo, unus qui præstet fidem,& alius qui eam sequatur, & hoc etiam dicit tex.in l.j.§.fi.ff. si cer. peta. & hęc est propria natura fidei utnon possit cadere nisi in duabus personis ut unus eam præstet & alter acceptet. item facit, quia obligationes nascuntur ex omnibus contractibus habentibus consensum.§.fin. insti.deobligatio.& non habemus quod deficiente consensu possit nasci obligatio, & hęc opinio mihi magis placet,& magis cōueniēs iuribus est.

Nec obstat quod nascatur obligatio ex illis tribus pręceptis sine consensu, quia loquuntur extra propositū, cū quęstio nostra sit de obligationibus quæ nascuntur ex illo præcepto, ut fidē seruemus.quę non possunt nasci nisi interueniat cōsensus duorum, nec obstat dicta l.ij.cum concorda. C. de pact. quia procedit in conuentione facta super negotio de re aliena, in qua potest dominus damnificari, nam tunc lex præsumit consensum ne ipse patiatur damnum & alter locupletetur cum aliena iactura, quia tunc lex præsumit consensum, & inducit pactum. & facit totus titulus. ff. de oblig. quæ ex quasi contractu nascuntur. & ego dixi in rub. C. de pact.

121 Cum igitur † obligatio non possit nasci sine cōsensu duorum, & in pollicitatione non sit duorū cōsensus,sed uoluntas solius offerrentis & promittentis, sequitur quod non potest nasci obligatio, & cum non possit nasci,neque etiam poterat dari manus Regia & procedunt sine difficultate ea quæ adducūtur pro cōmuni opinione,& ita tenēdū est.Reliqua aūt pertinētia ad materiā pollicitationis dicemus inf.cū doctoribus, dū tractāt in spetie de generali materia pollicitationis.

Ex quibus remanent expedita ea quæ ius gentium introduxit circa obligationes & contractus, & ante illud etiam ius naturale, & summa fuit, quod de iure naturali introductæ fuere obligationes & contractus de illis rebus quibus utebantur homines ad se conseruandum & perpetuandum, cum dominium earum rerum ipsis acquirebatur, & ius gentium postea dictos contractus approbauit, adducendo tamen aliquam alterationem tam respectu finis quam

respectu forme, popter quam potuerunt etiam dici deiure gentium, & aliquos etiam nouos Introduxit pro pleniori commoditate Commertiorum.l.ex hoc iure. ff.de Iusti.& Iur. restringendo tamen ad liberos homines, cum inseruis aliquam prohibitionem fecerit, quos postea contractus seu eorum obligationes mandauit obseruari, & executionem habere per manũ Regiam quę generaliter omnes exequebatur, pro ut conclusimus supra secundum ueriorem opinionem, etiã quod essent Contractus Innominati ante implementum. solum autem manus Regia deficiebat quando non nascebatur obligatio, ut in pollicitatione, quia cessabat ratio fidei seruandę.

122 Nunc sequitur † modo ut uideamus quid noui Circa cõtractus & obligationes introduxerit ius ciuile, & quomodo se gesserit Circa contractus naturales & iuris gentium. & Ideo quinta est quæstio principalis, quomodo se gesserit ius ciuile circa contractus & obligationes, quid autem sit ius ciuile supra declarauimus in principio, nam cum gentes cepissent occupare uarias regiones condiderunt ciuitates & regna, & ceperunt noua iura constituere, pro conseruatione Regni sui & nationis, & appellatum fuit ius ciuile, quasi à ciuibus seu ciuitatibus factũ, quòd differt à iure gentium in causa efficiente, & in finali, nam ius gentium factum fuit ab omnibus gentibus, ius uero ciuile ab aliquibus gentibus ut à ciuitate uel natione, & etiam differt respectu finis, quia ius gentium tendit ad conseruationem boni communis omnium nationum, & seruatur ab omnibus gentibus, ius uero ciuile tendit ad conseruationem boni communis illius ciuitatis uel nationis, propterea & ciuitates & nationes ceperũt facere spetialia iura circa contractus & obligationes, tam tradendo modum exequendi quàm etiam approbãdo aliquos in totum, & aliquos reprobando in totum, & aliquos neque approbando neque reprobãdo, & aliquos in parte approbando tantum uel in certis casibus, & ut commertia hominum essent faciliora, aliquos etiam contractus nouos introduxit, ut hic per Soci. plenius tamen quàm ipse faciat declarando, ita dicas.

123 Primo † autem ius ciuile quod à Romanis fuit inductum, de quo nos loquimur, exactis regibus sustulit executionem fiendam per manum regiam, ut amplius non reperiretur in ciuitate Romana & proptetea ne populus postea ex arbitrio licentiose in totum uiueret introduxit nouos magistratus qui redderent ius populo, & gubernarent in locum ipsorum regum cum remedio appellationis interueniente, l.ij.§. exactis.cum seq. ff.de orig.iur.& sucessiue introduxit ordinem iudiciorum constituendo judicia ordinaria & extra ordinaria, cum diuersis formis ut habetur in.§.fi.insti.de interdict.& in rubrica & nigro de uariis & extra ord.cogni coniunctis iis quæ habẽtur per Bar.in l.prolatam.C.de sententiis & interl.omniũ iudi.& in clem.sępe.de uerbo, signi.uerumtamen quia sublata manu regia competebat unicuique de populo executionem latissimam petere pro suis contractibus, ut cũ ordine procederetur, & cum certis limitibus, constitutæ, fuere actiones, cum quibus petitionem facerent in iudicio, quę actiones habebant propriam naturam, & limites à lege traditos, & erat necessarium eas impetrare à pontificibus. l. ij. §. deinde ex iis legibus.ff.de orig.iur. quę ab initio paucę fuere, postea auctę fuere per Apium claudium, & per alios successores, ut ibi dicitur, & qui eas non habebat uoluit non debere audiri, neque sententiam posse obtinere arg. no. in. l. si. Titius. inf. eo.

124 Et † successit regula, quod nemo sine actione experiri poterat. l.si pupilli. ff. de neg. gest. item non semper erat iustum quòd promissa concederentur petenti, si forsan res ipsa ante moram esset perempta, quo casu debitores liberantur. l. omnes.de actio. & obligationibus. & aliquando plusquam erat promissum prestare æquum erat, ut si commissa esset mora, uel aliud interesse succederet, iuxta. no.in.l. iiij.C.de postulando &. l.j. cum mat.C. de sententiis quę pro eo quod interest proferuntur. propterea ut scirent magistratus quomodo circa contractus & obligationes iudicium reddere deberent, institutæ fuere dictę actiones seu potestates prosequendi in iudicio quod sibi deberetur, cum natura à lege ciuili concessa, ut insti. de actio. in principio.

125 Sed tamen † ne predictæ etiam æquitates essent in arbitrio uel iudicis uel partium litigantium, dispositum fuit ut impetrarentur à collegio pontificum, qui capta informatione de facto, ex arbitrio eorũ cõcederent actiones, quas postea ipsi cõcedebãt cũ certis formulis & limitibus, ut qui cadebat à syllaba caderet, a toto, & nõ cõsequerẽtur uel partẽ uel totũ, nisi eo modo quo ab eis dictũ fuisset, ut dicitur in dicta.l.ij.§. deinde ex iis legibus.ff. de orig.iur.in 3.responso.& in.l. Quintus. ff. de annuis leg. & quoniam arbitrium pontificum regulandum erat à ratione, Appius claudius ratitones multas in qualibet actionũ introduxit & quod ipse dispo fuit, postea fuit per Papirium publicatum populo, & augescente ciuitate alię etiam actiones auctæ & publicatę fuere ut dicitur in dicto.§. deinde, uersi. postea & uersi. augescente, & quoniam deficiebant multę alię, plures alias nouas introduxerunt prætores tam circa possessionem quàm pignora & alias causas, ut habetur in.§.alię quoque, cum pluribus sequenti.insti. de actio.& insti.de interdictis per totum, & iurisconsulti postea, ut omnia essent certa, super una quaque actione ediderunt spetiales qualitates seruandas in quibuslibet actionibus, ut in multis titulis.ff.& codi.de pigno.actio.de commoda.deposi. actio. emp. & Soci. & præscrip. uerbis.& aliis similib.augescente postea imperio, atque multitudine causarum instante, apparuit quod iudicia ordinaria erant damnosa ualde propter longitudinem temporis. unde ipsa ex usu desierunt obseruari, ut no. in.d. §.fi. insti. de interdict, & etiam formulę spetiales actionum fuere sublatæ, & facilior modus prosequendi iudicia traditus fuit. lege. j. C. de formulis sublatis.

tis.& l.properandum.C.de iudi.atque etiam insti tutum fuit quod non esset necessarium exprimere nomen actionis,ut euitaretur incõmodum l, qui habebat.ff.de insti.ut habetur in cap. exhibita. ex de iudi.& in cap.cum dilecti. eo. tit. & remansit tantummodo quod actiones conuenientes intentatæ uidentur,quæ habent limites suos traditos, ut in suis titulis continetur.

126 Introducto † modo exequendi obligationes & contractus.ius ciuile se conuertit ad eos,& cognoscens quod quidam erant nominati,& quidam innominati, & quidam simplices, & quidam correspectiui, & quidam damnosi uel inutiles, & quidam utiles,ideo circa approbationem eorum uariis modis se gessit,ut inquit hic Socc.aliquos plene approbando,aliquos plene reprobãdo,aliquos neque approbando neque reprobando,& aliquos partim approbando & partim reprobando,& aliquos nouiter inducendo, Et primo loco contractus nominatos omnes approbauit, quoniã quotidie frequentabantur,& apparebat eorum utilitas certa,propterea in totum eos recepit, taliter quod suas obligationes naturales producebat, & addidit eis quoque obligationem ciuilem,quę demonstrabat ius ciuile consentire ut haberent executionem,& ex ista obligatione ciuili iuncta cum naturali nascuntur actiones institutæ secundũ formam suprascriptam,ut habetur insti.de oblig. in princi. per quas consequebantur plenam executionẽ,nisi interuenisset dolus uel metus,quia tunc per exceptionem doli, uel per exceptionem metus impediebatur executio.iuxta.no.in l.elegãter & per totum.ff.de dolo.& in l. exceptione. & per totum.ff.quod metus causa.

127 Secundo inuenit † ius ciuile multos contractus naturales uel iurisgentium esse damnosos reipublicæ suæ,uel ex causa generali,uel particulari,cũ omnia æqualiter non possint per totum modum prodesse.unde multos contractus reprobauit, ut inquit hic Socc. tamen quia imperfecte loquitur, opportet distinguere, Nam aut per dictos contractus permittebatur homicidium,adulteriũ,uel aliud delictum contra bonos mores naturales, & tunc quia illi erant reprobati tam a lege natnrali quam iurisgentium,iuxta præcepta data per Deũ Moysi,non fuit opus nouiter reprobare,sed reprobationem iam factam confirmare, ut nulla ex eis daretur executio.neque ex dictis iuribus, neque ex iure ciuili.

Secundo postea inuenit quod aliqui fiebant cõtractus ad inuitandum cum præmio homines ad desistendum a delictis,ut si aliquid promittebatur ne committeretur adulterium, uel homicidium, uel aliud maleficium, tunc illa conuentio non uidebatur esse contraria æquitati iuris naturalis, cum inuitaret homines ad non faciendum malum. Ideo nascebatur naturalis obligatio,Tamen ex alio capite, quia gratis debent homines bonum facere, & non cum præmio pecuniæ, & oderunt peccare boni uirtutis amore, & hac intentione debent se abstinere a malo, si contractũ faciebant ut maleficium non fieret mandauit ius ciuile ut non obseruaretur,& quod obligatio neque actio competeret.iuxta tex. cum ibi no. in l. iurisgentium.§.si ob maleficium.ff.de pact.& toto tit.ff.de conditio.ob turpem causam. & si uoluit lex ut nec nasceretur naturalis etiam,potuit facere.ut per glo.in dicto.§. si ob maleficium.

128 Tertio postea † inuenit ius ciuile aliquos contractus qui non erant contra bonos mores naturales, tamen erant contra utilitatem reipublicæ illius ciuitatis,ius ciuile eos reprobauit, prohibendo omnes obligationes nasci.iuxta.l.pacta quę cõtra.C.de pact. & l.iurisgentium.§. prætor ait. ff. de pact. quia lex debet esse conueniens gentibus & æquitati.cap. erit autem lex. quarta distinctio. & aliquãdo etiam certas personas prohibuit alienare,ut habetur in titulo.ff.de rebus eorum. & insti.quibus.aliena.licet uel non. per totum.cum similibus.in quibus casibus reprobatio aliquando erat plena, aliquãdo semiplena, nam si ressistebat in totum contrarium tunc nihil ualebat, & nullũ penitus operabatur effectũ,ut neque naturalis neque ciuilis obligatio nasceretur.l.non dubium.C. de legibus. Aliquando ressistebat obligationi & non cõtractui, uel ressistebat actioni tantũ,& tũc impeditur obligatio ciuilis,& actio etiam,& secũdum modum resistentiæ contractus non habebãt effectum, ut no.per Bar.in l.si quis pro eo.digest. de fideius.

Nec est inconueniens quod per l.ciuilem impediretur natiuitas naturalis obligationis. contra. §.sed iura naturalia.insti.de iur.nat.gentium & ciuili.quoniam uerum est ius ciuile non posse tollere ius naturale formatum, sed bene potest ressistendo formæ actus impedire quod non nascatur naturalis obligatio.arg.l.patre furioso. digest.de iis qui sunt sui uel alieni iuris.& per Bart. in dicta l.si quis pro eo.de fideiusso. attento enim quia ut supra dixi, naturalis obligatio hodie nascitur ex contractu formato, quoniam præceptum naturale semper loquitur. l. Arriani. Codic.de hæreti. & quando fit hodiernus contractus, dictum præceptum mandat nasci actionem naturalem, quam ius ciuile cum præceptis suis inhabilitando materiam & formam potest impedire nasci, sicut etiam fit in l.j,§.si quis ita, & ibi. no. oportet tamen quod lex præcise ressistat, alioquin non impediretur natiuitas obligationis, sed tantummodo per exceptionem impediretur executio.iuxta titulum.ff.de dolo.

129 Quarto inuenit † ius ciuile contractus rationabiles quantum ad bonos mores, tamen patiebantur aliquos defectus per experientiam cognitos, ut eueniebat in pactis nudis, quæ licet fierent de causa approbata, tamen quia uidebantur fieri in considerate, & ex eis poterat sequi
* damnum, ut communiter * dixerunt doctor. infra, ideo dicta pacta pro parte neque approbauerunt neque reprobauerunt, ideo potuerunt producere obligationes naturales & exceptiones naturales in retentione consistentes. Sed tamen quia non approbauit, non producunt obligationem ciuilem & actionem, siue quibus

nulla executio de iure ciuili dari potest, & ideo remanserunt sub hoc simplici effectu retinendi. iuxta. text. in l. iurisgentium. §. igitur nuda. digest. de pact.

Veruntamen quia exceptiones naturales neque etiam possunt habere effectum nisi concurrat exceptio ciuilis, & exceptiones quantum ad formam in iudicio obseruandæ sunt de iure ciuili, ut per Decium in rubr.ex.de exceptio.ideo possumus dicere quod ius ciuile non approbauit pacta quantum ad agendum, sed bene approbauit quantum ad excipiendum, ut possint producere exceptiones ciuiles cum effectu executionis pro defensione plena.

Quarto reperitur, quod licet prædicta pacta tã quam indeliberate facta non debeant exequi, nihilominus aliquando propter causam fauorabilem recepta fuere, ut possint habere executionem cum obligatione ciuili & naturali, quasi non possint lædi, ut in l.ad exactionem. Cod. de dot. promissio.& l.fi.Cod.ad uelleia.& l.si quis argentum. Cod.de donatio. quod etiam obseruauit prætor in aliquibus pactis ut in l. si tibi. §. de pignore. digest.de pact.& ex multis uestimentis tanquam causa probabili existente uoluit obseruari, de quibus habetur in l. iurisgentium. §. quinimo. ff. de pact.& in l. legitima. eo titulo. & plene dixi in l. petens.C.de pact.

130 Quinto † postea ius ciuile inuenit multos cõtractus correspectiuos innominatos, qui erãt sine numero, quamuis continerentur sub illis quatuor formis positis in l.naturalis.secundo responso. ff. de præscrip.uerbis, & quia habebant correspondentiam in promissionibus ante implementum, uoluit approbare permittendo retinere naturam suam iure naturali uel gentium concessam, ut solam obligationem naturalem parerent, sed post implemẽtum, quia superuenire uidetur causa, eos approbauit concedendo optionem & obligationem cum effectu executionis, ut in dicta l.naturalis.& per totum.digest.de præscrip.uerbis, & l.ex placito.Cod.de rer.permu.& l.j. ff.eodem titulo, cum duplici tamen debilitate, ut non posset promissor præcise cogi ad dandum rem, sed liberaretur soluendo interesse.dicta l.naturalis.§. primo. de præscrip.uerbis.& per Barto.in l.stipulationes non diuiduntur.in 9.oppo.infra eodem. atq; etiã cum secunda debilitate, ut possent pœnitere. l. si pecuniam.ff.de condi.ob causam.ut antequam alter adimpleret, qui adiumpleuit posset repetere quod dedit.dicta l.j. in.fin. digest. de rerum permutatione.& sic hos contractus partim approbauit cum aliquali debilitate, & partim nullo modo approbauit, taliter quod in modo tam approbandi, quam reprobandi ius ciuile uarie se gessit, cum hoc tamen unico fine, quod nunquam daretur executio pro eis, nisi esset obligatio ciuilis & actio, uel saltim officium iudicis, seu exceptio ciuilis, uel aliud remedium a lege ciuili introductum, & nunquam permisit solam operationem naturalem posse aliquam executionem causare.

131 Sexto † etiam considerans quod propter reiectionem factam de pactis nudis, pro quibus noluit dare executionem ualde debilitabantur commertia hominum, cum per pacta nuda simplicia infinita negotia pertractarent quæ non poterant habere effectum, ideo ut subueniret commertiis, & negotia faciliter adimpleri possint, excogitauit nouum contractum ab ipso in totum creatum quo uterentur homines ad perficienda omnia negotia quæ pertractabantur per pacta nuda, & auxiliandum quoque aliis contractibus, quem uoluit cum certis formis & cum præsentia partium adimpleri, ut in l.j.infr.eodem.& tenebit nos per totum annũ occupatos eius materia. Et ultra istũ alius contractus literarum institutus fuit, de quo insti.de literarum obligatione. per totum, & aliũ addidit Constantinus in l. j.Cod. de iur. emphyteu. & alium addidit Iust.in auth.ut spõsal. larg. in rub.& nig. qui continentur in dicta l. ex hoc iure. in illis uerbis (exceptis quibusdam) & ibi per glo.& doctor no. & alios postea addiderunt statuta cuiuscunque ciuitatis, & alium etiam ius longobardorum circa materiam feudalem, constituendo contractum feudalem, qui nouus est & quotidianus & frequentatus, & habetur in prohemio feud.

132 Qui omnes † contractus a iure ciuili approbati & recepti uel nouiter inducti reducuntur eodẽ iure ad ordinem, sicut etiam reducebantur de iure gentium, ut omnes sub uno genere generalissimo cõtineantur quod genus appellatur apud nos (conuentio) atque etiam appellatur (pactum in genere) l.j.& per totam. cum quatuor sequenti.ff. de pact. item etiam appellatur contractus, quasi hinc inde actus respectu consensus, & tale genus subdiuiditur postea in duo genera subalterna, quia quædam dicuntur conuentiones seu pacta uel contractus simplicia uel duplicia, simplicia sunt illa quæ continent promissionem ab una parte tantum, duplicia quæ continent promissionem ab utraque parte, & alio nomine appellantur correspectiua. utrunque genus subdiuiditur, quia pacta simplicia aut sunt nominata aut innominata. Nominata sunt, ut stipulatio, & donatio. innominata sunt pacta nuda, de quibus pro maiori parte loquitur titulus. digest. & Codic. de pact. pacta duplicia seu contractus correspectiui magis spetiali nomine appellantur contractus.l. Labeo lib.primo.digest.de uerbo. significatio. & diuiduntur inter nominatos & innominatos. Nominati sunt uenditio, locatio, & similes, qui assumpserunt nomen spetiale seu elegans ex usu propter frequentationem. innominati uero sunt illi qui non assumpserunt illud elegans nomen, & remanserunt in nomine generico, ut per glos. supra de rerum permuta. in Rubric. & habetur in l. iurisgentium. secundo responso. digest. de pact. & appellantur pacta duplicia seu correspectiua, & nuda. l. siue apud acta. Codic. de transact. ubi etiam dixi, & quia non acceperunt particulares cõtractus tantam frequentiam, & remanserũt sine nomine spetiali, & possunt uestiri, ex solo imple-

implemento per quod dicitur incipere. l. j. ff. de rerum permutatione, & diuiduntur in illos spetiales qui ponuntur in l.naturalis.secundo.respõso.ff.de præscrip.uerb.

Pacta uero nuda simplicia possunt uestiri septẽ modis, & producere actionem, traditis per doct.o.in dicta l.iurisgentium. §. Quinimo.uel solũ quatuor modis, ut ego declaraui in l.petens.Co. de pact.quæ pacta nuda subdiuiduntur, quia quædam sunt expressa,& quædam tacita.expressa quæ uerbis expressis fiunt, tacita quæ sine uerbis inducuntur, quæ tacita subdiuiduntur, quia quædam sunt tacita habentia naturalem consensum, quædam præsunpta, & quædam quasi pacta,ut ego dixi in rub.Cod. de pact. subaudiendo dictis Decii qui imperfecte locutus fuit & in aliquibus male, & infra etiam repetam.

133 Qui omnes contractus † ita ordinati a lege ciuili producunt obligationes & actiones iis modis,nam si sunt contractus nominati regulariter producunt obligationem ciuilem, & actionem post naturalem, & habent executionem perfectam, nisi dolus uel metus interuenerit. iuxta rubr.& Nigrum.ff.& Cod.de dolo.& quod metus caus. Fallit quando sunt reprobati, ut supra dixi.si uero sunt contractus innominati, ante implementum nullam producunt actionem de iure ciuili, neque obligationem, licet producant de iure gentium ut ibi etiam declaraui,post uero implementum producunt actionem & obligationem cum duplici debilitate, ut præcise non possit debitor cogi. dicta l. naturalis. §. primo. de præscriptis uerbis. & habeat locum pœnitentia. dicta. l. si pecuniam. digest. de conditio. ob causam.

Pacta uero simplicia regulariter nõ producunt actionem neque obligationem ciuilem, sed tantummodo naturalem, & exceptionem. dicta l.iurisgentium. §. igitur nuda.ff.de pact.nisi fuerint uestita illis modis traditis in dicto.§.quinimo.& ego dixi in dicta l.petens.

Reperiuntur quoque pacta dimidiata,quæ appellantur pollicitationes secundum communem opinionem,quæ non producunt regulariter obligationem,neque actionem, nisi in casibus spetialibus dicta l.pactum.ff. de pollicitationi. & infra latissime ponã, declarando quomodo differrãt a pactis,&quomodo obligationẽ ꝓducere possint.

134 Vltra obligationes †descendentes ex contractibus,ius ciuile quoq; uoluit alias obligationes nasci ex aliis quatuor principiis,& ex illo capite,neminem locupletari cum aliena iactura, uoluit nasci obligationem & actionem,uel saltem exceptionem.l.nam natura.& per totum.ff.de condi. ind. item secũdo ex capite, ut parenti & patriæ pareamus,uoluit nasci actiones,& tertio ex illo capite, ut religionem seruemus,l.ueluti. ff.de pact.

135 Et propterea† si sententia est lata, etiã iniusta, quæ transiuit in rem iudicatam, nascitur actio & obligatio ciuilis propter illã æquitatem,ut habeẽ, in l.Julianus uerum debitorũ.ff.de condi. indebi.

136 Et eadẽ† ratione uoluit(ut patriæ pareamus)ꝙ nascatur obligatio naturalis adsoluendã pœnam impositam a lege ciuili propter debitum, quoniã licet in eis nõ dicatur esse cõsensus ut possit nasci ex alia æquitate,tamẽ nascitur ꝓpter æquitatẽ(ut parentibus pareamus)secundũ Bal.in l.j.§.bestias ff.de postuland.Bar.tamen in l.ex hoc iure.in fi.& ibi Ias.tenuit,quod imo delinquentes obligantur naturaliter ex consensu,ut uoluit glo.in dict.l.prima.§. bestias.in uerbo (honorari)pro qua opinione est tex. in l.imperator. ff. de iur.fisci. ibi, ipse enim te huic pœnę subiecisti, & facit ratio glo. in dicto.§.bestias.& cum hac opinione uidentur per transire magis communiter*scribentes.licet Fulgo.& Bal.uoluerint interesse quod obligentur naturaliter ex consensu ad satisfaciendum parti de damnis & interesse,non ad pœnam.intentio tamẽ doct.o.uidetur esse de ipsa pœna,sed tamen uerius est quod delinquentes non obligantur ad pœnã ex consensu, cum ipsi nullum consensum uideantur adhibere ut subeant pœnam, nisi ex quadam interpretatione, quod subiicientes se legibus uidentur consentire in eis seruãdis, & propterea delinquendo uideantur consentire legibus punientibus,tamen ille consensus non uidetur considerabilis ut possit producere obligationẽ naturalẽ,&l solum nascetur obligatio naturalis & ciuilis ex illa æquitate(ut maioribus pareamus)& scriptũ est in l.ueteri.qui non obedierit principi morte moriatur, & hæc est tutior opinio.

137 Tetigit † etiam hic Socc.remissiue,an ex pacto nudo hodie de iure ciuili possit competere officiũ iudicis,&allegat Antonium de Butrio in cap. quæ in ecclesiarum.de cõstitutionibus.qui uoluit quod licet de iure ciuili non detur actio ex pacto nudo,tamen debet dari officiũ iudicis, quia sicut illa naturalis causabat manũ Regiã,ita debet causare officiũ iudicis,& iudex requisitus peccaret si denegaret,ꝙ dictũ uidetur sequi Alex.in d.l.iurisgentium,§ sed cum nuda.& Socci.in l.legem.C.de pact.& addidit rationẽ,quia lex denegauit actionẽ ex pacto, nõ officium iudicis, quod successit loco manus Regiæ.l.planẽ.§.fi.ff.de peti.hæredi. facit l.quintus.ff.de annuis leg. Imola tamen ibi tenebat contrarium,& Alex. uidetur uelle inhærere quia iudex tenetur administrare Iustitiam, & seruare leges ciuiles ut ipse iurat, ut in auth. iusiurandum ꝙ præstatur ab iis.§.primo, sicut quoque faciebant prætores,qui in iudicando, & etiam in ædicta proponendo pacta seruauerũt secundũ distinctionem iuris ciuilis,& per officiũ suũ non poterãt exequi.d.l.iurisgentiũ.§.prætor.ff.de pactis. & pro ista opinione Imol.facit,quia alioquin dispositio iuris ciuilis esset elusoria, cũ parũ interesset ꝙ exequerentur per actionẽ uel per manũ regiã,& iura allegata per Bar.loquũtur ubicunq; subest æquitas,ne quis locupletetur cũ aliena iactura,quæ habet spetialẽ actionem ut dixi,& hæc opinio mihi placet, pro qua facit quod uoluit Bal.in l.nemo. in fi.in uerbo.(& ideo si princeps) C.de sentẽtiis,qui dixit,quod si princeps commisit causam, ut cognoscat de ueritate & iustitiam faciat, non poterit seruare pactum iudex

iure actionis sed solum iure exceptionis. de quo dicto facit mentionem Decius in dicta l. legem, Codic. de pact. in quarto nota. ubi etiam ponit quid si causa est cōmissa ꝙ de æquitate procedat.

Nec obstat fundamentum Antonii, quod iudicis officiū successit loco manus Regiæ, quia istud non est uerum, quoniam exactis regibus magistratus omnes creati fuere cum minori potestate quam esset Regia, ut seruarent leges, & ab eis posset appellari, dicta l. secunda. §. exactis. de origi. iur. solum ergo potest saluari dictum Antonii de Butrio in foro canonico, quando proceditur per denuntiationem euangelicā ratione peccati etiā contra laicos, de qua per Bar. in Extrauagan. ad reprimendum. in uerbo. per denuntiationem. ac etiā possit procedere in principe non recognoscente superiorem, qui iudicaret ex absoluta potestate, uel etiam in iudice de legato cui cōmissa fuit causa a non recognoscente superiorem, ut procedat secundum æquitatem iurisgentium, secundum distinctionem supra positam.

138 Quartum est † principium ex quo nascuntur obligationes etiam de iure ciuili, ut benefacienti benefaciamus, quod tamen raro procedit, quia regulariter est regula in cōtrarium, ut non detur actio neque exceptio. fallit in sexdecim casibus positis per Ias. in l. ex hoc iure. digest. de iusti. & iur. ubi tractat de illa obligatione ad antidora quos effectus producat, Et potest poni exemplum in proposito nostro de pollicitatione quæ est facta reipublicæ. nam cū unusquisque a republica multa bona accipiat tenetur ei ex æquitate bene facere, & proprerea ex illa æquitate (ut benefacienti benefaciamus) si quis pollicitus fuit aliquid reipublicæ dare ex iusta causa, obligabitur efficaciter, & tenebit adimplere. l. pactū, & l. de pollicitationibus. ff. de pollicitationibus. & etiam si polliceatur Deo. l. si quis rem. eodem titulo & si fiat sine causa, si postea cepit, propter eandem æquitatem obligabitur. l. j. §. cepisse. ff. de pollicitationibus. quamuis pollicitatio ex se tanquam medium pactum nullam producat obligationem, secundum opinionem quam post longam discussionem infra tenebimus, & hæc sufficiant circa hanc quintam quæstionem, quomodo se gesserit ius ciuile generaliter circa obligationes & contractus.

139 Sexta est † principalis quæstio (magis ad propositum rubricæ nostræ accedendo) quomodo cōtractus speciales inuicem inter se differant, & quomodo eos cognoscamus, & in quibus inter se differant, & specialiter est insistendum circa quinq; idest circa conuentionem, pactum, pollicitationē, constitutum, & stipulationem.

Verum quia reperiuntur quinque termini generales conuenientes omnibus contractibus & eos omnes comprehendentes, qui tamē etiam specialiter sumpti aliquos speciales denotant, uidelicet conuentio, pactum, contractus, promissio, & uerbum polliceri, super ipsorum cognitione specialiter est insistendum ad euitandas multas æquiuocationes.

140 Primo igitur † reperitur conuentio, quæ dicitur esse nomen generale, & dependet a uerbo (conuenire) ipsa autem in genere generalissimo, dicitur esse plurium rerum, uel animalium, uel hominum congregatio ad aliquem finem. l. prima. §. cōuentionis. ff. de pact. & si eueniat quod plures res congregentur ad aliquem finem est conuentio. itē si plura animalia congregantur uel per se uel per homines similiter dicitur conuentio. unde greges & armenta possunt dici facere conuentionē, quia in unū congregantur. similiter quādo homines cōgregantur uel in exercitu uel in ciuitate dicitur esse conuentio, uel etiam quando congregantur in una religione, qui omnes casus non pertinent ad materiam nostram.

141 Quarto † euenire potest, quod homines cōgregantur ratione animorum, ut quia multorum animi in unum conueniunt, & tunc etiam dicitur cōuentio, unde si congregata uniuersitate unusquisque dicat uotum suum, & tandem concurrant in unum, dicuntur facere conuentionem, & ideo si actor conueniat reum in iudicio, adhuc dicitur esse conuentio, quia simul congregantur coram iudice ut faciant litis contestationem & quasi contractum in ea, iuxta l. iii. §. idem scribit. ff. de peculio. & hac ratione quando unus uocat alium in iudicium dicitur esse conuentus in iudicio, & inoleuit uerbum, conuenire & reconuenire, de quo in auth. & consequenter. C. quomodo & quando iudex. item quando plurium animi conueniunt ad finem faciendi aliquem actum obligatorium tunc dicitur conuentio proprie pertinens ad materiam nostram contractuum, & cum ratione dicitur in dicta l. i. §. conuentionis. ff. de pact. quod conuentionis nomen dicitur esse generale, quoniam comprehendit congregationes rerum animalium & personarum, & aliquando animorum.

142 Sed tamen † hoc ultimum genus subalternum pertinet ad materiam nostram, & in ea efficitur genus generalissimum omnium contractuum, ꝙ diffinitur hoc modo, conuentio est plurium hominum seu animorum in unum coniunctio ad actū obligatorium faciendum, & ideo sub hoc termino generali continentur omnes contractus qui in iure excogitari possunt.

143 Et quando † hoc uerbum (conuenerunt) ponitur in materia apta ad omnes contractus, tūc omnes contractus continebuntur, quoniam genus cōprehendit sub se omnes suas species. l. si quid earum. §. inter emptum. ff. de leg. tertio. & l. prima. §. generaliter. ff. de leg. præstan.

144 Sed quando † materia non aptatur ad omnes contractus, est dubium quem contractum dicatur denotare, & Ias. hic refert authoritates contrarias nam Bart. post glo. in l. lecta. ff. si cer. peta. in uerbo (conuenit) tenuit quod in dubio denotatur pactum nudum, quoniam ibi refertur una stipulatio in qua postea partes subiecerūt certam qualitatem, & text. dicit, conuenitque inter nos, & glo. & Bart. ibidem dixit, ꝙ intelligitur pacto nudo.

* Et ex illo uerbo notant communiter docto. ꝙ uerbum (conuenit) scriptū in instrumēto denotat pactū nudū in dubio, licet aptū sit denotare etiā stipula-

stipulationem & cęteros similes contractus,& ibi Decius late no.& ego etiam ibi late dixi.& etiam uoluit Areti.in l.qui Romæ.§.Calimachus. infra eodem licet non bene allegetur hic per Ias. Contrariam tamen opinionem tenuerũt ibi multi doc to.quos etiam refert hic Ias.& referuntur per Decium in dicta l.lecta, quod imo in dubio debeat denotare stipulationem, sicut uerbum promitto, facit.§.si scriptum.insti.de inutilib.stipulatio.illa ratione,quia stipulatio est fortior contractus qui reperiatur,& uerba intelliguntur in potentiori significatione.l.j. §. qui inperpetuum.ff. si ager uectigalis uel emphyteuticarius petatur.

Tamen prima opinio mihi magis placet, ex eo quia hoc nomen conuentionis est naturale, & recepit suam significationem specialem iure gentiũ ante ius ciuile,quæ fuit quod denotaret in dubio contractus innominatos, quoniam contractus nominati propter speciale nomen uidentur exempti ab illo genere, ideo uidetur nomen remansisse in contractibus innominatis & in pacto nudo,quam significationem retinuit etiã de iure ciuili, quod nihil immutauit,Nec obstat tex.in §.si ita scriptũ quia loquitur de uerbo(promitto) quod recepit spetialem significationem a iure ciuili, ut denotaret stipulationem.insti.eodem.in principio, merito eam in dubio demonstrat.Sed uerbum(conuenit)non fuit spetialiter destinatũ ad ipsam stipulationẽ,ideo retinuit suã naturalẽ significationẽ.

Ideo dicendum est, Aut profertur in materia conuenienti omnibus contractibus,& tunc omnes denotat.l.j.&l.ij.& l.conuentione.& l.iurisgentiũ conuentiones.cum similib.ff.eodem. si uero profertur in materia habili ad unum contractum tãtum,ut in uenditione,locatione,deposito, uel stipulatione,& tunc denotabit illum contractum tãtum etiam stipulationis.per l.si uno.ff.loc. & cap. intelligentia.de uerbor.significa.Sinautem sumus in materia indifferenti,& in dubio,& tunc denotat contractus innominatos seu pactum nudum, per dictam l.lecta,cum ibi no.per doc.& quia hęc est naturalis eius significatio quæ mutata non fuit per prædicta.

145 Secundo†reperitur pactum,quod similiter capitur in genere & in specie.& in genere pactum dicitur duorum in idem consensus, ideo ita appellatum,quia per illud homines deueniebant ad pacem,seu pax conseruabatur,cap.pactum.ex.de uerbo.significatio. & in hac generica significatione comprehendit sub se omnes contractus, qui omnes possunt dici pactum,&in eis illud apponi pro genere,ut probatur in dicta l.j.ff.de pact.cũ quinque sequenti.ubi sub rubr. de pactis continentur omnes conuentiones quæ denotant omnes contractus,& in effectu postea dicitur esse idẽ quod conuentio,quoniam eadem comprehendit,& eũdem finem quæ facit conuentio,nam tantũ est dicere,conuentio est plurium animorum congregatio ad unum finem,quod dicere est duorũ in idẽ placitum & consensus, demonstrat conuentionẽ, & concursum animorum, & sic isti duo termini idem denotant,quamuis per diuersa uerba & nominentur propter diuersas ethymologias,& propterea uterque terminus æqualiter denotat omnes contractus quando scribuntur in materia habili ad omnes contractus, ut probatur in dictis quinq; legibus primis,& facit tex.in l. si pactum. ff.de probationib.& si eueniat, quod ponatur in materia denotante unum contractum tantũ, etiã solam stipulationem pactum eam denotabit. per l.si uno.ff.locati.& l.j.in fi.ff.de pact.& quia genus proprie denotat omnes suas species,sicut si in materia pertinẽte ad homines apponeretur animal.

146 Sed†si eueniat quod materia sit indifferens, & non appareat de mente disponentis,in dubio pactum capietur in spetie,& denotabit pactum nudum.ut probatur in utroque tit.ff.& C.de pact.in plerisque legibus illorum titulorũ, quamuis diffinitio esset de pacto in genere, & in hoc ultimo tãtum differt a uerbo(conuenerunt)quia illud denotat in dubio omnes contractus innominatos,spetiales,& correspectiuos.sed pactum denotat tantummodo pactum nudum.

147 Tertio†reperitur contractus,qui similiter capitur in genere & in spetie,nam contractus dicitur quasi hinc inde actus, & si sit hinc inde actus respectu consensus, & promissionis capitur in spetie,&denotat contractus correspectiuos. le. Labeo.lib.primo. dig.de uerborum significatione.si uero consideratur hinc inde actus respectu consensus tantum,& tunc capitur in genere & comprehendit sub se omnes contractus in quibus necessario est hinc inde actus respectu consensus, unde significat idem quod pactum in genere,& conuentio in genere,quia tantum est dicere, est hinc inde actus seu consensus,quantum est dicere, est duorum in idem consensus, uel quod animi conueniunt in unum, & sic apparet quod per diuersa uerba isti tres termini idem significant, & sunt sinonima comprehendentia ęqualiter omnes penitus contractus.

Et ideo in materia pertinente ad omnes contractus,uerbum(contractus)omnes denotabit, & si pertinebit ad unum tantum illum solum denotabit.arg.dictæ l.si uno.ff.loc. & quia genus proprie illam spetiem comprehendit. Si uero sumus in materia indifferenti,& in dubio, & tunc denotabit contractus nominatos correspectiuos, per dictam l.labeo.§.j.ff.de uerbo.signific.& quia hæc est potentior significatio.arg.l. primæ. §. qui inperpetuum.ff.si ager uectigalis.& in hoc solo differt ab aliis duobus terminis, quia conuentio in dubio denotat contractus innominatos, & pactũ in dubio denotat pactum nudum, & cõtractus denotat contractus nominatos.

148 Quare†remanet quod isti tres termini idem significant,& sunt sinonimi,denotantes omnes cõtractus ex sua generali significatione. & propterea dicuntur postea se habere ut excedentia & excessa,quia nomen conuentionis in genere sumptũ comprehendit sub se pactum, & contractus in spetie sumptos,& pactum in genere sumptum comprehendit sub se conuentiones & contractus spetialius sumptos.d.l.j.cum seq.ff.de pact. & cõtra-

ctus in genere sumptus comprehendit sub se pactum & conuentiones spetialius sumptas. ut in l. j. cum sequenti. ff. si cer. peta. cum similib. ideo si æqualiter sumātur in genere. idem significabunt, si uero in spetie sua sumantur, differrent inter se, si uero unum capiatur in genere & aliud in spetie, tunc se inuicē continebūnt per prædicta. quæ bene nota, & in capite ponas, quoniam poteris resoluere multas difficultates, alioquin incideres in æquiuocationes inextricabiles.

149 Vltra dictos † tres terminos generales comprehendentes omnes contractus, reperiuntur tres alij termini qui ad aptantur omnibus contractibus, seu interueniunt in eis, ut est promissio, sponsio, & pollicitatio, seu uerba promitto, spōdeo, & polliceor. Nam uerbum promitto significat actū conuenientem omni contractui, & dicitur esse assertio facta ab uno de aliquo dando uel faciendo, quæ assertio expresse uel implicite interuenire debet in omnibus contractibus, & ideo sequitur, ꝙ promissio seu uerbum promittere adaptatur omnibus contractibus, & hoc plus habet. quod etiam adaptatur pollicitationi, quæ est dimidiatus cōtractus seu dimidiatum pactum. l. sciendum. §. dictum. ff. de pollicitationib. non tamen dicas ut inepte sentit hic Ias. quod uerbum promitto seu promissio comprehendat sub se conuentionē uel pactum, & quod habeat se ut excedentia & excessa, quia non potest uerbum (promittere) dici quod comprehendat contractus, seu solum quod adaptatur omnibus contractibus uere uel implicite, cum possit fieri contractus per uerbum uendis uēdo, & pactum per uerbum profiteor te non teneri. l. tale pactum. ff. de pact. & l. si stipuler. §. fi. inf. eo. & etiam stipulatio per uerbum dabis dabo. & facies faciam. insti. eod. in princip. tamen implicite continetur promissio, ut infra dicam, quia requiritur in quolibet contractu uerbum dispositiuū, & uerbum executiuum, & si unum tantummodo est, implicite continetur aliud, ut declarabo infra in illa quæstione, an uendis uendo inducat stipulationem, hoc igitur uerbum (promitto) generale est, & adaptatur omnibus contractibus, & per illud demonstrari possunt omnes contractus, & si quidem materia apta est ad omnes uerbum (promitto) demonstrabit omnes contractus factos, & si materia pertinet ad unum contractum tantum denotabit illum tantum esse factum.

150 Etsi sumus † in materia indifferenti & in dubio, tunc denotabit stipulationem. per. §. si scriptum. insti. de inuti. stipulationib. & habetur plene in. l. sciendum, infra eod. & est ratio. quia hoc uerbum spetialiter fuit destinatum a iure ciuili, ut constituat contractum stipulationis, ideo in dubio illum merito denotabit, & per hoc differt a uerbo (conuenire) quod nō fuit destinatum ad ipsam stipulationem, merito illud retinet naturalē suam significationem, & uerbum (promitto) denotat in dubio stipulationem tantum ad quā fuit destinatum.

151 Eadem quoque debent intelligi de uerbo (spōdeo) nam illud uerbum generalissimum est, & adaptatur omnibus contractibus, quoniam ipsi implicite omnes continent sponsionem idest promissionem. & propterea si est materia apta ad omnes contractus, & tunc per illud denotabūtur omnes contractus facti, sed si est materia apta ad unū tātum, demonstrabit illum tantum factum fuisse, uel etiam solam pollicitationem, si non interueniet consensus alterius sicut & in uerbo (promitto) dicta l. sciendum. §. dictum. ff. de edili. edicto. si uero sumus in materia indifferenti, & in dubio, tūc denotabit stipulationem. ut probatur in rub. & Nigro. ff. de sponsalibus. & matrimo. ubi in quatuor primis legibus iunctis dicitur quod sponsalia dicuntur a uerbo (spondeo) quia illa fiunt plerunque per stipulationem, & uulgariter appellatur sponsa, idest promissa, et sponsus, idest promissus, & in dubio intelligitur per stipulationem, per eandem rationem, quia illud uerbum destinatum fuit ad stipulationem fiendam. insti. eod. in prin. & ideo in dubio significationem spetialiter attributam habebit, & quia capitur in potentiori significatu, arg. dicti. §. qui inperpetuum, & si fit solus contractus stipulationis, uerbum (fideiubeo) denotabit contractum stipulationis propter destinationem. insti. de fideiusso, §. fi. & idem posset dici de uerbo dabis dabo, & facies faciam, quamuis non ita faciliter ex eo quia sunt uerba executiua, & implicant uerbum (spondeo uel promitto) ut infra etiam dicemus in dicto loco.

152 Tertio † est uerbum (polliceor) quod similiter generale est, & adaptatur omnibus contractibus, sicut & uerbum (promitto uel spondeo) quoniam in effectu polliceri est idem quod promittere, & probatur hæc generalis significatio in rub. & nigro. C. de dot. promissio. & nuda pollicitatio & in l. fi. C. ad Velleia. ubi denotantur omnes contractus præter stipulationem, & idem probatur in l. ex pollicitatione. C. de donati. ante nup. & in ca. cum iuramēto, ex. de homicidio ibi, hæredes pollicitus fuit, & in clem. j. de iur. iuran. col. 3. in uerbo ego enim, ibi, promitto spondeo & polliceor me daturum obedientiam, & facit etiam rub. C. de bon. poss. contra tab. quam prætor lib. pollicetur: & §. sunt autem. insti. de bono. possessio. per quæ iura cum multis similibus quæ adduci possunt probatur, quod uerbum (polliceor) est generale, & denotat promissionem quæ requiritur in omnibus contractibus, & ideo adaptatur omnibus, & habet postea hoc plus, quod adaptatur pollicitationi, sicut etiā & uerbum (promitto & spōdeo) & si eueniat quod sit materia conueniens omnibus contractibus, denotabit omnes contractus illos fuisse factos, & si materia conuenit uni tantum, denotabit illum solum. arg. l. si uno. ff. locati. & si erit materia indifferens, & in dubio denotabit solam pollicitationem quæ est spetialis eius significatio & potentior. ut in toto tit. inf. de pollicitatio. & in hoc solo differt a uerbo (promitto et spondeo) quæ in dubio denotabunt stipulationē, hoc uero denotabit pollicitationem. potest etiam esse alia differentia, quia uerbum (polliceri) præsupponit quod quis motu proprio per modum

oblationis promittat, & alia uerba præsupponũt instigationem præcepere, tamẽ postea ex usu hæc differentia non fuit considerata, ut patet in iuribus supra allegatis.

Quibus sic declaratis restat ut deueniamus ad spetialem declarationem aliquorum contractuum, nam cum materia nostra sit de stipulatione, quę cum sit contractus simplex uidetur habere similitudinem cum aliis simplicibus cõtractibus, ideo, ut melius cognoscatur, docto. subiiciunt hic declarationem trium contractuum pacti pollicitationis, constituti, & stipulationis, ponendo eorum substantiam & differrentias ut melius cognoscatur in quo differrat stipulatio ab eis, & quare fuerit inducta.

153 Pactum igitur † ut dictum fuit, capitur in genere & in spetie, & quid operetur in genere non est opus repetere. in spetię autem appellatur pactum nudum. idest contractus innominatus simplex. & diffinitur ut in dicta l.j. est duorum in idẽ placitum & consensus nudus & simplex. & idem repetitur in.l.pactum.de pollicitationibus.ubi dicitur quod est consensus & conuentio, per quas diffinitiones demonstratur, quod de substantia pacti est ut interueniat uoluntas duorum deliberata quę facit placitum, & quod postea istud placitum reducatur in consensum idest simul sensum ut fiat conuentio uoluntatũ, & etiam additur uerbum (conuentio) quia conuenire debent in unum fiendum, & propterea sequitur, cũ requiratur hæc coniunctio uoluntatum quod requiritur præsentia utriusque, quia alias non uidentur simul & eodem tempore coniungi dictæ uolũtates, uel si sunt absentes, saltem interueniat nuntius uel epistola, per quod instrumentum conseruetur uoluntas prima, ut possit postea coniungi cum. secunda alioquin si non interuenit præsentia, uel nuntius, uel epistola, non potest esse pactum, licet alter postea ex interuallo acceptet & cõsentiat, ut per glo. communiter approbatam in l.ex consensu.§.primo.supra de actio.& obligationibus.& inducitur communis conclusio, quod inter absentes pactum fieri non potest, argum. l. qui absente. digest. de donatio.

154 Sed tamen † in contrarium, quod imo inter absentes fieri potest sine nuntio uel epistola, faciunt multæ leges, & primo lex secunda.ff.eodem, quæ dicit, re uel uerbis pacisci possumus, & postea ponit exemplum, quando creditor mittit instrumentum ad debitorem. nam uidetur facere pactum cum eo absente de non petendo, idem probatur in l.item quia.quæ subsequitur. quando inquilinus portat bona sua in domum uel fundum conductum, quia uidetur facere pactum cum locatore absente de illis conducendis. idem dicitur in l.ij & l.si creditori.Codic. de pact. ubi creditores agẽtes contra emptorem uidentur facere pactum de non petendo cum hærede uendente absente. idem probatur in l.j.§.accedit. Cod.de rei uxorię actio.ubi uidetur fieri pactum cum muliere absente de soluendo ei dotem, & idem potest dici de omnibus quasi contractibu quando hæres addit hæreditatem, qui uidetur quasi contrahere idest pacisci cum creditoribus & legatariis absentibus, uel si quis gerit negotium alicuius absentis, & in aliis casibus positis insti. de obligatio, quæ ex quasi contractu nascuntur. per totum. cum multis similibus quæ possunt adduci pro solutione istius contrarii.

155 Decius in Rub.Cod.de pact.dicebat † quod conclusio prædicta communis procedit in pacto expresso uerbis, quod non potest fieri inter absentes sine nuntio uel epistola sed si est pactum tacitum, tunc bene potest fieri inter absentes sine nũtio uel epistola, & omnia iura allegata in contrarium loquuntur de pacto tacito, sed tamen contra hãc solutionem facit, quia imo expressum pactum potest fieri cum absente & ei prodesse.l. idem si duobus.§.fi.cum materia.ff.de pact.& l.stipulatio ista. §.alteri.infra eodem, dum tres casus subiiciuntur in quibus quis alteri stipulari potest & absenti. Sed ab istis potes defendere solutionem Decii, quia illa iura non loquuntur de pacto facto cum absente, sed ibi est factum pactum cum præsente, & solum quæritur an alteri possit prodesse ut acquiratur exceptio uel actio, & hæc est quæstio separata quæ ibi per docto. determinatur. sed nos loquimur quando pactum fit cum absente, & nullus est alius qui perficiat, nam tunc non potest cum eo perfici.

156 Sed adhuc † dum postea subdit, quod pactum tacitum fit inter absentes imo uidetur quod possit fieri inter præsentes. dicta.l.ij.ff.de pact. si creditor dat debitori præsenti instrumentum, uel si mulier dat dotem marito, tacite fit pactum ut restituat, uel si promisit non teneatur si non sequantur nuptiæ. dicta l.item quia.§. primo. ff.de pact. tamen hoc non oppugnat solutionem, quia non negatur quod tacitum pactum inter præsentes fieri non posset, ut in l.qui patitur.ff.Mand.& in l. si uero non remunerandi. §. si passus. eod. titulo. & sufficit quod possit fieri inter absentes sine nũtio uel epistola. ideo solutio potest procedere, ut aliud sit in pactis tacitis, & ratio colligitur ex iis quæ dixi in dicta Rub.declarando pactum tacitũ, quod aliquando habet naturalem consensum absentis, aliquando fictum, & aliquando a lege inductum.

157 Primo autem habet † naturalẽ consensum quãdo sunt coniecturæ quod ita uoluerit, ut in casu dictæ.l.ij.& dictæ l.item quia.§.primo. & dicta l. qui patitur, & §.si passus.& tunc est uerum pactũ habens præsumptum naturalem consensum, ubi etiam lex præsumit præsentiam fuisse aliquando lex fingit consensum, ut in casu legis primæ.§. accedit.& per totam illam legem. Cod. de rei uxoriæ actione. ubi fingitur stipulatio, & appellabitur pactum tacitum fictum, quo casu etiam lex fingit præsentiam, ut dicemus in l.j.eo. in quasi uero contractibus lex constituit consensum absentis, & tunc poterit dici quasi pactum, sicut ibi dicitur quasi contractus, quamuis hæc subtilitas non consideretur in pactis, & tunc inducitur consensus a lege cum præsentia, quod facere potest. Et pro-

pterea apparet, quod in istis pactis tacitis licet non sit naturalis præsentia, tamen est quædam legalis præsentia seu a lege præsumpta uel ficta, merito constituitur ille consensus & simul sensus inter absentes.

158 Et ideo † potest dici resoluendo, quod ad hoc ut fiat pactum, est necessarium quod sit præsentia uera naturlis uel subintellecta a lege propter aliquas causas urgentes, & quando non est hæc præsentia uera uel subintellecta, non potest fieri pactum inter absentes sine nuntio uel epistola, quia non est instrumẽtum quod sustineat primam promissionem ut possit induci consensus seu conuentio, & hæc de substantia pacti. utrum autem per præsentiam semper inducatur pactũ, est alia quæstio, de qua infra suo loco dicemus. item etiam an pactum uestiatur calore iudicii, uel etiam aliis ex causis producat actionem, etiam dicemus infra cum doctoribus, ubi melius cadet.

159 Secundo, est † pollicitatio, quæ dicitur esse solius offerrentis promissio. l. pactum. ff. de pollicitationibus, & eius substantia est quod sit oblatio, idest quod moueatur motu proprio, non ad instigationem alterius, & quod ista oblatio sit cũ promissione, ad finem ut nascatur obligatio in casibus permissis. item quod fiat ab ipso solo & non ab aliis, & propterea non dicitur interuenire consensus duorum, & in hoc differt a pacto, quod præsupponit consensum duorum, & uoluntatem utriusque concurrere cum conuentione, & propterea docto. communiter concludunt, quod pollicitatio dicatur esse quasi pactum dimidiatum continens unius solius uoluntatem & promissionem, & pactum dicatur continere uoluntatem duorum reductam in consensum & conuentionem. l. & propterea in ea constituunt duas principales conclusiones, unam, quod fiat inter absentes ad finem ut non sit uoluntas alterius. Secundam, quod fiat inter præsentes, ne propter præsentiam inducatur acceptatio & consensus alterius.

160 Sed contra † istam communem opinionem facit, quia imo uidetur quod de essentia pollicitationis sit ut interueniat cõsensus duorum, ut probatur in Rub. & Nigr. Cod. de dot. promissio. & nuda pollicitatio. ubi præsupponitur in promissione dotis quod sit consensus duorum. iuxta. l. ad exactionem. Codic. eodem titulo. & tamen dicitur pollicitatio. idem probatur in l. fi. Cod. ad uelleianum. ubi similiter præsupponitur quod ex promissione dotis nascatur obligatio, & sic consensus duorum, & tamen appellatur pollicitatio. idem dicitur in l. ex pollicitatione. Cod. de donatio. ante nup. ubi similiter est consensus duorum, & appellatur pollicitatio. Quarto etiam facit text. in l. sciendum. §. dictũ. ff. de ædili. edicto. ubi est præsentia partis, & præsupponitur quod sit acceptatio, quia fit super contractu, & tamen appellatur pollicitatio, facit etiam tex. in cap. cum iuramento. de homi. ubi Hærodes fuit pollicitus filiæ saltatrici dare quod peteret, & præsupponitur quod inhonesta erat obligatio & consensus duorum, & idem potest dici de prætore quando polliceatur dare bonorum possessionem, quia uidetur obligari populo, quia cum eo loqui uidetur. l. si quis id quod. ff. de iurisdictio. omnium iudicum. & patet in forma ædictorum quæ concipiuntur præceptiue. unde ui eiecisti id restituas. cum similibus, l. i. ff. de ui & ui arm. cum similibus. Decius in rub. Cod. de pact. sentiens hanc fortem oppositionem fatebatur contrarium, & dicebat quod de essentia pollicitationis est quod interueniat cõsensus duorum, ut probant dicta iura, & ad dictam. l. pactum in diffinitione respondebat, quod procedit quantum ad modum ineundi, & a principio, sed tamen postea propter acceptationem subsequatur consensus duorum.

161 Sed tamen † stante dicta conclusione, succedit difficultas, quæ differentia sit inter pactum & pollicitationem, quoniam hac opinione stante, in effectu pollicitatio reducitur in pactum, & uidentur esse idem, quod uidetur esse inconueniens, quoniam cum habeamus duos titulos separatos, unum de pactis, & alium de pollicitationibus, inferri uidetur omnino quod sint duæ conuentiones diuersæ, & habeant substantiales differentias. Propterea Decius in dicta rub. dicebat, quod pactum est quando adest consensus expressus duorũ quo casu est uerum pactum, & uera cõuentio. ubi cunque uero est tacitus consensus non dicitur uerum pactum, sed improprie pactum, & propriori nomine appellatur pollicitatio innuens quod omne pactum tacitum dicitur esse pollicitatio, quoniam in ea præsupponitur sequi tacitum consensum. sed hæc saluatio offendit leges utriusque partis, quoniam in titulo de pollicitationibus, ut in l. pactum. & in l. ex pollicitatione, & aliis illius tit. præsupponitur quod promissio sit facta uerbis expressis, & non potest appellari tacitum pactum quod nullam apparentem promissionem continet. ut in dicta l. Labeo. & l. item quia. ff. de pact. & l. secunda & l. si creditores. Cod. de pactis. item offendit leges tractantes de pactis, quia præsupponit quod quando est tacitus consensus non dicatur esse uerum pactum, cum imo leges omnes loquentes de eis appellent pactum, & proprie dicatur contineri sub illa rub. de pact. item uidetur inferre quod parum differrat a stipulatione quæ non potest fieri nisi uerbis expressis, ut infra dicetur, & si requireretur expressio uerborum, non fuisset necessarium inducere stipulationem, & propterea apparet quod hæc differentia non est uera, & obiectio remanet efficax.

162 Vnde secunda † datur differentia & saluatio, ut pactum dicatur quando interuenit instigatio partis, & pollicitatio sit quando quis motu proprio sine instigatione promittit, quia tunc est solius offerrentis promissio, & sic differrentia sit in modo ineundi, an interueniat instigatio uel motu proprio fiat per oblationem, & hanc opinionem tenuit Crotus hic in secunda lectura, & uidẽtur tenere alii Mod. sed hæc saluatio nec etiam est bona, quoniam nimis restringit pactum, ut nõ posset esse nisi quando præcedit instigatio, quę restrictio iure nõ probatur, & simpliciter iura disponũt

quod

quod sit duorum consensus & conuentio, non habita consideratione an per instigationem uel motu proprio promittat, maxime quando fit ex causa lucratiua in qua semper solet præcedere oblatio. & probatur in l. tale pactum. ff. de pact. ibi (profiteor te non teneri) & in l. secunda & in l. itē quia ff. de pact. ubi non fit consideratio an motu proprio faciat uel ad instigationem, & presupponunt omnia iura illius tituli, quę uere uiolantur faciendo hanc considerationem quod præcedat instigatio. item præterea sequeretur quod pactum nunquam posset dici incōsiderate factum, ex eo quia præcedente instigatione promissio semper est magis considerata, in effectu non differret a stipulatione nisi in uerbali prolatione & non in effectu cum uideatur per instigationem præcedere semper interrogatio, quod est contra intentionem omnium iurium & eorum quæ infra dicentur, & simpliciter iura semper considerauerunt pactum prout est consensus duorum, non attento quod præcedat instigatio de qua nulla lex loquitur, & propterea neque ista differentia est uera, & per consequens opinio ista remanet tota falsa, quod de substantia pollicitationis sit quod interueniat consensus duorum, quoniam imo semper eo interueniente dicitur pactum & uere pactum.

163 Qua propter† docto. communiter* tenuerūt, quod de substantia pollicitationis sit quod interueniat uoluntas unius tantum, & in hoc differat a pacto quod requirit consensum duorum, quæ differentia palpabilis est & non uerbalis, & probatur expresse in dicta l. pactum, dum refert illas diffinitiones diuersas quæ eam expresse inducunt, cū dicatur quod est promissio offerrentis, & sic non interuenit uoluntas alterius, & addit uerbum (solius) ut demonstret quod non concurret uoluntas alterius, non enim potest referri ad promissionē, quia in quocunque pacto nudo est promissio unius tantum, & necessario uerbum (solius) ponitur ad differentiam, ut non interueniat uoluntas alterius quod demonstrat postea, dum in diffinitione pacti uolens demonstrare differrentiam addit est consensus & conuentio, expresse sentiēs in pollicitatione non esse neque consensum neque conuentionem, quia continet uoluntatem unius tantum, & hęc differentia tam palpabilis & efficax fuit digna quod duo tituli constituantur separati, unus de pactis & alius de pollicitationibus, & quod in titulo de pollicitationibus præsupponatur obligationem offerrentis non constitui nisi in republica & certis tantummodo casibus spetialibus.

Non obstant allegata in contrarium, quia unica responsione tolluntur, quod loquuntur de pollicitatione in genere, quæ sui natura potest comprehendere omnes contractus, & per consequens etiam pactum nudum, ut ego supra declaraui super significatione uerbi (polliceor) quod est generale & adaptatur omnibus contractibus, quamuis in dubio possit denotare pollicitationem tantum sed quoniam ibi in dictis locis subiecta materia dictabat quod esset consensus duorum & induceretur contractus, ideo in dictis iuribus denotat pactum nudum & alios contractus conuenientes materiæ propositæ. nos autem loquimur de pollicitatione in spetie sumpta, quæ differt in substātia & in effectu a pacto nudo & ab aliis cōtractibus.

164 Qua conclusione† uera existente ut demonstratum fuit, succedunt illæ duæ conclusiones, quod pollicitatio potest fieri inter absentes tantum inter quos non inducitur ille consensus duorū, & remanet offerrentis promissio. Et alia quod non potest fieri inter presentes, quoniam per presentiam inducitur uoluntas acceptantis, & efficitur consensus duorum, & constituitur pactum & conuentio, quæ tamen duæ conclusiones recipiunt magnas difficultates factas hic per omnes Mod.

Et primo uidetur quod requiratur præsentia & non possit fieri inter absentes. per text. in l. ex pollicitatione. infra eodem ubi dicitur pollicitationem factam apud rempublicam, & præsupponitur quod interuenerit eius præsentia. propter dictionem (apud) quę denotat præsentiā. l. siue apud acta. & ibi no. Cod. de transactio. Secundo facit dicta l. pactum. cum aliis similibus quæ dicūt pollicitationē fieri in ciuitate, ergo in præsentia Reipublicæ, cum respublica sit quædam uniuersitas immaginata, & si ubique in ciuitate reperiatur, sicut contingit in grege & armento, & propterea fiat in præsentia. Tertio hoc probatur per dictā l. sciendum. §. dictum. ubi dicitur quod promissum refertur ad nudam promissionem siue pollicitationem, & tamen præsupponitur quod ibi sit præsentia partis propter contractum uenditionis formatum. Quarto uidetur tex. in terminis ponens falcem ad radicem in l. Charidemus. ff. de pollici. ubi absens scripsit epistolam pollicendo uelle edere munus reipublicæ & tamen dicitur ꝙ pollicitatio non ualet, & non compellitur edere munus promissum, ideo uidetur expresse determinare ꝙ inter absentes fieri non possit, cū nulla alia ratio possit assignari ibi quare non ualeat.

165 Communiter† tamen docto. tenendo opinionē predictam respondent dictis iuribus allegatis in contrarium, præsupponentes omnino inter absentes tantummodo fieri posse, & ad dictam. l. ex pollicitatione, respondent, quod ibi uerbum (apud rēpublicam) non denotat præsentiam ipsius, sed denotatur quod erat in ciuitate in qua est respublica cum ipsa sit uniuersitas immaginata quæ non potest pręstare præsentiam neque consensum & ideo intelligitur quod ibi erat penes locum in quo solebat congregari respublica, non autem penes rempublicam, quæ demonstratur per decuriones congregatos. item respondetur, quod nō probat præsentiam dictio (apud) sed solum quod acquiratur reipublicæ. l. is apud. infra de uerbo. significa. ubi dicitur habere rem apud se qui habet actionem. Tertiam dabimus responsionem infra loco suo. & eodem modo respōdetur ad tex. in dicta l. apud. & alias leges quæ loquuntur de ciuitate, quia respublica prout obligatur & acceptat non repræsentatur nisi per decuriones congregatos, quod non erat in dictis iuribus.

Non obstat dicta l. sciendum. §. dictum, quia ibi pollicitatio ponitur pro pacto, quod patet, quia dicit (nudam promissionem) idest nudum pactum & postea addit, siue pollicitationem, expositiue innuens quod pactum & pollicitatio sit idem, per rationem supra dictam, quia pollicitatio est nomen generale conueniens omnibus contractibus sicut promissio ut supra dictum fuit.

166 Non obstat † dicta l. Charidemus, quia dantur uariæ responsiones. Et prima est quod concordat, quia negatiua corrupte posita fuit, & uera litera est affirmatiua, quod compelli possit, ut ibi sentit glo. quæ solutio tolleret omnem difficultatem si essemus certi quod illa negatiua abundat & corrupta est litera, sed tamen quia text. communiter habent illam negatiuam, uidetur esse refugium miserorum in quod sæpissime neoterici incurrūt quando nesciunt respondere ad tex. dicunt quod corrupta est litera. & quod aliter dicunt Codices sui. unde Ias. hic & communiter docto. secundo respondent ad illum tex. quod ibi illa pollicitatio fuit facta sine causa, quo casu ex regula communi non obligat pollicentem nisi postquam ceperit. l. j. §. primo, & dicta l. pactum. cum simili. eodem tit. quæ responsio etiam reprehenditur, quia est diuinare quod ibi pollicitatio esset sine causa, itē quia ita intelligendo poneret decisionem indubitabilem, cum ille casus in dicta l. j. cum concordantibus esset decisus. & redderetur uana lex, quod est absurdum, quia debet fieri interpretatio ut decidat casum dubitabilem. lege Labeo. digest. de carbonia. edicto.

Propterea tertia datur responsio, perseuerādo quod ibi pollicitatio erat sine causa, sed additur quod imo erat de dubitabili, quoniam erat facta per epistolam, & uidebatur quod transiuisset in pactum unde fuit dubitatū an ipse obligetur uirtute pacti, & determinatur quod non, quia illa epistola non fuit lecta. & non potuit causare consensum neq; acceptationem a decurionibus, ideo cum remanserit pollicitatio mera non induxit obligationem sine causa. Sed hæc solutio incurrit in duplicem diuinationem, unam, quod fuerit sine causa, Et aliam, quod non fuit lecta neque acceptata, quod non est præsumendum, ex eo quia ille scribens fuerat cōuentus a republica ut adimpleret promissa, quod non euenisset si non fuisset lecta uel acceptata. replicant dicti quod illa epistola non fuit lecta per officiales reipublicæ illo tempore, neque quando erat congregata, sed tamen postea pœnitentia ducti decuriones acceptauerunt eam. Quæ responsio adhuc non tollit contrarium, cum si non fuisset lecta non potuisset causari præiudicium reipublicæ ante lecturam, & quādo postea in cōgregatione fuit lecta, inducta fuit acceptatio & obligatio, & sic semper obstat, quia dicit non fuisse obligationem.

Vnde Niger hic respondet, quod ibi pollicitatio non ualet, quia facta fuit per uerba futuri temporis quæ non inducunt obligationem, propter uerbum edendi, ut per glo. in l. in ementis. Cod. de contrahenda emptio. sed replicatur, quod præsuppositum est falsum, quia imo per uerba futuri temporis inducitur obligatio, ut probatur insti. eodem in principio, ibi, dabis dabo, & facies faciam, nec obstat contrarium, quia procedit in uerbo dispositiuo non autem in uerbo executiuo, ꝙ semper e st futuri temporis & implicat uerbū pro missimus præsentis temporis ut infra dicam in materia stipulationis.

Ideo quarta datur responsio, quod ibi epistola non fuit missa ad rempublicam, sed fuit missa ad tertium qui non erat de republica, unde non poterat causare ualiditatem pollicitationis, quia erat scripta alteri. argum. text. in §. alteri. insti. de inut. stipulatio. quæ solutio nec etiam est uera, quia dato quod esset scripta alteri nihilominus non impediret effectum pollicitationis, cum pollicitatio acquiratur illi in cuius utilitatem facta fuit, non curando cui innotescat per epistolam. unde potius possemus dicere quod ibi illa epistola non potuit causare pactū, non autem quod non acquiratur ius pollicitationis reipublicæ.

Ideo quinta datur solutio per Alcia. in lib. 12. parado. quod ibi pollicitatio non ualuit quia fuit informis & incerta. cum non esset expressum munus edendum, unde sicut non ualet stipulatio promitto fundum uel triticum propter incertitudinem. l. ita stipulatus. & l. triticum. infra eodem, & l. cum post. §. gener. ff. de iur. do. ita & hic, sed replicatur quod nec etiam potest procedere, quia ibi non dubitabatur de incertitudine, & iura non exprimunt ad euitandam uerbositatem, & plerunque ponunt uerba generalia ut demonstretur generalitas dispositionis non se restringendo ad actum spetialem, item præsupponitur quod imo erat certum, quia ad unū certum edendum conueniebatur, & propterea huc usque apparet quod illa lex multum obstat huic communi conclusioni.

167 Tu autem resoluendo † dicas, quod docto. non debebant tantum laborare in illo tex. super hac quæstione, cum ibi nulla fuerit dubitatio an esset nulla propter absentiam, neque potuit dubitari, quoniā cum interueniret epistola suppletur præsentia, ex generali regula quæ dictat, quod omnes contractus iurisgentium inter absentes fieri possunt interueniente nuntio uel epistola. l. j. ff. locati. & cum ibi esset epistola, non fuerat aliqua occasio dubitandi an ualeret propter absentiam, cū esset actus a iure gentium introductus, & propterea nihil facit ad propositum quæstionis nostræ, neque probat pro neque contra. sed solum est inquirendum, cum propter epistolam esset ualidata, quare postea effecta fuit nulla ut non potuerit cogi, & ultra rationes adductas per docto. potes addere duas alias. considerando quod munus non capitur in dicta lege pro dono, ut dicunt docto. sed capitur pro officio quod concedit respublica alicui, & ibi epistola fuit missa ad rempublicam, ut ederet munus & cōcederet officium ipsi scribēti, & sic erat facta pollicitatio de dando pecuniā ut respublica ederet munus ob honorem ipsi, tamen dicitur quod respublica non cogitur edere munus, quia ipsa non tenetur acceptare, cum hæc oblatio

oblatio facta cum pecunia non obliget ipsam Rempublicam concedere tale munus, & hoc ibi spetialiter determinatur, uel aliter dicas, quod licet quis dederit pecuniam tamen non cogitur ipse acceptare munus idest officium ut illud edere & exercere teneatur, quia quamuis det pecuniā non obligatur ipse ad officium postea, quia potest illud respuere, & non exercere.

268 Secundo † principaliter potes dicere, q̃ edere munus referratur ad ipsum pollicentē, & solet fieri uel ad Ornatū uel ad honorem reipublicæ ut dixit tex. in l. ciuitatibus. sup. de leg. primo, & l. legatū. de usu & usfru. leg. & ideo ibi iste pollicitus erat facere spectaculum uel immagines ob honorē, uel adaptare forū ob ornatū reipublicæ, & scripsit se facturū p epistolā, & cū postea conueniret ut adimpleret pollicitationē negauit se uelle facere, & ibi dicitur q̃ nō cōpellitur edere. & dubitationem faciebat, quia uidebatur fecisse pollicitationē ob honorē, & quasi debitū deberet exigi, lege pactū, eo. tit. de polli. sed contrariū ibi determinatur, quod non teneatur edere hoc munus, quia uirtualiter dicitur & propria uoluntate & sine causa legali promisisse edere, unde non tenetur adimplere nisi cepisset. per l. j. §. cepisse. eo. tit. de polli. nec obstat d. l. pactū, quia illa lex loquitur in pollicitatione correspectiua, ut honor decerneretur ipsi pollicēti, quo casu pollicitatio est facta ob causam legitimā, sed in d. l. Charidemus. pollicitatio erat facta ob honorē reipublicæ & sic totum munus ressultabat in utilitatē reipublicæ. quo casu nō dicitur facta ob honorē neque ob causam, imo est facta sine causa, sicut si q̃s pollicitus fuisset facere palatiū, uel aliud utile pro republica, quo casu non ualet pollicitatio nisi ceperit postea. d. l. j. §. primo. ff. de pollicitationibus, & hæc ultima magis placet, quę in effectu ressultat in solutionē communem, quod ibi pollicitatio erat facta sine causa, & nō tenetur adimplere nisi ceperit. Sed hoc additur ultra docto. cōmuniter quod ibi illa pollicitatio uidebatur facta ob honorē, per dictā l. ciuitatibus. Sed tamen determinatur quod non dicitur facta ob honorē decernendū, sed in effectu dicitur facta sine causa & propter hoc datur responsio ad obiectionē, q̃ uidetur decidere casum indubitabilem, quia imo erat dubitabilis, & additur alia ratio, quia ibi erat scripta epistola. & uidebatur quod teneretur adimplere etiam quod esset sine causa, quasi per epistolam semper demonstraretur uoluntas pollicentis, & ipsa haberet effectum ac si opus cæptum esset, quod ostendit perseuerantiam promissionis, & per consequens apparet quod illa lex est utilissima & decidit casum notabilem, tamen quantum ad propositum quod pollicitatio non possit fieri inter absentes nihil facit, quia de hoc nunquam ibi fuit dubitatum. & sic non facit neque pro neque contra, sed ex alio facta fuit ibi dubitatio & decisio.

169 Quare † remanet conclusio communis firma & uera. quod pollicitatio potest fieri absenti indistincte, ex eo quia non inducitur acceptatio & cōsensus duorum, & remanet sola offerrentis promissio, & ampliatur procedere etiam quod fieret per nuntium uel epistolam, quando facta fuisset sine causa, sicut etiam facta præsenti non obligaret ante ceptum opus. l. j. §. cepisse. digest. de pollicitationi.

170 Secunda † principalis succedit conclusio (retenta hac opinione, quod pollicitatio non requirat consensum duorum, ut ipsa non possit fieri præsenti, ex eo quia per præsentiam inducitur consensus duorum & creatur pactum, non autem pollicitatio, pro qua opinione facit tex. in l. tale pactum. ff. de pact. & l. qui patitur. ff. Mand. & l. si remunerandi. §. si passus. eodem tit. & l. donationes. §. speties. ff. de donationi. cum simi. & l. si filius. ff. ad macedoni. tamen in contrarium facit tex. in l. filius familias. §. inuitus. digest. de procura. & l. Gaius. digest. de pign. cum cumulatis per Bart. in l. quæ dotis. dige. so. ma. ubi præsentia non inducit consensum neque acceptationem. docto. communiter pro resolutione distingunt, limitando suam conclusionem, quod si pollicitatio fiat præsenti & expresse contradicenti, uel fiat pręsenti ex causa onerosa, & tunc remanebit pollicitatio, quia tunc non inducitur consensus neque acceptatio partis. dicto. §. inuitus. cum similibus. sed si pollicitatio fiat præsenti & tacenti ex causa lucratiua, tunc non dicitur pollicitatio, quia præsumitur acceptatio & consensus, & resoluitur in pa-
* ctum, & propterea communis* est resolutio, quod pollicitatio possit fieri inter absentes generaliter, atque etiam inter præsentes, si ille cui pollicetur contradicat, uel fiat ex causa onerosa, sed si fiat ex causa lucratiua, tunc pollicitatio non possit fieri præsenti, quoniā præsumitur acceptatio, & transit in pactum.

171 Sed adhuc † contra istam conclusionem ultimā, quod imo etiam possit fieri præsenti ex causa lucratiua, uidetur esse tex. in dicta l. ex pollicitatione. ff. de pollicitatio. ibi (apud rempublicam) nam dictio (apud) denotat præsentiam. ut est text. in l. siue apud acta. Codic. de transactio. & tamen præsentia non impedit pollicitationem, neque inducit consensum.

172 Et facit contra regulam † docto. quod præsens & tacens uideatur consentire. & facit tex. in l. eum pro quo. ff. de in ius uoc. & l. de iur. ff. ad municip. & l. honor. §. j. ff. de Mun. & honori. Sed docto.
173 ei respondent † defendentes eorum opinionem, quod ibi uerbū (apud) non inducit pręsentiam decurionum, sed solum innuit quod acquiritur actio reipublicæ. l. is apud. infra de uerbo. significatio. ubi quis dicitur habere rem apud se qui habet actionē. ita dicitur esse apud rempublicā quia habet actionē. quæ solutio est absurda, & eā reprehēdit Alcia. qa est uiolatiua literæ, cū uerba debeāt intelligi naturaliter. l. Gallus. §. & quid si tantū. ff. de lib. & posthum. & l. fi. de iis qui ueniā ætatis impetrauer. item litera repugat, quæ dicit, apud rēpublicā, non autē dicit rempublicā penes se habere, & uerbū (facta) destruit totā ponderationē docto. unde datur secunda responsio, fatendo quod ibi erat pactū, ppter præsentiā, & aliqui inducunt

ad probandum pollicitationem ualere etiam interueniente consensu duorum, quod supra reprobatum fuit. unde tertia datur responsio, quod ibi erat in loco uel penes locum in quo solebat congregari respublica, quę uidetur representari per locum, quoniam est imago quædam intellectualis & ubique reperitur. l. j. ff. quod cuiusque uniuers. no. quæ etiam responsio uidetur dubitabilis, quoniam licet respublica sit persona immaginata tamen representatur per decuriones congregatos, & ideo dum ibi dicitur, apud rempublicam, intelligi debet apud decuriones congregatos qui poterant cōsentire. arg. tex. in l. honores. in fi. inf. de muneri. & hono. ibi, apud ordinem. unde alio modo respondet hic Rippa nu. 21. quod licet sit præsentia decurionum, tamen non est consensus in republica, qui inducat pactum, cum illa sit persona representata quæ non habet animum & uere non est consensus nec pactum, ideo remanet solius offerrentis promissio, sicut etiam in Deo non est consensus spetialis inducens obligationem, cū sit inuisibilis, sed hæc solutio neque est admittenda, quia destruit totum titulum. dig. quod cuiusque uniuersi. nomine. quia præsupponit quod respublica nunquam possit facere contractum neq; conuentionem, & sequeretur quod nullus contractus posset fieri cum republica nisi decuriones eā repræsentarent & obligarēt. unde uere tex. ille fortiter stringit contra illam cōclusionem. quod pręsens & tacens uideatur consentire, cum ibi fuerit præsentia, & non inducatur consensus, & dictum est uerum ut infra probabo.

174 Tamen defendendo † communem potes respondere ultra doct. quod ideo ibi non inducitur cōsensus per præsentiam quia pollicitatio erat ex causa onerosa, cum onus sit reipublicę decernere honorem seu concedere officium duumuiratus, uel simile pollicenti, qui forsan est indignus, uel etiam si mereretur, decuriones non amant eum, uel desiderant potius fauere consanguineis, uel aliqua iusta causa eos mouet, ideo quia onerosum est decernere officium seu honorem petenti, ideo etiam per pollicitationem factam non præsumuntur decuriones consentire. & in facto milies contingit quod decuriones petentibus non uidentur præstare consensum quamuis uideatur utile reipublicę, & propterea remouetur principale fundamentum tenentium contra communem, quod pollicitatio requirit consensum duorum, quia imo ibi non inducitur, & remanet adhuc firma regula quod pręsens & tacens ad sui utilitatem non uideatur consentire, cui non repugnat ille tex.

175 Secundo contra † dictam conclusionem, quod imo præsens & tacens etiam ad sui utilitatem nō uideatur consentire, aducitur text. in dicta l. sciendum. §. dictum. digest. de ędili. ædicto. ubi sub nomine promissi continetur pollicitatio, & per consequens non uidetur consentire ad sui utilitatem, & ualet pollicitatio facta cum pręsente & tacente. Respondent communiter doct. quod ibi pollicitatio capitur pro pacto, ut hic refert Niger, quę tamen responsio non uidetur tuta, quia alias superflua esset litera, quæ tria ponit, nudam promissionem, & nudam pollicitationem, & sponsionem, & uerbum nudam promissionem refertur ad pactum. ideo pollicitatio remanet necessario à pacto, quia dicto (uel) ponitur inter diuersa, ut in rubr. ff. quod ui aut clā. unde ille tex. probat quod pollicitatio fit præsenti, & sic præsens & tacens non presumitur consentire, & concordat tex in l. cum donationis. C. de transactio. ubi similiter appellatur pollicitatio facta præsenti licet nō ualeat quia est contra bonos mores, & mihi placet secundū conclusionē infra ponendā, tamen si tu uis defendere cōmunē, potes respondere, quod ibi non inducitur consensus, quia erat facta ex causa onerosa, cum esset facta super cōtractu uenditionis, in quo propter pollicitationē augetur prætiū & ꝑ eā deuenit ad contractū. propterea nō est mirum si remanet sub nomine pollicitationis.

176 Tertio contra † dictam communem conclusionem, quod præsens & tacens ad sui utilitatē non dicatur consentire, & constituatur pollicitatio, facit alia regula, quia confessio facta parte pręsente nō pręiudicat nisi sit acceptata, ut per Ias. & Mod. in l. postquam liti. Co. de pact. ergo præsentia non inducit consensum. Sed respondent doct. quod confessio non fit ad finem faciendi pactum, neque dicitur esse pars pacti, ideo ex diuersis nō fit illatio. l. Papinianus exuli. ff. de mino. & l. fi. ff. de cal. quæ tamen responsio non tollit contrarium, quoniam non tollitur quin ille præsens & tacens non uideatur consentire ad sui utilitatem, & ideo probat contra communem, tamen saluando eam potes respondere, quod ideo ibi non acquiritur, quoniam implicat onus acceptanti, ut sentiunt doct. ibidem. & probatur ex sequenti oppositione. ut ibi dixi. num. 20.

177 Quarto contra † communem conclusionem facit, quia renuntiatio liti non ualet facta in præsentia partis, nisi iudex eā acceptet, uel expresse pars, & sic non præsumitur consentire ad sui utilitatē. Sed responderi potest quod renuntiatio litis non est ad utilitatem aduersarii, quia posset esse quod ipse haberet suas probationes paratas, & esset utile finiri per sententiam perpetuam causam inducentem, ideo cum possit esse ex causa onerosa nō præsumitur consensus, & sic potest euitari, licet generaliter considerando posset facere contra cōmunem opinionem. ut infra dicam.

178 Quinto contra † dictā conclusionē communem adducitur text. in §. si quis alii. insti. de inuti. stipulatio. ubi si quis promisit Titio quod dabit Sempronio non obligatur Sempronio etiam præsenti, & sic præsentia non inducit pactum. ergo ualet pollicitatio facta præsenti ex causa lucratiua. Respondetur quod ibi non fuit pollicitus Sempronio, neque intendebat ei obligari, ideo non causabitur obligatio neq; consensus, & solum consensus recipiendi solutionem, quæ responsio non tollit totum cantrarium, quia imo est animus obligandi, ex eo qꝛ propter præsentiā inducit̄ mandatū ut eā receptam restituat stipulatori, ut ibi no. glo. & sic probat quod causatur pactum

ctum. Tamen potest responderi alio modo quod nec etiam probat, quia si obligatur ergo est damnum, & potius uidetur facere quod præsens & tacens ad sui damnum uidetur consentire, ideo responsio patebit ex infrascriptis.

179 Sexto contra † dictam conclusionē uidetur tex. in l.j.§.si stipulanti.infra eod. ubi si quis interrogat ut sibi dentur decem, & ille respondeat dabo uiginti, uel si interroget sibi dari Stichum, & respondeat dabo Stichum & Pamphilum, stipulatio ualet in decem & in Stichum tantum, & non ualet in aliis decem neque in Pamphilo, ut nec etiam sit pactum neque nascatur obligatio naturalis, ut ibi concludunt docto. ergo probat quod pollicitatio facta præsenti ex causa lucratiua remanet pollicitatio & ualet. Respondet Niger quod ibi stipulans non intendebat obligare aliū nisi in decem uel Stichum, & ideo non uidetur cōsentire, quia deficit animus, quæ responsio nō tollit totam inductionem, ex eo quia licet non uellet facere stipulationem, tamen nō deficiebat animus ad pactum, ideo saltem deberet causari obligatio propter pactum. Sed replicari potest ꝙ quando quis intendit facere stipulationem non habet animum faciendi alium contractū. & ideo si deficit forma cessat omnis obligatio quia deficit omnis consensus, ut dicitur in.§.si quis ita. qui præcedit, & ideo non obstat, & ad illud quod inutilis stipulatio uel acceptilatio ualeat ut pactum respondent docto. ibi quod non apparet de ista præcisa uoluntate, ut ibi dicetur.

180 Septimo † contra dictā communē conclusionem facit diffinitio pollicitationis, quæ dicit eā esse solius offerrentis promissum, & sic est oblatio, & uerbū (offert) inducit præsentiā. l.Iulianus. §.offerri. ff.de actio.emp.& l.qui dicit, & l.si soluturus.ff.de solutioni.& auth.offerratur.C.de lit. contestatio. cū similib. quæ iura adducit hic Rippa num.22.& nō respondet, licet teneat cōmunē, tamē potes dicere ea non probare quod necessario requiratur præsentia. cum sufficiat eam fieri in iudicio, & postea notificari. l.qui decem.ff.de solutio. & no. in l.acceptis.Cod.de usur. & sic apparet quod communis opinio defendi potest.

181 Veruntamen † postea plenius considerando uidetur quod imo conclusio cōmunis non sit uera, & non bene probetur per iura allegata per doct. quę necessario implicant aliā rationē, quoniā tex. in d.l.qui patitur, & in dic.§.si passus. non tantum probant quod præsens & tacens uideatur consentire ad sui utilitatem, imo probant etiā quod uidetur consentire in eius damnum, cum ipse obligetur ex nouo contractu mandati, & teneatur efficaciter satisfacere illi fideiubenti. & hoc etiā probatur in dicto.§.si qui alii. insti. de inuti.stip. ubi præsens & tacens obligatur ex mandato, & idem dicitur in d.l.si filius familias.ff.ad Macedoni. ubi cōsentire uidet ad eius damnū. & propterea uidentur potius destruere aliā conclusionē, ꝙ imo præsens in eius damnum uidetur consentire.

Præterea contra cōmunē facit regula is, qui tacet. de reg.iur.in.6. quæ dicit, ꝙ qui tacet neq; fatętur neq; negare uidetur. nā taciturnitas est quoddam medium inter consentire & dissentire idest neque consentire neque dissentire, sicut nec uelle, & nolle est medium inter uelle & nolle ut not. in l.serui electione.ff.de leg.primo.

182 Propterea † fienda est conclusio contra cōmunē quod præsens & tacens in dubio nō uidetur cōsentire. neque in eius damnū neque in eius utilitatem d.l.is qui tacet, quia posset esse quod etiā quæ utilia sunt negligantur, cū etiam donationes non semper acceptentur ne obligetur ad antidora ad benefaciendū, & sepissime dona pauperū diuites acceptant. & sic remanebit ualida pollicitatio in dubio facta præsenti ex quacunque causa. pro qua opinione facit multum tex. in dict.l.ex pollicitatione. in sui generalitate, & alia iura supra per me ponderata, licet aliam postea dederim responsionem in uia disputatiua.

183 Nec obstant allegata † in contrarium. Et primo tex. in d.l.tale pactū. quia ibi præsupponitur eum acceptasse, qm̄ appellat pactū, sed solū dubitat an illud uerbū, profiteor te nō teneri, sit sufficiens ad inducendā promissionē efficacē. Non obstat text. in l.donationes.§.species. quia ibi erat acceptatio mariti in præsentia uxoris, & interueniebat actus naturalis traditionis factæ marito qui acceptabat, & acceptatione ipsius cū præsentia uxoris. unde cum illo actu extrinseco breui manu uidetur traditio facta filiæ, sicut dicitur in l.singularia. ff. si cer.peta. item præsupponitur ibi quod esset consensus filiæ, quod patet, quia ibi nō inducitur solus consensus, sed totus unus contractus donationis, & ibi solum erat dubitatio propter uerba prolata a marito quæ nō impediūt, tamen de consensu filiæ non erat ibi dubiū. non obstat. l.qui patit. ff.Mand. quia ibi interuenerat actus extrinsecus, quoniam uirtute mandati facti ab illo tertio consequtus erat uel pecuniā uel fideiussionē quam acceptauerat unde ibi inducitur nedum consensus de quo non dubitabatur quia erat expressus, sed inducitur nouus contractus mandati. & eodem modo respondetur ad l.si remunerandi. §. si passus, eo.tit. quia ibi ille tertius fideiusserat, & acceptauerat præsens fideiussionem expresse, & non est dubium quod acceptasset, & solū ibi infertur quod uidetur fecisse mandatū fideiubenti, taliter quod ista tria iura proprie nō probāt, quod præsens & tacēs uideatur consentire, quoniam in eis præsuponitur interuenisse uerū & expressum cōsensum in actu facto ad utilitatē præsentis, sed probāt ꝙ præsens & tacēs præsumitur cōsentire in eius damnū, & facere contractū obligatoriū. unde potius faciunt ad aliā regulā supra dictā positam, & uere in allegatione istorū triū iuriū (super quibus docto. fundāt hāc suā regulam) æquiuocāt expresse.

Non obstat tex. in l.filius ut dicebat Niger hic, quod est diuinare actū illū extrinsecū interuenisse, quia non apparet quod soluta fuerit pecunia. respōdetur quod imo illud probatur, ex eo quia in dicta l. qui patitur. præcesserat mandatum uel de dando pecuniam uel de fideiubendo, & unum ex istis est necessarium ibi quod erat acceptatum

alias frustratorium fuisset ibi mandatum, & sic interuenit ibi actus extrinsecus, & idem fuit in dic. §. si passus. de fideiubendo, & ille fideiusserat in quo actu ipse consensit & præsupponitur expressus consensus, quia solum dubitatur an uideatur postea fecisse contractum mandati.

Non obstat dicta l. filius familias. ff. ad Maced. quia ibi etiam interuenerant duo extrinseca, nam pater obligauerat actualiter rem filii, & scripserat se obligasse, atque etiam illam scripturam filius legit, unde cum non contra dixerit, neque signum fecerit quod sibi displicebat, uidetur consentiisse, & sic non fuit simplex consensus. item nec etiã iste tex. facit ad quod allegatur, cum ibi inducatur consensus prẹiuditialis, quod non potuisset esse nisi interuenisset actus extrinsecus, & hic omnia ista quatuor iura contradicunt dictæ l. filius familias. §. inuitus. de procura. & l. Gaius. ff. de pignori. quæ uolunt quod non uidetur quis consentire in eius damnum, & tamen in ipsis uidetur cõsentire, & solutio alia non potest dari nisi, quia interuenit actus extrinsecus q inducit p̃sumptionẽ istius cõsensus p̃iuditialis. sicut in d. l. Labeo. & l. itẽ q a. ff. de pact. & l. ij. & l. si creditori. C. de pact.

Non obstat cap. is qui tacit de reg. iur. in 6. ꝙ dicit ꝙ consentire uidetur, nã declaratur per dictas leges, ut dicatur ꝙ uidetur cõsentire si interuenit actus extrinsecus etiã in sui præiuditiũ, sed si nõ interuenit actus extrinsecus nõ prẹsumitẽ cõsentire per d. cap. is qui tacet. maxime si agitur de eius p̃iuditio arg. d. §. inuitus. & d. l. Gaius. & hãc opinionem tenet hic Alcia. licet nõ ita clara respõdeat dictis iuribus cõmunibus. & faciũt ea quæ latissime dixi in l. q̃ dotis. in fi. ff. solut matrimo. ubi est ꝓpria materia sua, & hanc conclusionẽ latioribus uerbis comprobari. ad quæ dicta me remitto.

184 Quare † concludendum est ressoluendo totã substantiã pollicitationis, quomodo & q̃ñ fieri possit quod aut fit absenti, & regulariter ualet quia non præsumitur consensus, quod etiam procedit si interuenit nũtius uel epistola. d. l. Charidemus. secũdũ uerum intellectũ, quia semper remanet pollicitatio, nisi appareat ꝙ fuerit acceptatạ epistola & lecta tẽpore quo tradita fuit. Si uero pollicitatio fit præsenti ex causa onerosa, & tunc adhuc remanet pollicitatio, quia non præsumitur consensus præsentis & tacentis. d. l. ex pollicitatione. ff. de pollicitationibus arg. tex. dict. l filius familias. §. inuitus de procurato. cum similibus. Si uero est facta præsenti & tacenti ex causa lucratiua, & tunc adhuc dicendũ est, quod non præsumitur consensus, & remanet pollicitatio, ut probatur in d l. j. de pollici & d. l. pactũ. eo. tit. ubi q̃ñ fit sine causa prẹsenti ualet pollicitatio, licet nõ producat obligationem, & durat, & nõ transit in pactũ, quãuis sit facta ex mera causa lucratiua. fallit tamen ubicunquẹ interuenit aliquis actus extrinsecus a quo possit causari præsumptus cõsensus tacentis, quia tũc desineret esse pollicitatio & transiret in pactum per iura supra allegata, nedum si tractaretur de eius utilitate, sed etiam de eius præiuditio etiam inter absentes, ut in eisdem dictum fuit.

185 Sed adhuc † succedit quarta dubitatio, an hæc pollicitatio possit fieri priuato cum qualitatibus supra narratis ut ualeat seu producat effectus efficaces, in quo etiam discordant docto. & quidam uidentur dicere quod sic, per text. in rubr. & Nigro. C. de dot. promissio. & nuda polli. & dicta l. fi. C. ad uelleia. & l. cum donationis. C. de transactio. & l. sciendum. §. dictum. ff. de ædil. ædict. & cap. cum iuramentum ex de homicidio. & Clem. j. de iure iur. cum simi. in quibus appellatur pollicitatio, & tamen facta fuit priuato. quæ allegat hic Ias. dicens responsionem promptam, quẹ solet ibi dari, ut pollicitatio ponatur pro nudo pacto, esse destructiuam illorum iurium, sed tamen ipsemet post multa in effectu tenet communem opinionem, quod pollicitatio nõ ualeat facta priuato, ut uoluit glo. prima in cap. scimus, 12. quæstio. j. quæ dicit spetiale esse in pia causa & fauore reipublicẹ ut pollicitatio ualeat. ergo regula est in contrarium. & idem dicit esse de iure canonico, sequendo Bar. in dicta l. cum quis. col. 9. & l. si diuisionẽ. in fi. C. fami. herciscund. & in l. si unus. §. pactis. ff. de pactis. & l. petẽs. C. de pact. cũ similib. unde in effectu uidetur residere cũ cõmuni, ꝙ in dictis iuribus pollicitatio ponatur ꝓ pacto nudo.

Niger etiam hic uidetur super hoc etiam insistere, & conclusionem facere, pollicitationem nõ posse fieri nisi in illis casibus separatis & positis in d. tit. de pollicitationi. nam de aliis casibus nõ habetur in d. tit. ponderãdo oẽs leges a principio usque ad finem illius tituli, & pollicitatio proprie sumpta non nominatur nisi in illis casibus, alii uero dederunt responsionem aliam supra traditam, quod pollicitatio constituatur ex consensu duorum, & possit fieri priuato, quam opinionem nos supra plene reprobauimus, demonstrando non posse procedere & contradicere iuribus loquentibus de pollicitatione & pacta.

186 Propterea † non est recedendum a communi * opinione, quod pollicitatio non potest fieri priuato, & ratio est principalis, quia continet uoluntatem unius tantum, ut etiam supra firmaui, quæ sola non potest producere aliquam obligationem, neque in ea potest causari æquitas fidei seruandæ, quoniam duorum uoluntates ad fidem seruandam requirantur, ut sit qui præstet, & sit alius qui acceptet. l. j. in fin. digest. si cert. petat. ibi, alienam fidem secuti. & l. non amplius. §. is natura debet. ff. de reg. iur. cum aliis supra traditis cum Socci, nec obstant dicta iura, quia responsio communis est uera quod ibi pollicitatio capitur pro pacto nudo, ex eo quia pollicitatio est nomen generale conueniens omnibus contractibus, sicut promissio & spõsio, & ideo in materia communi omnibus demõstrat omnes contractus, & si materia est pertinẽs ad solos contractus, in dubio denotat pactũ nudum, sicut & pactũ in genere, & si conueniat etiam pollicitationi simplici denotat simplicem pollicitationem, sed quoniam dicta iura loquuntur in materia contractuum, cum tractetur de consensu duorum, ideo denotat pactũ nudũ. Non obstat l. cũ donationis, quia

quia etiam quod teneas ibi poni pollicitationem propriam, tamen quia non ualet non contradicit communi conclusioni, & debes dicere ex sua natura non ualere, non propter turpem causam, ut ibi glo. intelligit. melior tamen est intelligẽtia quod ibi significet pactum nudum, quoniam inter præsentes & acceptantes erat facta, tamen non seruatur per rationem positam ibi. ex quibus omnibus habes plene declaratam materiam pollicitationis pertinentem ad substantiam suam, & ualiditatem, quæ requirantur ad eam inducendam, & quomodo & quando fieri possit ualide in quo tantum uariauerũt docto.

Vnde ne inanis fuerit tantus labor, uidendum est quos effectus pollicitatio producat, in quo cõmuniter resſidere uidẽtur docto ꝙ pollicitatio regulariter nõ ualet, quia nõ potest fieri priuato, fallit fauore reipublicæ ut in iuribus pene omnibus illius tituli. fallit fauore piæ causæ. l. si quis rem. ff. eod. tit. & per glo. in cap. scimus. xii. q. j.

187 Sed tu plenius † dicas considerando tres casus principales, Primus est quãdo pollicitatio fit priuato, & in eo communis* est conclusio, quod non ualet, & nullum producit effectum, in tãtum quod neque nascebatur naturalis obligatio de iure gentium secundum communem opinionem supra sæpius firmatam. quæ ampliatur procedere etiã de iure canonico, quoniam semper cessat æquitas fidei seruandæ quæ non potest induci ex uoluntate unius tantum. quamuis Alcia. hic, & Abb. in capit. qualiter. ex. de pact. uideatur tenere contrariũ, tamen uere nullo iure probatur, nec obstat tex. in dicto cap. qualiter. quia ibi uerbum (promissum) nõ potest importare nisi conuentionem duorum, cũ fuerit positum sub rub. de pact. in qua non potest uenire pollicitatio, cum differat ab eo, & semper requirat consensum duorum. dicta l. pactum. ff. de pollicita. & uerbum (promissum) cum sit generale, intelligitur secundum subiectam materiam. arg. l. si uno. ff. loc. nec cõtradicit tex. in cap. j. eod. tit. qui loquitur expresse de pacto, ergo dictum capit. tertium ne sit superfluum debet intelligi de pollicitatione, quia respondetur hoc non posse inferri, quoniam subiecta materia est ibi de consensu duorum, & sine uiolatione potest ponere nouam decisionem comprehendendo contractus innominatos, de quibus etiã tractatur in dicto tit. & facit cõclusionẽ notabilissimã, ꝙ contractus innominati debẽt obseruari sicut nominati, siue incipiãt a cõuentione siue a traditione, quoniam in eis nõ habet locum pœnitentia de iure canonico ut supra declaraui plene, & est not. & ualde rationabilis intellectus, & non concludit de pollicitatione.

Nõ obstat tex. in cap. quotiens cordis. cũ glo. j. q. 7. quia ille tex. loquitur de pacto, qm̃ ille loquitur de iurãte in manibus Papæ nomine beati Petri, & cũ sit eius Vicarius, ꝑ mediũ Papæ dicitur facere pactum cum Petro, & eidem iurare. ut habetur in cap. licet. ex. de foro comp. & per personam alterius ex æquitate iurisgentium potest unusquisque pacisci cum absente, sicut per nuntium uel epistolam, quia repræsentatur persona absentis. uel saltẽ de iure canonico interueniente iuramento.

Secundo ampliatur procedere etiã ꝙ super pollicitatione iuraret, licet docto. uideãtur tenere cõtrariũ ꝑꝑ uim iuramẽti, tamẽn eorũ opinio procedit tantũmodo qñ materia est habilis ad ꝓducendã obligationẽ ut statim dicam. & ꝓcedit casus supra positus, sed qñ nõ est apta ad producendã obligationẽ. iuramentũ non ualidat contractũ imo intelligitur secundũ naturã ipsius. l. fi. cũ materia. C. de non nu. pecunia. & si tu obstinate uelles dicere iuramentũ operari obligationẽ, tunc egrederemur terminos, quia causaretur pactum, & non diceretur pollicitatio ualida facta priuato.

Ideo cõclusio est generalissima, ꝙ pollicitatio facta priuato nullo modo neq; nullo iure ualet, qm̃ est uoluntas unius tantũ, quæ nõ continet in se æquitatẽ fidei seruandæ, sed si euenisset ꝙ ad instigationẽ illius cui est fauẽdũ promissio esset facta, tũc nec etiã pollicitatio ualeret, quia interueniẽte instigatione cessat solius offerrẽtis promissio & incidimus in pactũ, & tũc ualeret ut pactũ nõ autẽ ut pollicitatio de qua nos loquimur.

188 Secundus casus est † ubicunq; pollicitatio fit reipublicæ in quo conueniunt oẽs quod si fiat ob honorẽ ualet pollicitatio etiã in præsẽntia. & ꝓducit obligationẽ ciuilẽ & actionẽ, nõ obstãte ꝙ uideatur correspectiua, & nõ adimpleuerit ciuitas pro parte sua qm̃ ita mandauit lex, sicut & in cõtractibus nominatis. Si autẽ ꝓmittat ex causa necessaria, propter casũ, ruinã, uel naufragiũ, adhuc etiã ualebit & producet ciuilẽ obligationẽ & actionẽ l. ob causam. & dicta l. ob pactum. ff. de pollici.

189 Si uero † fiat sine causa, & tũc ualet, sed stat in suspenso ut nõ ꝓducat obligationẽ nisi ceperit. l. j. §. cepisse. ff. de pollicitationib. sed addere potes si interuenisset iuramẽtũ ante ceptũ opus obligaretur, ex eo quia cũ materia sit habilis, iuramẽtũ perficit obligationẽ, quia demonstrat enixã uolũtatẽ. l. cũ pater. §. filius matrẽ. ff. de leg. ij. & ad perficiendã dictã pollicitationẽ requiritur sola perseuerantia uoluntatis, quæ demonstratur per ceptũ opus, quam perseuerantiam demonstrat etiam iuramentum, ideo statim ualebit.

190 Sed † dubitari potest, an in hoc casu nascatur naturalis obligatio. docto. uidẽtur uariare & non expresse determinare, tamẽ uidẽtur cõcludere ꝙ nulla nascatur. per dictã l. pactũ. ibi, quasi debitũ, ꝙ non esset si esset nata naturalis. l. fideiussor. §. fideiussor. ff. de fideiusso. & hoc mihi placet, quia semper militat ratio quod est uoluntas unius, & non militat æquitas fidei seruandæ. Sed tamen ex alio capite potest dici quod nascatur naturalis, quia cum lex ciuilis mandet eam seruari, inducitur præceptum, ut maioribus pareamus, a quo præcepto potest nasci naturalis, & sic non nascitur naturalis ut fidem seruemus, sed naturalis ut maioribus pareamus, si tamen in dictis casibus interuenisset instigatio reipublicæ, & promissio facta fuisset eidem præsenti, uel per epistolã, tunc nasceretur omnis obligatio, quia transiret in pactum, & esset uerum pactum a lege uestitum, & haberet plenam

efficaciam.per no.in l.legitimam. ff.de pact.& nõ essemus in terminis pollicitationis,quæ debet esse solius offerrentis promissio.

191 Tertius † casus est, quando pollicitatio fit ex causa pia,& tunc aut est uotum pro consequenda sanitate, & omnimodo ualet, & producit ciuilẽ obligationem & actionem,

192 Idem † esset quando fecisset promissionem ecclesiæ ingrediendo religionem, quia uideretur fecisse pro salute animæ, & diceretur pollicitatio ob honorem plenissimum & immortalem.

193 Sinautem fieret † promissio de dando aliquid ecclesiæ simpliciter, & esset aditum, pro anima sua, adhuc ualeret, quia esset facta ob honorem immortalem. Sed si simpliciter promitteret ut uolo facere ecclesiam, uel dari bona pauperibus & aliquid facere ecclesiæ, non produceret obligationem nisi post ceptum opus. & ita debet intelligi glo.in l,illud.Cod.de sacr. sanct. eccles. & dictum cap.scimus.12.quæstio.j. nisi esset appositum iuramentum,quod denotaret perseuerantiã,

194 An autem † nascatur naturalis, potest dubitari ut in præcedenti casu, sed magis placet quod non nascatur illa,ut fidem seruemus, sed bene nascetur alia ex illo præcepto (ut religionem seruemus)& etiam alia spiritualis cum Deo, & hoc si non præcesist instigatio. Sed si.Præcessisset, cum desineret esse pollicitatio, & efficeretur pactum quod efficax semper esset, saltẽ de iure canonico per cap.primum.ex.de pact. quębene nota, quia doct. ea confundunt, & sæpius æquiuocant, & difficultauerunt hanc materiam.

Ex quibus potes dari resolutio ad alias similes quæstiones respicientes materiam pacti,suplendo

195 ea quæ supra diximus de pactis † & primo utrum pactum posit fieri præsenti cuius resolutio depẽdet multum a pręcedentibus tamen plenius resoluendo diuidas quæstionem in duas partes. Aut enim motu proprio quis promisit,Aut ad instigationem alterius, Si motu proprio promisit præsenti & tacenti ex causa onerosa,& tunc non præsumitur consentire, ideo in dubio non inducitur pactum deficiente consensu duorum, sed inducetur pollicitatio respectu formę quæ erit nullius effectus facta priuato,sed in promissione facta rei publicæ uel ex causa priuata poterit ualere,secundum distinctionem prædictam. Si uero fiat præsenti & tacenti ex causa lucratiua, & tunc doct. * communitet*tenent quod inducatur pactũ, quia præsens & tacens uidetur consentire ad sui utilitatem, & ideo cessabit forma pollicitationis, sed secundum opinionem supra firmatam non inducetur pactum,quoniam non præsumitur consentire, sed potius remanebit forma pollicitationis, quæ in priuato nullius erit effectus, & in republica & pia causa poterit ualere secundum distinctionem supra positam. Sin autem promissio facta fuerit ad instigationem alterius, & tunc siue fiat ex causa onerosa siuę ex causa lucratiua tunc inducetur pactum, quia instigatio demonstrat uoluntatem acceptandi, sicut infra dicemus de interogatione in stipulatione,& ideo nunquam erit forma polli-citationis,& idem etiam erit ubicunque interuẽnit aliquis actus extrinsecus inducens præsumptionem consensus, ut in dicta l.qui patitur,& l. si remunerandi.§.si passus.ff.Mand. & l. donationes.§.speties.de donatio.& l.filius familias. ff. ad Macedo.cum similibus.

196 Secunda † etiam potest decidi quæstio utrum pactum posit fieri absenti. nam aut est facta promissio eodem modo promissio scilicet aut est facta sine instigatione seu motu proprio, aut cum instigatione ad instantiam partis. Primo casu aut promissio fit absenti cũ nuntio uel epistola,& tunc si antequam perueniat ad eum cui uult acquiri per ipsum reuocetur mittendo alium nuntium qui reuocet, & tunc nullum inducetur pactum, neque etiam pollicitatio, quia desinet esse offerrentis promissio per reuocationem, quam libere potest facere antequã ius quęratur alteri.per l.si quis in principio testamenti. ff.de leg. tertio.

Si uero nuntius uel epistola perueniat ad eum cui facta fuit promissio,& tunc an sola lectura uel relatio nuntii inducat consensum potest dubitari & tex.in l.Charidemus.ff.de pollicitatio.infert ꝙ ex sola lectura,& relatione nuntii non inducitur obligatio. Tamen in contrarium facit dicta l.filius familias.ff.ad Macedoni. Placet tamen ut dicamus,quod si est ex causa onerosa non præsumatur consensus & remaneat forma pollicitationis sine effectu, quoniam idem est ac si esset facta in præsentia. Si uero est causa lucratiua, tunc propter illum actum lecturæ uel relationis potest dici quod inducatur consensus,& efficiatur pactum quia aliquid plus interuenit quam præsentia, & requiritur contradictio, aut uero promissio est facta sine nuntio uel epistola,& tunc non ualebit ut pactũ,quia non præsumitur consensus.ut per glo. in l.ex consensu.ff.de actio.& obligatio. sed poterit ualere ut pollicitatio, cum sit solius offerrentis promissio, quæ tamen in priuato remanebit inutilis,& in republica & ecclesia remanebit ualida.l.si quis rem.&l.pactũ.& l.ex pollicitatione.ff. de pollicita. secundũ intellect. doc.qui præsupponũt ꝙ ibi pollicitatio fuit facta absẽti reipublicę.

197 Fallit † tamen ubicunq; interuenit aliquis actus extrinsecus inducens præsumptionem consensus. ut in l.ij,& l.item quia.ff. de pact. & l. secunda & l.si creditori.Cod.de pact.uel interuenit actus factus circa rem alterius,ut in omnibus quasi contractibus positis in tit. inst. de obligationi. quæ ex quasi contractu nascuntur. propter quẽ lex causat quendam legalem consensum uel nisi interueniat aliqua causa fauorabilis ut lex fingat consensum,iuxta.l.j.§.accedit.Cod.de rei ux. actione. in quibus omnibus casibus inducitur tacitum pactum, quod habet tres species, uel quia habet naturalem consensum præsumptum, uel quia habet legalem consensum,uel fictũ,secundum ꝙ dixi supra in quæstione de pacto,& plenius in rub.Cod. de pactis.in quibus omnibus casibus pactum inducitur etiã ex promissione facta motu proprio, seu actu facto motu proprio, & cum sit pactum deficiet forma pollicitationis, & cessabit etiam

facta

facta inter absentes.

Sinautem eueniat quod ad instigationem alterius facta fuerit promissio,&tunc si epistola uel nũtius perueniet ad eum præsumetur statim consensus,& erit pactum,sed si esset promissio sine nũtio uel epistola,non obstante instigatione, remaneret forma pollicitationis propter absentiā,quæ in priuato esset nullius effectus,& in republica & ecclesia remaneret ualida,sed si actus extrinsecus ad instigationē fuisset factus,tũc omnimodo esset pactũ,quia fortius cõstaret de cõsensu. dicta. l.ij. &.iij. ff.de pactis.& l.ij.&l.si creditori.C.de pact.

Et propterea habes decisos omnes casus qui possunt contingere in forma pollicitationis & pacti.& summa est, quod quando non interuenit consensus duorum est forma pollicitationis, quando uero interuenit cõsensus duorum, secundum uaria contingentia supra relata, tuncreputabitur pactum, quia interueniunt necessaria ad illud, & uerificantur illę duę diffinitiones positę in.l.pactum.ff. de pact.& habes quod non semper pactum fit interueniente nuntio uel epistola,quia oportet quod interueniat consensus tempore receptionis nuntii uel epistolæ.cum si post negligentiam factam tempore relationis uellet acceptare non posset fieri pactum tanquàm corruente promissione, quæ omnia procedunt etiam quando paciscens ex motu proprio iurasset obseruare, quia tunc non causaretur consensus alterius partis,& solum posset induci perseuerantia quædam in pollicente, quæ tamen non perficiet pactum, nisi interueniat consensus.

198 Sed succedit † tertia dubitatio, quæ sit uirtus pacti nudi,de quo dictũ fuit in præcedentibus cũ Soccino,sed plenius resoluendo totum articulum, dicas quod de iure gẽtium habebat executionem manu regis, sed de iure ciuili non recepit executionem regulariter, ut produceret obligationē & actionem ciuilē,quoniam lex nequè assistit neque ressistit, & permittit tantummodo producere effectus iuris gentium obligationis & exceptionis naturalis.dicta.l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de pact.& est communis * opinio,cui additum fuit, quod cum exceptio sit de iure ciuili respectu formæ potest dici quod ius ciuile approbauit factum quantum ad excipiendum, non autem quantum ad agendum.

199 Sed tunc † succedit difficultas,quæ fuerit ratio mouendi ius ciuile ut in cæteris contractibus uoluerit obligationem nasci,& dederit actionē, nõ autem in pacto nudo. Bal.hic col. j. no.dicit hoc fuisse inductum, quia non præsumitur paciscens habere animum se obligandi,quoniam multi multa promittunt, credentes amicos nõ acceptare,& si putassent eos acceptare non promisissent,unde solet dici prouerbium qui omnia offert nihil uult dare, & sequitur Paul.de cast.quod etiam procedit de iure canonico,quando quis multa generaliter offert. ut in cap.cum uenissent. & ibi Abb. notat.ex.de insti. maxime quando ex quadam occasione causatiua fit timens ne aliquid sibi auferatur uel non concedatur generaliter promittit. ut in dicto cap. cum uenissent.

200 Sed † Bulga.& Crotus reprehendunt,quia sequeretur quod si extrinsecus constaret paciscentem habere animum se obligandi, uel si interuenisset instigatio quæ solet demonstrare animum paciscendi, sicut infra dicetur de interrogatione in stipulatione, quod tunc nasceretur actio & obligatio de iure ciuili ex pacto,quoniam cessaret dicta ratio,quod tamen est falsum, quia generaliter ex nudo pacto nascitur obligatio & actio ciuilis. itē & secundo obstat,quia si non præsumeretur habere animũ promittēdi, nec etiam deberet obligari naturaliter,quia cessaret æquitas naturalis ut cogeretur soluere quando crederet amicum non acceptaturum, nec fidem diceretur frangere, nequè fuisset concessa manus regia, sicut nec etiam fuit concessa ex pollicitatione, nequè etiam fuit concessa de iure canonico in dicto cap.cum uenissent.item, & tertio facit, quia si in instrumento fuisset dictum, tales conuenerunt præhabita magna deliberatione,quod tunc ex tali pacto de iure ciuili competeret actio & obligatio, quod tamen est falsum ex generalitate tex.in dicta l.iuris gentium. §. sed cum nuda. ff. de pact.

Propterea secunda allegatur ratio per Paulũ de castro dependens tamen à præcedenti,quod in multis pactis pręsumitur indeliberata promissio, nã licet habeat animũ promittendi,tamen nimis assensit ductus, & cupiditate promisit, & ad promittendum ex nimia læuitate peruenit,& ideo in contractibus qui incipiunt a datione rei competebat actio,quia non potest faciliter quis dicere quod non habebat animum dandi, sicut dicere quod non habebat animum promittendi. ut no. in rub.ff.ad uelleia. & hanc rationem communiter tenent Docto. hic.Sed tamen hæc ratio nequè ex toto tuta est, nam uidetur quod si appareret de deliberatione quod ipsa cessaret,& ideo deberet ex pacto nudo tunc competere actio,quoniam cessante causa cessat effectus.cap.cũ cessante.de appellationibus.ut si in instrumento fuisset dictum, quod præhabita magna deliberatione ita conuenerunt, uel etiam si quis interrogatus annuisset, uel post aliquod interuallum respondisset,uel de instigatione præcedente constaret,nam tunc præsumeretur deliberate respondere, & deberet competere actio,sicut dicunt Docto.de stipulatione, quod tamē est falsum ut dictum fuit.ut est tex. cũ glo.in l.iurisgentium. §. quod ferè.ff.de pact. neque etiam de iure canonico esset iustum quod daretur actio quando ex læuitate promitteret, sicut & ius canonicum recipit exceptionem uelleiani in muliere non interueniente iuramento propter præsumptam læuitatem.ut no.in cap.cum contingat.de.iur.iuran.& in auth.sacramēta puberũ.C. si aduers.uenditio.de minore faciente contractũ.

201 Sed tamen † quia in prædictis locis non reperitur alia raito per doc.assignata,nos possumus eã tenere cum modificatione & supletione, considerando quod ius ciuile animaduertens dictas promissiones ex pacto nudo plærunque indeliberate fieri & ex nimia læuitate, & propterea sæpissime

causari damna promittentibus, ideo uolens prouidere ne ex læuitate homines paterētur damnum, non obstante quod aliquando eueniret promissiones fieri cum deliberatione, ne tamen contingeret quod in aliquo casu indeliberate promittens cogeretur soluere, fecit generalem prohibitionem, quod ex pactis nudis non nasceretur actio, non curando quod aliquando potuisset deliberate promittere, quoniam tunc possit imputari creditori quod nō procurauit fieri contractum efficacem. sicut in simili habetur in l. j. ff. de postulando. ubi propter Calphurniā improbam mulierem, quæ sine decore muliebris sexus aduocabat pro aliis factum fuit ædictum generale ne mulieres possent postulare pro alio, nam licet sciret multas honestas mulieres posse moueri ad faciendum illud officium postulationis, tamen ne eueniret quod aliqua postea impudica illud faceret, uoluit generaliter prohibere omnes mulieres postulare. ita ius ciuile ne eueniret ut per incōsideratam promissionem quis aliquando paterētur damnum, generaliter noluit dare obligatiōnem neque actionem pacto nudo, & hæc solet appelari causa impulsiua in legibus, sine monens disponentes ad faciendum leges, non autem est causa finalis, ut cessante ea debeat cessare dispositio, & sic, ratio assignata per doct. fuit impulsiua nō finalis, & sufficit quod concludat à communiter accidentibus, siue plærunque.

202 Non obstat † quod de iure canonico non debuisset dari actio, quia licet ius canonicum sciret hāc indeliberationem posse contingere, tamen quia erat incertum an ita esset, & quod non solēt homines ita indeliberate moueri ad promittendum, elegit uiam securiorem pro anima, ut potius cōgatur indeliberate promissa soluere quam deliberata in peccato retinere, iuxta tex. in cap. iuuenis ex. de sponsalib. cum glo. magna ibi, quā sequitur Abb. & communiter doct. & sic apparet quod hæc ratio substantialis est & concludens, licet possit euenire quod sit præsumptio, uel etiam firmā probatio deliberationis præcedentis.

203 Et propterea † succedit modo, quod si à communiter accidentibus erit presumpta deliberata promissio, quod tunc competet actio de iure licet aliquando indeliberate quis possit promittere, ut si forsan interueniat aliquod extrinsecum ostēdens deliberationem regulariter præcessisse, ut si forsan fecisset pactum super traditione rei, uel illud etiam fecisset super contractu nominato, qui semper præsumitur cum deliberatione factus, tūc pactum producit actionem interueniente uestimento traditionis, uel ipsius contractus, uel alio simili uestimento, de quo habetur in dicta l. iuris gentium. §. quinimo. ff. de pact. uel saltem sint illa quatuor seu unū ex illis ad quæ ego reduxi tota uestimentorum materiam in l. petens. C. de pact.

Vnde habes primam limitationem ad regulā cum sua ratione firmatam, quod ex pactis non nascitur actio, ut non procedat regula quando interuenit aliquod ex uestimentis traditis in dicto. §. quinimo.

Secundo limitatur non procedere in casibus in quibus sola pollicitatio producit actionē, quos in materia pollicitationis posuimus, nam à fortiori si quis cum republica fecisset pactum ob honorē, uel ob necessitatem, uel aliam utilitatem reipublicæ, uel fecisset pactum cum ecclesia, ut daretur aliquid pro anima, uel pro pia causa, nam tunc ex tali pacto omnimodo competeret actio, tanquam fauor reipublicæ uel religionis dicatur inducere nouum uestimentum pactorum, cum si ex pollicitatione quæ debilior est, & quæ non potest introducere obligationem naturalem competat obligatio & actio. dicta l. ex pollicitatione. & l. pactum. fortius poterit competere interueniēte pacto & cōuentione inter rempublicā & paciscentē.

204 Tertio † limitatur non procedere de iure canonico. per tex. in cap. primo. ex. de pact. secundum communem intellectum ibi firmatum per canonistas, & sequuntur etiam hic legistæ. sed tamen circa hanc limitationem insurgit difficultas necessario discutienda.

Vtrum ius canonicum producens actionem ex pacto nudo debeat seruari etiam in foro ciuili, & quod debeat seruari facit, quia ubicunque sumus in materia peccati ius canonicum contradicens iuri ciuili præualet & seruari debet etiam in foro ciuili, ut habetur in cap. fina. ex. de præscriptionib. & uidemus in materia matrimoniali ius canonicum seruari in utroque foro, ut inquit glo. in §. j. inst. de nup. & in materia usurarū prenalere, ut per glo. in auth. de ecclesiasticis titulis. §. j. & Abb. late no. in de cap. fi. de præscriptio. & sequuntur communiter * Docto. propter illam rationem quod Iustinianus subiecit leges suas sacris canonibus. cap. clericus. ex. de foro comp. & in dicta auth. de ecclesiasti. tit. & in auth. ut clerici apud proprios episcopos. & in cap. j. de iur. calumn. & late per ias. in l. j. C. de Summa Trini. & fi. Cato. & Imo. in d. cap. fi. de præcriptio. qui ampliat procedere etiam quādo ageretur de peccato ueniali. arg. glo. in cap. possessor. de reg. iur. in 6. sed quando aliquis promisit (licet ex pacto nudo) non seruando promissionem & frangendo fidem dicitur peccare, & ne moretur in peccato lex canonica uoluit actionem competere, pro quo facit etiam quod uoluit Bar. in extrauag. ad reprimendum. in uerbo per denuntiationem, qui dixit quod de naturali debito potest fieri denuntiatio propter peccatum, & episcopus æquitatem seruando, ne moretur in peccato, potest eum cogere ad obseruantiam, & habetur etiam per Inno. in cap. nouit. de indi. ubi per omnes.

Sed tamen pro alia parte, quod imo non seruetur ius canonicum in foro ciuili super pacto nudo facit, quia uidetur quod ius ciuile motū fuerit probabili ratione, ne quis indeliberate promittens cogatur soluere, & habeat damnum, & sequatur inconueniens, quod alter locupletetur cum aliena iactura, & uidetur quod laicus sit tutus clypeo iuris ciuilis, & non dicatur peccare, quia non peccat qui authoritate legis actum facit. l. Gracchus. ff. de adul. cap. is qui peccat. 23. q. 4. propter quam

quam rationem docto.hic sunt uarij. & multum dubitabiles.

205 Niger hic late insistens† post multa (licet dubius) inclinat quod in foro ciuili debeat seruari ius ciuile,& ad contrarium respondet,quod regula illa ut ius canonicum in materia peccati debeat seruari in foro ciuili, procedat quando ius canonicum dispositionem firmam facit,secus autem quando debiliter disponit, ut quando excitat officium iudicis ecclesiastici, ut est in casu dicti capituli primi,quod disponit pro pacto nudo competere officium iudicis.ut per Areti.in consi. 48.reuocatur. col.ij.quam opinionem dicit communem * & per eam concludit quod cum capitulum cum haberet.de eo qui duxit in matrimoniũ. simpliciter excitet officium iudicis non debet habere locum in foro ciuili, quamuis simus in materia peccati,determinans quod pater in foro ciuili non tenetur alimentare spurium.

206 Sed hanc responsionem† reprehendit hic Alci. quia contra Aretin. est communis opinio, ut per Præpositum in dicto cap.cum haberet.Ange.in §. fi.insti.de iur.na.Socci.consi.161.col. 1. præterea non est uerum quod pro pacto nudo competat solum officiũ iudicis, quia imo ex eo nascitur actio de iure canonico secũdum magis communẽ *opinionem.

207 Vnde secunda † datur responsio, quod dicta regula non procedit quando lex non assistit neque resistit, quia tuncnon dicitur peccare authoritate legis, sed hanc reprehendit Alcia. hic quia ius prætorium quod est pars iuris ciuilis assistit pacto.l.iurisgentium.§ prætor.ff.de pact. & responsa prudentum sunt pars iuris ciuilis. §. Responsa prudentum.insti.de iur.na.& ea expresse resistũt. per dictam l.iurisgentium.§.sed cum nulla, præterea siue assistat siue non assistat ius ciuile, semper militat ratio,quod non adimplens dicitur peccare.Ideo ius canonicum seruari debet etiam in foro ciuili.unde tertia datur responsio, quia lex ciuilis præsumit in considerationem in offerrente ut supra diximus,ergo non dicitur peccare, immo alter peccat,quia locupletatur cum aliena iactura.sed hanc etiam reprehendit Alcia. quia lex canonica non admittit hanc præsumptionem iuris ciuilis.& præsumit contrarium, & semper capit tutiorem partem pro anima,ego sicut capitulum iuuenis.de spons.seruaretur in foro ciuili,ita etiam quod detur actio in foro ciuili, ut euitetur peccatum.

208 Quare†ipse quarto loco respondet, quod aut agitur de damno euitando respectu eius cui fuit promissum per pactum, & casus non habet difficultatem, quia etiam de iure ciuili datur actio.l. eleganter. §. seruus pactionis.ff.de dolo. Aut non agitur de damno,& tale mendacium non est peccatum mortale. capitu. utilem. & cap. primum, in fi.22.quæstio.2.& ubi agitur de peccato ueniali non seruatur ius canonicum in foro ciuili,quicquid dixerit Imo.qui allegat tex.in cap.fin. quod loquitur de peccato mortali.& in cap.nouit. ext. de iudi.est idem.& est de mente Alex.in l. quia tale.§.eleganter.in prima col.ff.sol.matri.quæ solutio nihil noui affert, attẽto,quod si de iure ciuili competit actio, frustra dubitamus,& idem quando est peccatum ueniale,sed dum ipse dicit quod in pacto nõ agitur de damno,non bene loquitur, quoniam quando quis promisit dare uel facere aliquod habens commodum pecuniariũ, semper dicitur peccare,& tamen de iure ciuili indistincte non datur actio.& in toto tit.ff.& C. de pact.tractatur de illis quæ continent commodum pecuniarium,& non obseruãdo alter incurrit damnũ, & ideo docto. uolunt quod pro illis competat actio in d.cap.j de pact. & detur denuntiatio euangelica.ut per Bar.in extrauagan.ad reprimendũ. in uerbo.per denuntiationem.& tex.in d.cap. utilem. loquitur de mendacio dicto ad alium finem non continentem commodum pecuniarium, ut fuit in Paulo q propter necessitatẽ fuit excusatus.

209 Propterea ego puto contrariam † opinionem tutiorem esse,quod imò ius canonicum super pacto nudo debeat seruari etiam in foro ciuili, ut euitetur peccatum,quoniam in ueritate ratio de inconsideratione non euitat peccatum, quoniam illa non præsumitur in hominibus sanæ mentis, &si appareret,posset competere exceptio per quã se defenderet,& admitteretur ne alter locupletaretur cum aliena iactura, & hoc considerauit ius canonicum,quod raro reperitur talis inconsideratio, & quod parum interest an præcedat interrogatio & sequatur responsio,uel interueniat alter tractatus seu instigatio,uel etiam sit libera uoluntas donandi,nam semper militat ratio fractionis fidei,& per eam,quod dicitur peccare,&si hæc præsumptio inconsiderationis fuisset fortis, ius canonicum non dispoluisset in illo concilio generali quod tale pactum seruandum esset, neque de iure gentium nata fuisset obligatio naturalis, neque manus regia præstita fuisset, cum nos uideamus quod ante ius ciuile omnia penè negotia expediebantur per ius canonicum, sed quoniam ius ciuile introduxit suum nouum contractum stipulationis cum illa forma interrogationis & respõsionis, non curauit dare executionem suam pacto nudo.

Præterea nos uidemus quod de iure ciuili pactum est efficax propter exceptionem,& datur retentio dicto.§.sed cum nulla.& l.si unus.§.pactus. ff.de pact.ergo hæc ratio inconsiderationis nõ est potens,quia per retentionem ita locupletatur cũ aliena iactura sicut præstando actionem, & uere non potest assignari ratio differentiæ inter exceptionem & actionem quantum ad materiam peccati,& ideo tutior est opinio &in dubio tenenda, quod etiam in foro ciuili debeat indistincte ius canonicum seruari.

210 Et hanc† partem uidetur amplexa consuetudo, quia nunquam recolo audiuisse exceptionem pacti nudi admissam esse neque forsan allegatam, & passim in consi.Neapolitano executio datur, quoniam hæc subtilis differrentia pacti nudi & stipulationis non cadit in sensum uulgi, & in practica quoque raro potest contingere, quoniam si sunt

scripturæ publicæ semper stipulatio est apposita, & si notarius non apposuisset, tanquam de consuetudine ommissam posset eam propria authoritate ponere, ut per Nigrum late defendentem. infra nu. 120. & Ias. in l. ut liberis. col. 3. C. de colla. & Decium in cap. cum M. Ferrariensis. de consti. per l. quod si nolit. §. qui assidua. ff. de ædi. ædicto, & si apodixæ fiant inter mercatores executio datur in foro mercatorum ut dictum fuit, & in aliis apodixis nec etiam solitum est fieri talem oppositionem, & solom fuit unus scholaris qui opposuit Bononiæ, & condemnatus fuit. & propterea apparet quod tantus labor Iurisconsultorum super executione pactorum euanuit.

Potest tamen dubitari, quid si statutũ est quod quando est discordia inter ius ciuile & ius canonicum quod seruetur ius ciuile, prout reperitur Bononiæ, quod fuit a Papa confirmatum, an tunc denegaretur actio ex pacto nudo, & quasi uideatur dispensasse Papa & multum urgent uerba statuti quod debeat seruari ius ciuile. tamen adhuc puto concedendam esse actionem, quia illud statutum recipit restrictionem, nisi militet ratio peccati, & sicut in materia matrimonij, usurarum, & præscriptionis, non attenderetur, ita etiam neque in hoc casu, ac nec etiam præsumeretur Papam super eo dispensasse nisi specialiter expressisset, & ita habes generalem conclusionem, quod hodiernis temporibus pactum nudum est restitutum ad antiquum ius gentium, cogita tamen.

211 Tertium est† cõstitutum quod a iure prætorio fuit inductum. nam cum ius ciuile in multis partibus appareret nimis rigorosum, & etiam in practica in aliquibus appareret damnosum, data fuit potestas prætoribus (licet essent ministri iuris ciuilis) ut possent ex iustissima causa facere edicta contra ius ciuile, & etiam ad confirmationem iuris ciuilis, iuxta no. in rub. C. qui admitti. & in specie in materia contractuum & obligationum multa introduxit. l. j. & l. iurisgentium. ff. de pact. & l. j. cum octo legibus sequenti. ff. si cer. peta. & insti. de actionibus. §. aliæ. & in proposito nostro introduxit hoc constitutum, quod differt a pacto nudo secundum docto. quia constitutio est contractus nominatus institutus a prætore cum sua forma ut præcedat aliqua obligatio sua uel alterius, & quis constituat se soluturum illud quod ipse debet uel alter, l. j. ff. de consti. peccunia. qua forma interueniente appellatur contractus nominatus, & habet efficaciam spetialem, ut per Bar. in l. iurisgentium. §. igitur nuda. in fi. ff. de pact. quem sequuntur cõmuniter* docto. & de eo habetur in l. j. & per totum. ff. de consti. pecunia. & in le. j. & 2. C. de constit. pecunia. & in §. de constituta. insti. de actionibus. & potest ita diffiniri.

Constitutum est conuentio qua quis se soluturũ constituit quod per se uel per alium debetur, a iure prætorio formam & efficaciam ex utilitate assumens, & quia certam formam recipit separatã a cæteris pactis & contractibus, appellatur (ut dixi) contractus nominatus conuentio legitima a lege fomentata. ut per Bar. in di. §. igitur nuda. in fi. & Alberi. in d. l. iurisgentium. §. quinimo. de pactis. & Bal. in l. fi. C. ad l. Falcidiam. Ias. post Nicol. de Neapol. in d. §. de constituta. insti. de actio.

212 Tamen† quod sit contractus nominatus non bene probatur iure, & contrarium tenuerunt multi doct. & Bar. sibi coutrarius in l. 1. ff. de consti. pecunia. & Ias. in §. in personam. insti. de action. & late disputat hic Ruy. quem refert Niger nu. 54. cum sequenti. & etiam mihi placet, quia prætor nunquam appellauit contractum, sed potius dicitur pactum constituti, quia in eo quis se constituit soluturũ, unde potius dr̃ pactum assumens ꝓpriam naturam cum noua forma, & tutius est dicere quod sit pactum fomentatum a prætore, & successiue a lege ciuili, proptrr quam fomentationem & auxilium legis dicitur uestitum, sed quia habet eundem effectum quem alii contractus nominati, & elegans nomen, non irrationabiliter poterimus simul cum dictis docto. maxime post Iustiniani comprobationem appellare contractum nominatum.

213 Quod† constitutum iure prætorio producebat antiquitus duas actiones, unam de constituta pecunia, quæ dabatur pro rebus fungibilibus restricta ad certum tempus, & alia receptitia quæ pro aliis rebus competebat. sed Iustinianus in l. 2. C. de consti. pecunia. abstulit receptitiam actionem & omnem eius uirtutem concessit actioni de constituta pecunia, ampliando quoque eam ad omnes casus & omnes res, reducendo ad uitam & naturam communem aliarum actionum, & addidit, quod sit perpetua, & quod semper debeat præcedere debitum, quod de iure antiquo semper non erat necessarium, & remanserunt quinq; proprietates speciales illius contractus. Prima, quod est remedium subsidiarium, quia interposita stipulatione cessat actio de constituta. ut insti. de actio. §. de constituta. Secunda, quod debeat præcedere debitum exigibile sine obstaculo exceptionis saltem de iure gentium. l. j. §. debitum. 1. & 2. de consti. pecunia, quod absque dubio hodie debet interuenire, quamuis esset dubium de iure antiquo, ut in d. l. receptitia. col. 1. uersi. ita tamen, ut hæc obligatio debet esse naturalis, uel ciuilis, uel naturalis tantum, cui non obstet exceptio saltẽ per retentionem fiendam. dicta l. 1. §. debitum. sed si debetur de iure ciuili tantum non inducitur constitutum. l. 3. §. si quis autem. & ibi glo. & Bar. & in §. debitum. de consti. pecunia. & hic per Bal. notabiliter inducentem aliam limitationem ad materiam constituti.

214 Sed hæc† limitatio non est uera, quia tex in d. §. debitum. dicit sufficere debitum ex quacunque causa & ex quocunque contractu, & cum sint uerba gemminata non recipiunt restrictionem aliquam, ut no. in l. 1. §. nuntiatio. supra de no. oper. nuntiatio. & quod dicitur de iure ciuili tantum, intelligitur de debito inefficaci, quando per exceptionem impeditur executio. d. l. 3. §. si quis autẽ. ibi, per exceptionem, & intellige exceptionem de iure prætorio & perpetuam, quia si esset exceptio temporalis non impediretur constitutum.

d. l. 3. §

d.l.3.§.. fina.dum loquitur de obligatione in diē sub conditione cum lege sequenti, & assignat rationem, quod constituta fiunt propter pecunias quæ peti non possunt efficaciter,& ideo subsequitur quod potest constitui soluere ei cui non debetur pecunia.in l.eum qui.§.quod exigimus,& sequitur hic Verius nu.123. licet non ita ponderet.

215 Et ideo† infertur,quod debitū ciuile ex Chirographo per obligationem literarum poterit constitui,& non obstabit amplius exceptio, quod nō fuit numerata pecunia,quia inducitur quædā cōfessio,quod peccunia fuerit numerata, uel saltem renūtiatio,sed si esset unus tertius qui cōstitueret se soluturum creditori ignorante debitore, non impediretur exceptio,&constituto quoque posset opponi exceptio non numeratæ pecuniæ quæ annullaret ipsum constitutum, per dictam l. 3. §. si quis autem.ibi,exceptionem.

216 Et eodem modo † dici debet quod cōstitutū potest fieri de debito ex contractu innominato tam post implementum ad utilitatem implentis,quia omni iure debitum est, quam etiam ad utilitatem tertij, sed ante implementum si fieret ad utilitatem tertij non ualeret,quia obstaret exceptio non fuisse factum implementum, & posset resolui per pœnitentiam, quæ sine dubio de iure ciuili admittitur,ut supra dixi per dictam l.3.ibi, per exceptionem. sed si unus cōstitueret alteri ex contrahentibus,tunc ualeret constitutum,quia uideretur renūtiatum pœnitentiæ.arg.l.ex placito. C.de rer.permutatione,& Gal.in l.ij.infra in fi.C. de condictio ob causam.& eorum quæ dicemus infra de stipulatiōe apposita sup cōtractu innominato,& maxime si fiat ex interuallo, ut ibi dicemus.

217 Et si præcessisset† obligatio ad antidora efficax in illis sexdecim casibus positis per Ias. in dicta l. ex hoc iure.ff.de iusti.& iure.adhuc ualeret constitutum,quia est efficax debitum,in aliis uero casibus non ualeret,quia non est efficax debitum, & obstat exceptio, per quas considerationes debes declarare ea quæ posuit hic Bal.nouellus super illo requisito de obligatione cui obstat exceptio.

218 Nam summa † debet esse,quod opportet præcedere debitū exigibile saltem ex manu regia,& de iure prætorio, & si impediretur executio ex aliqua causa prædicta tunc non ualeret constitutum.

219 Tertio requiritur,quod præcedat† obligatio efficax ex contractu seu conuentione hominis quæ habilis sit ad producendum naturalem obligationem,etiam quod forsan oriretur ex alia equitate, ut maioribus pareamus, uel(ne locupletemur cū aliena iactura)uel alia similis, quæ iure gentium habebat executionem per manum regiā, uel etiā de iure ciuili solo haberet executionem, ut ex pollicitatione facta reipublicæ uel piæ causæ, secundum distinctionem supra positam.sed si esset pollicitatio facta priuato quæ nullam producit obligationem,tunc non posset fieri constitutum, quia nulla præcedit obligatio, & si eueniret quod esset conuentio seu actio ex legis dispositione proueniens,ut per glo.Bar.Alex.& Ias.in l. legitima. ff.de pact.& tunc uidetur quod non possit esse cōstitutum,quasi sit obligatio ciuilis tātum per tex. in l.j.§.debitum.ff.de const. pecu. ibi, ex quocunque contractu.sed tamen uerior est opinio,ut dicamus quod in hoc casu etiam possit fieri constitutum,quia in dicto §.debitum. fit mentio de contractu per exemplum, tanquam frequentius fiat contractus,tamen intelligitur ex quacunque alia causa præcedenti propter quam fit obligatio potest fieri constitutum,quia tex.non excludit alias causas producentes actiones efficaces, & militat eadem ratio cōmercij.& Bar.in dicta l.legitima. dicit quod non est necessarium constitutum ut cōpetat executio tamen nō uidetur excludere quin in illis casibus possit fieri,cum utile sit habere plura remedia.l.cum filius.§. uariis. cum materia. ff. de leg. secundo.

Et propterea remanet conclusio multum generalis,quod constitutum potest fieri pro quacunq; obligatione efficaci, uel de iure gentium solum, uel de iure ciuili, cui non obstet exceptio præterea impediens executionem, & sic intelligitur de quacunque obligatione exigibili iure prætorio, & iure gentium.

220 Quarto requiritur ad constitutum,† quod constituens promittat soluere sub commemoratione prioris debiti,& hæc est propria & spetialis forma constituti, per quam separatur a pacto nudo, & potest dici contractus nominatus recipiens spetialem formam & spetiale nomen, & per illam relationem apparet de animo constituendi, cū cessante animo constituendi non inducatur constitutum.l.j.§.eum qui. de consti. pecunia. & probatur ex uerbis ædicti positis in d. l.j.ibi, qui pecuniam debitam constituerit,& sufficit quod fuerit debita de iure, licet nunc per præscriptionem non uideatur debita leg. item illa.§.quod ædicitur.ff.de consti.pecunia.

221 Et facit tex.in le. quidam.eod.tit.† ubi refertur hæc forma constituti,quæ continet,quod fiat mētio prioris debiti,quamuis nō sit necessarium apponere uerbum illud(constituo soluere) cum sufficiant uerba æquipollentia & demonstrantia promissionem,cum proferratur a prætore, sicut in simili dicitur in l. Gallus.in princ.ff.de lib.& posthumis. de uerbo(instituo)quod præsupponit alia uerba proferrenda a testatore.ita hoc uerbū(constituit) præsupponit alia uerba denotantia promissionem fuisse prolatam. unde si esset dictum, decem quæ mihi debes ego promitto tibi soluere,uel decem quæ mihi debes uolo omnimodo tibi soluere,uel alia similia uerba inducentia nouā obligationem, appellaretur constitutum, etiam quod non esset appositū uerbum(constituo)arg.l. fi.ff.mand.cum aliis allegatis in l.Gallus.§.& quid si tantum.ff.de lib.& posthum.& hæc est cōmunis opinio,ut hic per Rippam.nu.26.uersicu. ultimo quidquid dicat Ias.& alii. Non obstat lex si tibi. C.locati.secundū unū intellectū, quia ibi secūda promissio non fuit relata ad priorē obligationē, sed tantummodo promisit dare illam pecuniam, ideo stetit in finibus pacti nudi, uel potest dici, quod ibi non constabat de debito domini, cū per

solutionem factam ab illo locatore non erat certum dominum fuisse obligatũ, cum potuisset esse quod colonus animo donandi & pro commoditate sua soluisset.

222 Quinto pro forma† requiritur quod hæc secunda promissio fiat ex interuallo, quia si incontinẽti constitueret se soluturum, inutilis esset hæc replicatio, & non induceretur constitutum, secundum Baldum.nouel.hic.arg.glo. in l. si conuenerit.ff.de pact.dota.pro quo facit, quia uirtus gemminationis nihil operatur quando gemminatio fit incontinenti, Bal.in prohem.C.uersi. ulterius. Ang.in §.fuerat.insti.de actionib, Fely.in cap.fi.in principio.de officio delega. & Ioannes de Anania in consi.55.col.2.& hic per Rippam, Verus tamen hic restringit, quãdo quis constituit soluere quod ipse debet, quia tunc impeditur constitutũ incontinenti, secus autẽ quando quis constituit se soluturum quod alius debet, quia tunc ex promissione incontinenti sequenti inducitur constitutum. Rippa uero indistincte uidetur dubitare, & satis probabili ratione, quia nullo iure dicitur quod constitutum debeat fieri cum promissione ex interuallo interueniente, & ratio de gemminatione non est ad propositum ut statim dicemus.

223 Et non inconuenit† quod per promissionem incontinenti sequentem inducatur constitutum cũ plena efficacia obligationis, & uidemus quod in forma Guarẽtigiæ si statim sequatur confessio, qđ est debitor uirtute promissionis, illa confessio sequẽs, quod ipse constituit se debitorẽ, facit quod totum instrumentum mittitur executioni uirtute Guarentigiæ propter præsentiam iudicis cartularii qui interuenit in ipso instrumento, uel etiam propter præsentiam notarii quando habet hanc potestatem, ut ipse sit iudex cartularius & notarius, & propter confessionem coram eo incontinenti factam de promissione præcedenti debitor tenetur tanquam sit condemnatus.

224 Vnde cum† non reperiatur prohibitũ quod istę confirmationes possint incontinenti fieri, ergo uidetur permissum.arg.l.nec non.§. quod eis. ff. ex quibus causis maiores, & suaderi potest, quia constitutum fuit inductum pro pecuniis quæ nõ possunt exigi ex prima promissione, d.l.3.in fi.de cõstit.pec.& si quis faceret pactum nudum cum absente per nuntium uel epistolam non posset interponere stipulationem, esset conueniens quod incontinenti posset per nuntium uel epistolam facere ut incontinenti constitueret se soluturum, ad finem ut fieret debitũ efficax, & succurreretur hominibus pro commertiis, cum stipulatio per nuntium uel epistolam fieri non possit. Et si dicatur quod non potest esse constitutum, quia quando scribit epistolam non præcedit debitum uerum. Respondetur quod per acceptationem sequentẽ perficietur prima promissio, & postea constitutũ, & hæc non computando interueniet debitum uerum, quod nota.

Et propterea puto istam tritam qualitatẽ non esse de substantia cõstituti, & quod possit fieri uel incontinenti uel ex interuallo post primam promissionem, & ideo sufficiant ad naliditatem constituti illa tria, quod præcedat debitum, & quod præcedat obligatio exigibilis, & quod secunda fiat sub commemoratione primæ. imo etiam potest dici quod sufficiunt duo, cum debitum & obligatio sit idem, & interueniente debito cum commemoratione.

225 Et tunc efficiatur† efficax constitutum, nec intersit an incontinenti uel ex interuallo, & si est apposita stipulatio nihil facit quin constitutum constituatur ex illis tribus, sed tunc fit nouatio, sicut dicimus de mutuo in l.nec enim.ff.de noua.& habetur in l.singularia.super 2.colum.Bart.ff.si certum petatur.

226 Sed† tunc succedit dubitatio, quare ex hac simplici promissione sequenti nascatur actio efficax, & sic hoc constitutum cum illis duabus uel tribus qualitatibus producat actionem efficacem cõtra naturam pacti nudi. Et communiter doctor. assignant rationem, quia in eo interuenit gemminata promissio, quę facit ut promittens uideatur deliberate promittere & cessat ratio læuitatis incõsiderationis, & quod non habebat animum promittendi, quæ fuit causa ut ex pacto nudo non daretur actio, & ius ciuile non assisteret, ut supra dictum fuit, quod probat Ias. hic per multas authoritates allegatas ut per eum.

Sed tamen cõtra hanc rationem fundatam in gẽminatione facit, quia presupponit quod per gẽminationem ualidetur pactum, quod falsum est, quia sola gemminatio non potest facere quod pactum producat actionem, ut statim dicemus, & sic ratio fundatur in assumpto falso. Secundo obstat ut hic per Rippam. & Verum, quia non est generalis, cum aliquando sine gemmatione fiat constitutum, quando quis cõstituit se soluturum pro alio, nam in ipso constituente non potest dici gemminatio, quoniam ipse nihil promisit, sed fuit alius, & uirtus gemminationis consideratur in actu facto ab eadem persona, ut in ea sit duplex obligatio, ut probatur in iuribus adductis per doctor. Tertio etiam dictæ rationi obstat, quia de iure antiquo non erat necessariũ quod præcederet debitum, & sic quod esset gemminatio, sed hoc nouiter fuit introductum per Iustinianum qui uoluit quod semper debeat præcedere debitum. dicta le. receptitia.uersi.ita tamen.C.de constitu.pecunia. Quarto etiam facit, quia si ex illa causa spetiali, quia cessaret indeliberata promissio, impediretur actio ex pacto nudo, sequeretur quod nedum per constitutum sed in aliis pluribus casibus nasceretur obligatio ex pacto nudo, ut si ad instigationem factam fuisset; uel præcessisset tractatus, uel alio modo constaret de deliberatione, uel forsan ex scriptura notarii, nam in istis casibus deberet competere actio, quia cessaret causa prohibitionis.cap. cum cessante.de appellationibus. cuius tamen contrarium uoluerunt legislatores, determinantes quod indistincte ex pacto nudo non nascatur actio, & supra dictum fuit. unde remanet quod hæc ratio de gemminatione ex multis causis non potest subsistere, & non est uera.

Quare

227 Quare secunda† assignatur ratio; quia constitutum est contractus nominatus, & ex omni contractu nominato competit actio efficax, quæ ratio cõcludens esset si uerum præsupponeret, sed (ut sup. dixi) licet Barto. in d. l. iurisgentium. teneat quod cõstitutũ sit contractus nominatus, tamẽ ipsemet sibi contrarius. in l. j. ff. de consti. pecu. hoc negauit. & Ias. sequitur in §. in personam. insti. de actio. & late disputat hic Ruy. quem refert Niger nu. 54. cum sequenti, & hoc magis placet, quia nullo iure appellatur contractus, sed solum apparet quod est unum pactum fomentatum a lege prętoria producens actionem, sicut cætera pacta fomentata a l. iux. tex. in l. legitima. ff. de pact.

228 Propterea † tutior uidetur esse ratio, quod constitutum producit actionem, quia ita placuit prætori pro utilitate commercii, ut subueniret necessitatibus hominum, qui possent facere fideiussionem sine stipulatione, constituendo se soluturum pro alio, ac etiam possent facere cõuentionem efficacem simplicem sine interuentu stipulationis, & ideo fomentauit illam conuentionem interuenientibus illis tribus qualitatibus, quod præcedat debitum exigibile, & quod præcedat obligatio efficax uno iure, & quod in secunda promissione fiat commemoratio primi debiti seu obligationis, quod potuit facere ex iusta causa, sicut etiã fecit de debito pignoris. le. si tibi, §. de pignore. ff. de pactis & de aliis positis. in §. aliæ. institu. de actionib.

229 Et causa impulsiua † per quam prætor motus fuerit ad fomentandum talem promissionem potuit esse multiplex, primo ratione frequentię quæ potens est, ut in l. certi condict. §. quoniã. ff. si cert. petat. secundo propter commoditatem commercii, ut dictum fuit, arg. l. qui negotia. ff. mandat. & l. singularia. ubi no. ff. si certum petatur. Tertio propter necessitatem, cum alius pro alio absente non potuisset efficaciter obligari, cum stipulatio inter præsentes fieri non possit. le. prima. in principio, & §. primo. infra eo. Quarta etiã causa fuit, quia bonum fuit introducere remedium ut obligationes certo modo inefficaces efficiantur efficaces. l. 3. in fi. eod. tit. potest esse etiam quinta ratio, quia plærunque interueniebat ignorantia, quæ tollit præsumptionem indeliberationis, istæ tamen rationes sunt persuasiuæ, & dantes causam edicto prætoris, sola autem ratio finalis fuit uoluntas prætoris, cui dederunt duæ rationes causam. arg. l. j. §. sexum. ff. de postuland.

230 Sed sumpta† occasione doctor. hic examinant quæstionem etiam utilem in materia pactorum, separatam tamen a constituto, an ex pacto gemminato indistincte nascatur actio, etiam quod cũ secunda fiat commemoratio primæ, sed simpliciter quis promittat dare decem, & postea eadem decem iterum dare promittat, an propter gemminationem competat actio efficax ex istis pactis gemminatis, & communiter * doctores uidentur tenere quod sic, dum adducunt rationẽ, quod constitutum producit actionem, quia in eo interuenit gemminata promissio quæ tollit suspitionem indeliberatæ promissionis, & hanc dicit esse communem opinionem Ias. hic & in l. si pacto quo pœnam. C. de pact. & in l. si ueritas. C. de fidei commissis. & in l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de pact. pro qua opinione multa adducuntur.

231 Et primo† adducitur hoc exemplum de constituto, in quo quis promittit quod naturaliter ex alio pacto debebatur, & ideo nascitur actio, dicta l. prima. §. debitum. ff. de constituta pecunia, qui dicit sufficere naturalem obligationem, & potest fieri sine stipulatione, dicta l. prima. §. eumqui. de constituta pecunia. & dicto §. de constituta. insti. de actio. ergo probatur ex gemminatione pacti nasci actionem. sed ad istud fundamentum respondent Ias. Bald. & cæteri Mod. negando quod constitutum producat actionem, propter rationẽ gemminationis, ut supra dictum fuit, quia unus potest constituere quod debetur ab alio. leg. ubi quis. de constituta pecunia. & tamen non est gemminata obligatio in eadem persona. Replicant tenentes communem, quod imo ibi uere sunt duo pacta, & duæ obligationes, licet non sint in persona constituentis, quod uidetur sufficere ut inducatur gemminatio, secundum Fely. in cap. si cautio. de fid. instrumen. colum. 10. uersic. Fallit ultimo. ubi uult, quod duplex decretum multum operetur, licet non sit in eadem persona interpositum, & facit etiam tex. in l. cum maritus. §. fi. ff. de pact. dotali. ubi duo actus interuenerunt, quia mulier pacta est fratri suo, & alius est stipulatus, ideo potuit mulier acquirere actionem fratri ut declarat Bar. in l. qui alio. colum. 2. supra soluto matrimo. sed potes duplicare, quod per illa exempla probatur gemminationem multos effectus inducere in diuersis personis, sed non probatur quod pactum gemminatum producat actionem, de quo nos disputamus, & habemus regulam iuris ciuilis in contrarium, quod confirmatur, quia ius ciuile non curauit quod aliquando in pacto fiat promissio deliberata, quoniam nõ obstante etiam deliberatione certa, uoluit quod ex pacto nũdo generaliter non nascatur actio. ideo si dictum fuit præcedente magna deliberatione conuenerũt, adhuc non nascitur actio, uel præcedat interrogatio. dicta l. iurisgentium. §. quod fere. ff. de pactis, ergo gemminatio non debet operari pactionem, & sic cessat fundamentum aliud quod posset fieri, de quo infra per Ias. quod per gemminationem tollatur ratio inconsiderationis & læuitatis, nam ratio non concludit, ex eo quia etiam interueniente deliberatione ius ciuile non approbauit pactum, neque uoluit producere actionem, & sic non probat.

232 Secundo † pro communi adducitur, quia confessio extra iudicialis facit pactum nudum de nõ petendo. lege tale pactum. ff. de pactis, & non producit actionem. leg. publia. supra. depositi. in fi. ibi, ex epistola impletur probatio, non autẽ obligatio inducitur, & tamen si est gemminata confessio producit actionem, & habet uim confessionis iudicialis. Bartolus in lege cum scimus, C. de agricol. & cens. glo. in capit. ex lite-

ris. de Diuor. Fely. multa cumulans in dicto capitulo si cautio. de fide. instrument. confirmatur, quia duplex renuntiatio iuri de futuro producit pactum de non petendo secundum Ias. in l. j. colu. 6. C. de pact. & si hoc est in renuntiatione quæ debilis est, cum non sit sufficiens ad tollendum ius de futuro, & per pactum sic, l. si ita scriptum. §. sub conditione. de leg. 2. & no. in d. l. j. C. de pact. ergo fortius erit de duobus positis. Ad primũ respõdetur, quod confessio nunquam producit actionem, etiam quod esset quadriplicata, quia nõ tendit ad obligandũ, sed solum factũ quale fuerit detegit, & tunc si factũ confessatũ esset habile ut producat actionẽ illa cõpetit ex illo, & nõ ex confessione, & solũ gemminatio operatur quod cõfessio reuocari non possit, & quod semper probat, non autẽ ꝙ ipsa producat actionem, & sic nõ est in proposito nisi quatenus gemminatio multa operatur, quod est nimis generale, ut statim subiicitur.

Ad secundum respondetur hic per Verũ & Nigrum, negando quod semper gẽminatio operetur effectus, cũ habeamus regulã in cõtrariũ, quæ non prosunt singula nec unita ualent. l. spadonẽ. §. qui iura. ff. de excusatio. tuto. qm̃ utrunq; est imperfectũ, ideo cõfessio quantuncũq; gẽminata nõ præcedentibus indiciis nõ ualet, ut no. in l. si. ff. quæst. & sequitur Fely. in d. c. si cautio. col. 10. item renũtiatio mulieris duplicata, & quadruplicata non præiudicat Velleiano, q̃a præsumitur eadẽ fragilitas, sed opportet quod sit facta post bienniũ. le. si mulier. ubi no. C. ad Velleia. & ideo uidetur gẽminationẽ non operari effectũ nisi in casibus expressis. hic autẽ casus nõ est de expressis, ut supra dictũ fuit, cũ regula sit generalis, quod ex pacto nudo nõ nascatur actio, nõ obstante quod ex aliquo extrinseco appareat quod sit deliberata promissio, unde opportet aliquod plus interuenire quã simplex gẽminatio, ut debeat tollere regulã generalẽ q̃d ex pacto nudo nascatur actio. & sic non ꝓbat.

233 Tertio† adducitur l. si. C. ad l. Falcid. ubi hæres tenetur legata integra præstare ex forma testamẽti, sed tñ potest detrahere Falcidiã, & si ea promisit pacto nudo ea solueret, & amplius nõ peteret, quod plus solutũ fuerit per l. Falcid. nihilominus propter pactũ nudũ impeditur detrahere, & ille acquirit actionẽ ad petendũ integra legata, & sic ex secunda promissione nascitur actio, respõdent doct. ꝙ ille tex. habet secũ solutionẽ, qm̃ dixit (per cautionẽ promisit soluere & nõ per pactũ nudum) cũ cautio denotet stipulationem. l. sancimus. C. de uerbo. sign. Sed tenentes cõmunẽ replicant quod imo ibi fuit pactũ nudum, quoniam si fuisset stipulatio nulla fuisset dubitatio.

Cro. uero duplicat, quod imo erat magna dubitatio, qm̃ uidebatur ꝙ stipulatio regularetur secundũ naturã legati, ut posset detrahi Falc. arg. l. j. §. sub cõditione. ff. ut legatorũ nomine caueatur. & l. si eũ. §. qui iniuriarũ. ff. si quis cautio. & tamen ibi determinatur quod nõ detrahitur Falcidia, & ponitur una conclusio notabilis ad quã semper allegatur ille text. ꝙ tantũ operatur cautio quantũ solutio, cũ per solutionẽ factã de legatis impeditur detrahere Falcidiã, eodẽ modo & ꝑ cautionẽ.

Secundo põt respõderi quod ibi est speciale fauore ultimæ uoluntatis, quod pactũ ibi secundũ produceret actionem. cum sit causa pia. argumento l. ad executionem. C. de dot. promiss. confirmatur hæc secunda solutio, quia ille text. præsupponit quod ante illã legẽ cautio nõ ꝑducebat actionem, ut ibi dicitur, & fuit necessariũ illud nouiter introducere, ego retorquetur, quia ꝓbat antiquo tempore ex pacto nudo gemminato non potuisse nasci actionem.

Tertio tu potes respõdere ultra doct, quod ille tex. nõ facit in terminis, quia ibi nõ agitur ex cautione pacti nudi, sed legata petũtur per actionem ex testamẽto, & sic nõ probatur ꝙ cautio duplicata nuda producat actionẽ, & solũ illa promissio facit quod nõ potest uti detractione l. Falci. sicut si esset generale pactũ de nõ petendo, & sic potest dici quod duplicata cautio inducit pactũ de non petẽdo, nõ autem ꝙ inducat actionẽ, quæ diuersa sunt. l. si unus. §. pactus. ff. de pact. & probatur per unum exemplum supra positum de duplici renuntiatione, secundum Ias. in l. prima. columna. 6. C. de pact.

234 Quarto† pro ista opinione adducitur argumentum a cessante ratione, nã ratio quare pactum nudum non producit actionem est, quia præsumitur indeliberate factũ, & ex læuitate, uel quod nõ habebat animum promittendi, ut supra dixi, sed quando est gemminata promissio, cessat ista ratio, quia uidetur factum cum deliberatione, ergo debet producere actionem. argum. l. si mulier. C. ad Velleia. & gloss. singularis in capit. ex literis. de diuortiis.

Sed respondetur, quod argumentum procedit quando sumitur a ratione finali, qua cessante cessat dispositio. capitu. cum cessante. de appellationibus. sed dicta ratio læuitatis non fuit causa finalis, sed fuit causa impulsiua ad faciendũ quod lex non assisteret pacto nudo ex quo non procedit argumentum a cessante ratione. lege prima. §. sextum. ff. de postulãdo. alioquin in multis aliis casibus in quibus esset deliberata promissio nasceretur actio, quod tamen falsum fuit. per legem iurisgentium. §. quod fere. dige. de pactis. præterea argumentum a cessante ratione non induceret actionem, quoniam propter læuitatem lex noluit assistere, & non sequitur ergo si non fuit, uoluit assistere, sed remanet medium, quod non assistit, neque resistit, ut per Decium in lege prima. §. huius rei. in materia argumenti a contrario sensu. digestis de officio eius. item retorquetur, quia si ex gemminatione nascebatur actio, non erat opus quod prætor induceret constitutum, cum generaliter ex gemminatione semper potuisset competere actio.

235 Quinto adducitur† quia ex iuramento non nascitur actio, nisi in liberto, ut per Bartol. lege si quis pro eo. digestis de fideiussor. & tamen si primo interuenit pactum nudum, deinde sit subiectum iuramentum, oritur actio secundum Iason. in d. §. igitur nuda, in xi. limitatione, per lege. si

ge si quis maior. C.de transactio. Matthes.in no. xi.nota. nota regulam. & Ias. in dicta leg. si quis maior.ergo sicut per appositionem iuramenti oritur actio, eodem modo debet oriri ex secundo pacto subsequenti,& ita argumentabatur Cuma. sed respondent tenentes aliam partem negando assumptum, quod si post pactum sit appositum iuramentum oriatur actio, nam contrarium tenuit Roma. in l. prima. in princip. infra eodem. & Imo.in capitulo cum contingat. xxi. columna de iureiurando. respondens ad dictam legem. si quis maior. ubi Alexander dixit istam esse com-
* munem * opinionem, & propterea remanet,quod prædicta opinio, ut ex pacto nudo gemminato nascatur actio, non probatur concludentibus fundamentis.

236 Contrariam opinionem † quod imo ex pacto gemminato non nascatur actio tenuit Bulg. Ias. hic, & Cro.& nouissimi in capitu.primo extra de pact.& alii sequaces. & primo adducitur, quia si gemminatio operetur quod pactum nudum produceret actionem hoc fuisset de iure ciuili; quia cessaret ratio quare ius ciuile noluisset assistere, & ideo uideretur astitisse & approbasse, sicut in cæteris contractibus nominatis fecit, & in uestimentis pactorum.unde non fuisset opus quod prætor ex ædicto suo hoc introduceret propter æquitatem, neque faceret titulum de constituta pecunia separatum.ad hoc dicit Niger dicit facile posse responderi, quia prætor utrunque introduxit, quoniam mitigauit generaliter rigorem iuris ciuilis in gemminatione pacti propter secundum uinculum, quæ responsio præsupponit quod ius prætorium induxit propter gemminationem pacti debere nasci actionem, uel quod prætor fuit ille qui fecit considerabilem hanc uirtutem gemminationis, unde auget contrarium, quia præsupponit quod de iure ciuili pactum gemminatum non producit actionem, sed hoc solum fuit introductum a prætore, quod est totum diuinatiuum, quoniam non habemus legem probantē hanc generalem dispositionem, & solum habemus ædictum de constituta pecunia per quod uoluit cum certis qualitatibus & certa forma ut cōpetat actio, & sic ratio nihil probat, & potius retorquetur.

237 Secundo † pro hac opinione Ias. hic ponderat tex.in l.si pacto quo pœnam. C. de pact. ubi unus promisit dare librum per pactum nudum, postea per secundum promisit dare pœnam, tertio postea subiecit stipulationem de soluendo dictam pœnam, & ibi dicitur quod nisi fuisset apposita stipulatio pactum pœnale non potuisset producere actionem, & sic quamuis esset secundum pactum, & gemminatum, tamen non produxisset actionem, & tamen pactum pœnale replicat promissionem pacti principalis, ut no.in l. ita stipulatus. in fin. infra eodem. & sic ponderatur duobus modis, primo quod pactum pœnale dum replicat principale gemminando non producit actionem, Secundo quod si duplicatum fuisset factum pœnale, non potuisset nasci actio, nisi fuisset subiecta stipulatio.

Ad istum textum dantur tres responsiones. Prima quod illa gemminatio ibi facta fuit incontinenti,ideo nihil operatur, quia quæstio nostra est quando gemminatio fuit facta ex interuallo, quæ demonstrat maiorem deliberationem, quæ tamē responsio non est tuta ut supra dixi de constituto. Secundo respondetur, quod ibi est speciale odio pœnæ ut pactum nudum propter gemminationē non producat actionem.argum. legis seruus ea lege.ff.de ser.exp.Tertio respondetur,quod ibi non erat proprie gemminatum pactum,cū essent promissa diuersa, quia in primo promiserat librum seu permutare,in secundo promiserat pœnam, & ad hoc ut gemminatio operetur, opportet quod secundum pactum directo & principaliter contineat idem quod primum,& quia hæc solutio non tollit secundam ponderationem, quando pactum pœnale fuisset duplicatum, respōdetur quod hoc fuit ratione odii pœnæ, uel etiam quod text. ibi hoc non dicit directo, neque potest colligi a contrario sensu.

238 Tertio adducitur † l.si ueritas. C. de fideicommissis.ubi si hæres promisit legata relicta in testamento imperfecto,tenetur ea soluere,si per stipulationem promisit, ergo idem si per pactum nudum promisisset,& tamen ibi fuissent duæ naturales obligationes ad eandem rem,una ex testamento & alia ex pacto nudo, ut ibi ponderat Ias. Tenentes tamen communem opinionem respondēt, quod ibi non colligitur argumentum a contrario sensu, & non excludit quod si per pactum fuissent promissa legata non possent peti, cum imo contrarium ponderetur disponere tex.in l.fin.C. ad Velleianum. Replicatur quod satis licet summere argumentnm a contrario, quoniam non habemus legem contradicentem quod ex gemminatione nascatur actio. argume.nota.in l.prima. §. huius rei.ff. de officio eius.Sed duplicatur, quod imo habemus legem contrariam.quoniam per argumentum a contrario sensu disponeretur, quod si per constitutum fuisset facta promissio non cōpeteret actio,quod tamen falsum est,quia per cōstitutum omnes obligationes naturales confirmātur & nascitur actio.dicta l.j.ff.de constitu.pecunia. & sic non probat contra communem.

239 Quarto † adducitur ratio impossibilitatis, nā adhoc ut nascatur actio debet interuenire obligatio naturalis tanquam mater, & obligatio ciuilis tanquam pater,ut no.insti.de obligationib. in princi.sed si essent duo pacta nuda interuenirent duæ obligationes naturales, quæ se haberent ut fœminæ. ergo sicut imposibile est quod duæ fœminæ procreēt filium, ita est imposibile quod duæ naturales obligationes fœminæ producant actionem.& nota. Bartol. in lege prima. colum. quarta. dig. de condictio. indebi. & nota. in lege cum quis. Codi. de iuris & facti ignorantia. item ex constituto nascitur tantum prætoria, quia secundum eos non potest fieri super debito ciuili, tamen nec duæ ciuiles tanquam duo masculi facerent filiam. Respondet Verus non esse

incõueniens quod ex duabus naturalibus nascatur actio, quia potest nasci ex una sola naturali fomentata a lege, ut nota. in lege legitima. digest. de pactis. & lege ad exactionem Cod. de dotis promissio. Item ex sola ciuili nascitur actio in contractu literarum. ut institu. de literarum obligatione. §. primo. & per sententiam nascitur sola ciuilis obligatio cum actione. Barto. in lege Iulianus uerum debitorem. digestis de cõdictio. indebi, & in dicta l. cum quis. item ex pollicitatione facta reipublicę ex sola ciuili nascitur actio. leg. pactum, ibi, quasi debitum. digestis de pollicitationib. ergo nec etiam inconuenit quod ex duabus naturalibus nascatur actio propter fomẽtum iuris, Quæ tamen responsio non tollit contrarium directo, ideo tu responde, quod præsuppositum doctor, est somnium, quod naturalis se habeat tanquam fœmina, & ciuilis tanquam masculus, & ipsi nunquam uiderunt signum quod obligatio ciuilis sit masculus, neque obligatio naturalis fœmina, & quod ad producendum actionem debeant simul dormire, & procreare per copulam actionem, & quod postea naturalis pariat actionẽ, sed fuit lex quæ competentibus istis obligationibus dedit actionem, cum ipse procreatæ fuerint ex legibus. l. secunda. §. deinde ex legibus. ff. de origine iur. & tex. in lege licet. §. ea obligatio. digest. de procurato. dixit obligationem parere actionem per quandam similitudinem non quod sit uerus partus, & potuit lex ex duabus obligationibus producere obligationem, & ex qualibet earum, & ideo argumentum magis est irridendum quam referendum.

240 Quinto adducitur † quia in constituto probatur solum quod nascitur actio, quando in secunda promissione fit mẽtio de prima obligatione, & cum hæc sit forma constituti, fuit dispositum a prætore quod ea interueniente competat actio, ideo quod est spetialiter dispositum in dicto constituto non debet trahi in consequentiam, cum non fiat mentio de ratione duplicationis, uel gemminationis, & in cæteris remanet regula generalis, quod ex pacto nudo non nascatur actio. Respondent tenentes communem, quod in gemminatione pacti semper in secundo fit relatio ad primum, ut saltem tacite uideatur facta commemoratio primi, quando idem promittitur & uidetur esse forma. iterum tibi promitto. sed replicatur quod imo non intelligitur facta commemoratio, & in constituto opportet quod expresse fiat, alioquin non competit actio. dicta lege prima. §. primo. de constituta. pecunia. unde secundo respondetur negando assumptum, quod illa forma in constituto sit necessaria, ut multi tenuerunt, quia nullus textus hoc apperit, & solum requiritur quod in constituto quis promittit soluere quod debet ex aliqua rationabili causa. dicta leg. prima. §. debitum. & text. in lege prima. secundo responso. dicit, siquis constituerit soluere quod debetur, non autem dicit, quod illa erant uerba constituti. sed duplicatur, quod hæc est forma constituti ut in secunda fiat mentio de prima, quæ sumitur ex uerbis ædicti, si quis pecuniam debitam per se uel alum constituerit, & solum dicitur quod uerbum (constituo) non est de substantia, & æquipollentia uerba sufficiunt, tamen illa commemoratio omnimodo est necessaria.

241 Sexto adducitur, † quia constitutum producit actionem, ex eo quia est contractus nominatus a prætore inductus qui dedit elegans nomen, ergo non possumus ex eo argumentari ad gemminationem facti, ut per Barto. in lege iurisgentiũ. §. igitur nuda. digest. de pactis, & tenent communiter * doctor. quos refert Ias. hic in fin. & in dicto. §. igitur nuda. & in lege si pacto quo pœnam, & Bald. in lege fin. C. ad legem Falcidiam. & uidetur esse text. in lege penultima. uersicu. & liceat. Co. de constit. pecunia. ibi, non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem. Tenentes communem respondent negando quod sit cõtractus nominatus, quia contrarium tenuit ipsemet Bartol. in lege prima. ff. de constitu pecunia & Ias. in §. in personam. institut. de actionib. dum dicunt quod est spetiale in illo casu quod ex pacto nudo nascatur actio. & Ruy. hic per multa fundamenta, quem longo apparatu refert hic Niger, & supra etiam nos firmauimus, nec obstat quod habetur in dicta lege secunda. de constitu. pecunia. quia procedit ex noua dispositione Iustiniani, per quam possunt concordari opiniones, nam de iure digestorum tempore prætorum, & iure prætorio erat tantummodo pactum fomentatum, quod fomentum poterat interuenire etiã in pacto gemminato, & quamuis postea Iustinianus dando nouam formam fecerit contractum nominatum, non potest argumentatio summi ad determinandum ea quę erant tempore digestorũ, & sic non stringit contra communem.

242 Septimo Ias. † adducit legem si tibi. C. locati. ubi conductor fundi uidens seruos ascriptitios quotidie carcerari propter debita sua, & impediri cultiuari agrum, soluit eorum debita, gerendo negotium utile pro domino, ita quod incepit esse obligatus, & postea idem dominus promisit soluere hanc pecuniam illi creditori pacto nudo, & incepit esse obligatus ex duabus naturalibus, & tamen dicitur ibi quod efficaciter non obligatur, nisi apposita fuisset stipulatio, uel nisi esset seruata forma constituti. Respondent tenentes communem, quod ibi pactum non fuit gemminatum, quia illa pecunia tempore pacti non erat debita, ut inquit hic Alciat. unde non potuit esse constitutum nisi præcederet debitum, & alio non constito illi coloni non possunt dici debitores ut dicit Ioannes Fabri. institu. de actionib. §. de constituta. in fin. & istum intellectum fundat ex illo uerbo (prorogasti) errogare enim est distribuere gratis, ut in rubrica. C. de erroga. milita. anno: Secundo respondetur, quod ibi pecunia soluta fuit eo tempore quo dominus promisit, & uidebatur quod promissio facta super traditione rei deberet ꝓducere actionẽ sine stipulatione. p. l. legem. C. de pac. & ideo ibi nõ fuit gẽminatio,

& tex.

&tex. ille magis obstaret legi legem. C. de pact. sed tamen tunc respondetur, quod ad hoc ut traditione rei uestiatur pactum, oportet quod fiat cum eo cui traditur, ibi autem pecunia tradebatur creditoribus colonorum, & hic est communis intellectus ad illum textum tamen uidetur uiolare literam, quia ibi dicitur prorogasti, & hic præsupponitur de præterito solutam pecuniam, nisi dicamus quod in contractibus præsentibus uerba præteriti temporis solent apponi, ut per Bar. in lege post dotem. supra soluto matrimonio. in prima quæstione. ubi dixi. Mihi tamen magis placet quod ibi pecunia fuit soluta ex interuallo, ut sonant illa uerba. aduertas tamen quod doctor. & ibi glo. sentiunt alium intellectum ad illum textum, quod ibi coloni capiantur pro conductoribus prædii, & unus tertius soluit pro colonis, & dominus uidens utilitatem esse factam suo amico promisit soluere hanc pecuniam illi tertio, & ibi dicitur quod si pacto nudo pmisit, nulla datur actio contra eum, sed solum potest agere contra colonos actione negotiorum gestorum. & tunc uidetur sentire hic Alcia. sed tamen tunc non est necessaria responsio, quoniam non contradicit conclusioni de pacto gemminato, quoniam dicimus nihil prius promiserat, neque ipse in aliquo erat debitor, sed solum contradiceret naturæ cõstituti quod solet fieri pro alio, unde ibi dubitabatur, an dominus promittens pro colonis suis debitoribus teneatur ex pacto nudo, & ibi dicitur quod non, nisi sit apposita stipulatio, quia tunc efficitur fideiussor, sed bene ut inquit glos. si dominus constituisset se soluturum pecuniam, quam coloni debent teneretur ex constituto etiã sine stipulatione, & ideo cum nihil dicat de pacto gemminato non est opus respondere, & cum etiã contradicat constituto, neque est opus respondere, tamen mihi placet primus intellectus, quod ibi coloni nuncupentur illi qui cultiuant agrum, ut sunt ascriptitii, uel more nostro socii cultiuantes, & iste conductor soluit gerendo negotium ipsius domini utile, unde ipse erat obligatus conductori soluenti, & si postea eidem promisit soluere. duplicauit obligationem, & tamen ibi dicitur quod non nascitur actio, & sic probatur quod ex gemminatione non nascitur actio. Sed potes respondere ut per Alciat. quod ibi non constabat soluentem gessisse utile negotium, & dominum fuisse obligatum, ideo non fuit proprie actio duplicata. Ex quibus apparet quod articulus est disputabilis, & quod utraque opinio sustineri potest.

243 Resolutiue† tamen loquendo tenenda est opinio Ias. hic negatiua, quod ex pacto nudo gemminato non nascatur actio, quia nullo iure probatur, & solum hanc conclusionem docto. immaginati fuere in adducendo rationem quare ex constituto nascatur actio, quæ tamen ratio non concludit neque dicitur conuenire, ut supra dictum fuit, & nos uidemus regulam, quod contractus gẽminati ut uenditiones uel innominati per gemminationem non mutant naturam suam, & multum urget ratio, quia ius prætorium introduxit constitutum, & stante tali gemminatione nõ fuisset opus introducere, & ideo hæc opinio tutior est, & tenenda. putarem tamen quod propter gemminationem augeretur æquitas, ut in foro mercatorum facilius deberet mitti executioni, & de iure canonico facilius competeret actio. iuxta capitulum primum. extra de pact. & hodie in practica (cum ius canonicum seruari debeat in foro ciuili) facilius in hoc casu seruaretur.

244 Septimo principaliter † deueniendum est ad materiam stipulationis quæ est præsentis nostræ materiæ spetiale subiectum, & cum de ea doctor. in multis dubitauerint multas etiam de ea faciemus separatas quæstiones, & primo uidendum est quid sit stipulatio, & quomodo diffiniatur, & doct. referunt Pomponium in l. 5. §. stipulatio, infra eodem. ponentem diffinitionem & dicentẽ. stipulatio est uerborum conceptio quibus is qui interrogatus est se daturum facturum ue id quod interrogatus est respondet, quam diffinitionem probant omnes hic & in dicto. §. stipulatio. ubi Iason. post Cuma. nedum approbat, sed eam ualde comendat, ex multis, & primo dicunt eam esse perfectam, quia demonstrat tria substantialia stipulationis, causam efficientem, formalem, & materialem, causa efficiens est interrogans, & respondens, idest ipsi contrahentes, causa formalis est ut præcedat interrogatio & responsio subsequens cõgrua, causa materialis est ut contineat quid dari, uel fieri, & addit postea quod causam finalem posuit iurisconsultus in l. stipulatio ista. §. alteri. infra eodem. dum dicit quod inuentæ sunt stipulationes ut quis stipuletur quod sua interest. item addit quod ex alia causa est notabilis, & bona, quia conficitur ex genere & differentiis, iux. no. in le. prima. ff. de testamentis. & uerborum conceptio est genus aptum quod conuenit sententiis, rescriptis, & omnibus aliis dispositionibus, & postea continet differentias, quia per interrogationem & responsionem congruam cum aliis actibus contentis sub genere illo conceptionis uerborum.

245 Tertio quoque † Fulgos. dictam diffinitionem notat, quia continet quinque substantialia stipulationis. & primum est, quod debeant interuenire uerba, ut dicatur fieri utroque loquente. le. j. in princ. & §. primo. infra eodem. Secundũ quod præcedat interrogatio & sequatur responsio, ut probatur ibi, se daturum facturumue id adquod interrogatus est respondet. Tertio requiritur ꝙ illa responsio sit conformis interrogationi, ut in omnibus idem contineat, & facit tex. in l. prima. §. si quis simpliciter. cum duobus sequentibus. infra eodem. Quartũ requisitum est, quod cõtineat quid dari uel fieri, quia omnes stipulationes consistunt in dando uel faciendo. l. 2. infra eo. Quintum requisitum quod quis promittat factum proprium, & non alienum. l. stipulatio ista. in princi. infra eodem. & continetur in illo uerbo, ibi, se daturum uel facturum, & postea tria alia substantialia contineri subiicit Ias. nam sextum est requisi-

tũ de forma stipulationis, quod respõsio sequatur in continenti, quia ex interuallo non ualeret. lege prima. §. primo. infra eodem. Septimum est, quod partes se inuicem exaudiant. ut habetur in principio infra eodem, & se intelligant per sonum uerborum, & non per signa & motum labiorum, ut per glo. institu. eodem, in principio. in uerbo qui buscunque. Octauum est, quod debent esse partes præsentes dum dicitur id quod interogatus est, & non potest fieri stipulatio per nuntium uel epistolam. §. item uerborum, ubi glo. insti. eo. & infr. in principio. in uerbo neque absens. & glo. in lege eaquæ. digest. de donationib. inter uirum, & uxorem.

Quarto etiam idem Raphael ibi (uerborũ conceptio) notat ꝙ stipulatio in substantia dicitur esse facti, cum requiratur illa actualis prolatio uerborum, quod est contra ea quæ uoluit Bartol. & doctor. in l. sciendum, in 3. column. infra eodem, ubi dixit, quod stipulatio iuris est, & ideo de ea testes deponere non possunt, & dicentes aliquos fuisse stipulatos non probant eam, quia non possunt deponere super iis quæ sunt iuris, sed tantummodo de iis quæ facto percipiuntur, & confirmat Ias. quia stipulatio fit per nomina uerbalia, quæ important factum. l. consilio. in fin. ff. de curator. furio. & quia stipulatio non est obligatio. ut gloss. j. hic dicit, sed est actus præcedens uerborum obligationem, unde concludit quod testes debent deponere de conceptione uerborũ, quod Titius interrogauit Gaium, & quod Gaius respõdet se daturum facturumue, & tunc probabitur stipulatio, quoniam ipsa est facti & non iuris quamuis docto. contrarium uideantur tenere.

Item postea etiam ex eadem diffinitione, not. qualia debent esse uerba contrahentium, & propter uerba (daturum facturumue) colligit, quod uerba executiua debent esse futuri temporis, & quod uerba dispositiua debent esse præsentis temporis, ibi (respondet) ideo si dicatur promitto ꝙ do, nihil fit, & uoluit glo. instit. de literarum obligatione. in princi. in uerbo (debere) per quam decidit Bald. in l. prima. in fin. C. de sponsalib. quod si quis dicat mulieri (promitto tibi quod desponso uel desponsaui) nulla nascitur obligatio, & non inducuntur sponsalia, tamen dicit postea Iason, quod uerba præsentis temporis non admittũtur, tamen contractus per uerba præteriti temporis fieri possunt, per tex. in capitu. quod autem. ad finem. in uerbo (dedi uel concessi) & ibi Abb. in penultima colum. de uerborum significatio. & Bald. in capitu. primo. §. notandum, qui feudum dar. possunt. & Aluaro. in capitu. primo. tertia. colum. de noua forma fidelitat. per quæ omnia Fulgos. Iason, & cæteri in dicto. §. stipulatio. non tantum approbant diffinitionem illam dicentes esse perfectam, sed eam ualde comendant, & dicunt esse ualde optimam.

246 Sed tamen † licet prædicta uideantur demulcere aures audientium, & passim sint approbata, & urgeat authoritas iurisconsulti ibi, tamen postea medulitus considerando non uidentur ita facilia, & dicta diffinitio nedum non est optima neque commendanda, sed uidetur imperfecta, & in multis reprehendenda, & considerandum est primo, quod dum doctor. dicunt eam esse confectam ex genere & differentiis hoc apparenter falsum est, quia ad diffinitionem faciendã non sufficit quod apponatur genus, sed opportet quod sit proprium genus de proprietate sermonis continens ipsum actum & omnes alias speties similes actui diffinito, sicut in diffinitione hominis dicimus, quod est animal, & illud est proprium genus continens de proprietate sermonis hominem & cætera animalia, & multa alia exempla habemus tradita per philosophos in prædicamento substantiæ, & etiam per legistas, ut nota. in dicta l. prima. de testamen. & lege prima. ff. de dolo. cum similibus. uerborum autem conceptio non est genus proprium continens ipsam stipulationem, & alios contractus, cum tantummodo contineat cõtractum stipulationis, sententias, rescripta, & alia similia quæ non sunt de spetiebus contractuum, proprium autem genus stipulationis est illud q̃d supra diximus denotatum per tria sinonima, conuentionẽ, pactum, & contractum in genere, quæ æqualiter denotant quod genus contractuum est, quod sit duorum in idem placitum & consensus. lege prima. ff. de pactis. seu duorum consensus, & conuentio, leg. pactum. digest. de pollicitationib. & propterea dicitur, quod pollicitatio non est cõtractus, sed dimidium pactum. facit lex Labeo libro primo. infra de uerborum signification. sub quo genere continentur omnes contractus nominati & innominati, simplices & correspectiui, ut in quatuor legibus sequentibus, & in spetie etiam contractus stipulationis, ut in dicta l. prima. in fi. ff. de pact.

247 Propterea † hæc diffinitio multum apparenter est defectiua & non bona, quia opportebat eam tradere per unum ex istis uerbis sinonimis positis loco generis, quod esset pactum conuentio. uel contractus, & tunc diceretur tradita per suum genus proprium, & non per uerborum conceptionẽ quæ nullam intrinsecam substantiam stipulationis demonstrant.

248 Secundo † etiam & fortius obstat dictæ diffinitioni, quod non continet causam materialem, licet doctor. eam multum commendent, nam materia stipulationis (de qua) non demonstratur per illa uerba daturum uel facturum, quoniam ipsa tantummodo subiectum seu materiam subiectiuam demonstrãt, idest materiam super qua non autem demonstrant materiam ex qua ipsa stipulatio est confecta, cui debeat postea inesse forma, nam propria materia stipulationis est illa quæ continetur in genere, & est communis omnibus contractibus, ut postea per formam additam distinguatur ab aliis spetiebus contractuum, unde propria materia est consensus duorum, sine conuentio, quæ est communis omnibus contractibus, & postea per formam additam interrogationis uerbalis & responsionis subsequentis distinguatur ab aliis spetiebus contractuum, quibus

quibus communis est ipsa materia, ideo solet dici, quod genus inest in qualibet spetie quia continet materiam communem omnibus spetiebus. l. si quid earum. §. inter emptum. ff. de leg. tertio. & sic materia per illa uerba quod quis respondeat se daturum uel facturum non demonstratur, sed per illa uerba quod est duorum consensus, seu cõuentio, uel pactum.

249 Tertio † etiam huic diffinitioni obstat, quia non conuertitur cum suo diffinito, quod omnino debet esse l. j. ff. de dolo. & reperitur conceptio uerborum quæ non est stipulatio, quamuis interrogatus respondeat se daturũ uel facturum, ut si per iocum aliquis ita dicat, uel scholares disputando hoc faciãt ut unus interroget & alter respondeat ut probatur in l. obligationum substantia. §. fi. supra de actio. & obligatio. & si furiosi conciperent uerba inuicẽ interrogando & respondendo. lege. ij. supra tit. primo. nam tunc non diceretur stipulatio, & tamen uerificarentur omnia uerba in dicta diffinitione posita, & ratio est apparens, quia per illa uerba non demonstratur materia stipulationis quæ consistit in consensu & conuentione duorum, & per iocum faciendo non dicuntur habere consensum, neque etiam furiosi habẽt. ideo diffinitio remanet imperfecta, & non conuertitur cum suo diffinito, cum reperiatur diffinitio sine stipulatione, & stipulatio sine diffinitione, contra dictam l. primam. ff. de dolo.

250 Doctores sentientes † has difficultates, uolentes saluare iurisconsultum & diffinitionem, dixerunt quod in eis prædicta omnia continentur tacite, & quod implicatur suum uerum genus conuentionis. & pacti, & etiam quod sit consensus duorum, unde ex intentione apparet perfecte, quæ saluatio tamen non est sufficiens neque tollit contrarium, quoniam diffinitiones non traduntur ut per interpretationem substantialia cõtineantur, sed traduntur ut uerbaliter tota substantia cum genere & differrentiis tradantur, ad finem ut auditores cum paucis uerbis cognoscant substantiam actus, & materiam & formam rei diffinitæ & in diffinitione hominis uerbaliter ponitur genus cum differrentiis propriis. & in dicta l. j. ff. de dolo. idem factum fuit. & in l. j. ff. de testament. cum similib. & propterea dicitur in l. omnis diffinitio, infr de reg. iur. quod omnis diffinitio in iure est periculosa, quoniam difficile est ualde inuenire propria genera, & propriam materiam cum sua forma & essentialibus differrentiis. unde apparet quod prædicta tria adhuc urgentissime oppugnant dictam diffinitionem.

251 Quarto † etiam contra dictam diffinitionem facit, quia dum exprimit quod stipulatio est uerborum conceptio, demonstrat quod substantia & materia stipulationis consistit in facto, cum conceptio uerborum sit facti & operationis hominũ non autem sit iuris, ideo obstat communi opinioni docto. de qua per Bar. in l. si is qui pro empto re. in materia fictionis translatiuę. ff. de usucapioni. ubi dicitur, quod stipulatio dicitur esse iuris. & idem repetiit in dicta l. sciendum. col. 3. infra eodem, & retulit supra Ias. ideo uel docto. communiter male loquuntur, uel diffinitio ipsa non est bona.

252 Doctores † quoque sentientes hoc contrarium soluunt dicendo quod stipulatio duobus modis consideratur, uno modo in fieri, & alio modo in facto, in fieri dicitur esse facti, & hoc modo diffinitur hic per Pomponium, postquam autẽ est perfecta dicitur esse iuris, & appellatur uerborum obligatio, ut probatur in tit. nostro l. j. in principio, iuncta Rubr. quia in rub. dicitur de uerborũ obligationibus, & postea subiicitur de stipulatione. ideo ne uideatur extra propositum, oportet dicere, quod uerborũ obligatio & stipulatio sint idem. Quæ saluatio continet tria falsa † & etiam 253 absurda. Primum est, quod hic diffiniatur stipulatio prout est in fieri, cui contradicunt omnia uerba diffinitionis, nam dicit quod stipulatio est uerborum conceptio, quæ uerba denotant actum perfectum, cum non possit dici conceptio uerborum nisi hinc inde essent uerba perfecta & acceptata, & dum postea dicit quod interrogatus respondet, demonstratur perfectio stipulationis, quoniam post responsionem nihil aliud est agendum, & propterea stipulatio remanet perfecta, & hæc fuit propria intentio Pomponii diffiniendi eam post perfectionem.

254 Secundo † præsupponit hæc saluatio, quod res prout est in fieri diffiniri potest, quod etiam est falsum & absurdum, quoniam diffinitio claudit essentiam diffiniti. l. j. ff. de testam. & essentia nõ potest cognosci nisi postquam res est perfecta. item diffinitio demonstrat materiam & formam diffiniti, ut ibidem dicitur. & in l. omnis diffinitio, de reg. iur. forma autem non potest demonstrari nisi post perfectionem, quia ipsa inducitur ex ultima consumptione l. is quis quadringenta. §. quædam. ff. ad l. Falcidiam, & propterea semper datur diffinitio rei deductæ in esse, & sequeretur ꝙ homo deberet diffiniri, quod est sperma in uentrem proiectum nutritum per nouem menses & postea editum, quod a nemine admittitur, sed diffinitur quod est animal rationale & mortale, & hoc demonstratur in omnibus diffinitionibus in corpore iuris traditis, ut in diffinitione pacti, testamenti, doli, & obligationis, & actionis, cum infinitis similibus.

255 Tertio † præsupponitur quod stipulatio sit uerborum obligatio, quod est falsum & absurdum, quoniam uerborum obligatio est effectus stipulationis, & obligationes nascuntur a contractibus. §. penul. insti. de obligatio. & l. j ff. de actio. & obligationib. cum multis concordanti. & stipulatio est actus primo introductus a quo descendit obligatio, l. Labeo, lib. j. ff. de uerbo. signi. & uidemus stipulationem conditionalem esse sine obligatione, l. cedere, diem. ff. de uerbo. significatio. & §. sub conditione. insti. de uerbo. obligationib. quod nõ posset esse si stipulatio in substantia esset uerborũ obligatio. & propterea remanet obiectio fortis, quod si est uerborum conceptio facti est, & opinio docto. falsa est, unde opportet dicere, uel

quod ipsa falsa sit, uel diffinitio non bona.

256 Quinto † huic etiam diffinitioni obstat, quia non complectitur omnes stipulationes, nam multæ reperiuntur in quibus quis non promittit dare uel facere, ut est exemplum in l. si ita quis. ff. de euictioni. ubi si quis dicit, promittis seruũ non esse furem uel uespertilionem, & ipse dicat promitto, est stipulatio. & tamen non promittit aliquid dare uel facere, & licet postea text. subdat quod continetur promissio de soluendo interesse si erit fur, tamen non tollit contrarium, ex eo quia tunc subintelligitur secunda stipulatio promittẽdo interesse, & hoc ibi fit ne uideatur prima impossibilis, tamen ipsa est stipulatio prima quæ non continet dari uel fieri, & non mutatur propter secundam subintellectam.

Aliud exemplum est de acceptilatione, in qua interrogans dicit habes ne acceptum & ille respõdet habeo, & tamẽ est stipulatio, absque eo quod promittat dare uel facere, & si dicatur quod implicite continetur pactum de non petendo, respondetur similiter quod est noua conuentio quæ implicatur separata ab acceptilatione, & ideo sine pacto nudo acceptilatio aliquando reperitur. l. si §. acceptilatio. coniuncta. l. si accepto latum. infra de acceptilationibus. & infra etiam dicemus. itẽ in l. si stipuler. §. fin. infra eodem dicitur quod ista uerba (uendis uendo locas loco) faciunt contractum stipulationis, & tamen tunc non sunt ista uerba quod promittat dare uel facere, & licet subaudiatur quod ille teneatur dare rem uẽditam non est propter stipulationem ipsam, sed propter nouam conuentionem quę implicatur, ideo quamuis illæ interpretationes fiant, non tollitur quin diffinitio sit deffectiua, quæ præsupposuit conceptionem uerborum esse de dictis promissionibus, & quod uerbaliter illa exprimantur. unde quatenus reperitur quod stipulatio reperiatur sine prolatione illorum uerborum, apparet quod diffinitio non est bona, nimis restringens formam suam ad expressionem illorum uerborum.

257 Propterea apparet † quod hæc diffinitio peccat in quinque, primo, quia non est data per genus proprium, secundo, quod non continet materiam stipulationis communem cum aliis contractibus quæ consistit in consensu. Tertio, non conuertitur cũ diffinito quia continet aliud quã stipulatio, ut quando fit per iocum, uel a furiosis, seu infantibus. Quarto præsupponit quod sit facti, & docto. tenent quod ipsa in materia sit iuris. Quinto, quia non continet omnes stipulationes, & ideo obstat dicta l. j. §. dolum. ff. de dolo. & defensiones docto. non possunt tollere istas obiectiones, quin urgentissime eam oppugnent.

258 Quare † pro resolutione dicendum est, saluando Pomponium, in quantum potest fieri, cum nobis non liceat eum reprehendere, & concludendum est, quod Pomponius omnia ista cognouit, sed ipse non habuit intentionem dandi illã exquisitam & doctrinalem diffinitionem per ueros modos diffiniendi confectam, prout requirunt Philosopphi, Logici, atque Legistę. Sed tantummodo uoluit dare quandam descriptionem largã continentem tantummodo ea quæ ad sensum uulgi apparẽt, ut ab idiotis intelligatur. unde expressit tantummodo ea quæ apparenter faciunt stipulationem. differre ab aliis contractibus, cum cæteri contractus sine uerborum prolatione, & a mutis & surdis, & sine forma interrogationis fieri possint, ipsa autem stipulatio differt ab omnibus contractibus, quoniam oppertet quod fiat utroque loquente, & fiat conceptio uerborum ab utroque prolatorum, cum hac forma quod præcedat interrogatio & sequatur responsio de dando uel faciendo id ad quod interrogatus est, & uisum est ei sufficere exprimere ea in quibus apparenter differt ab aliis contractibus, non ingrediendo subtilem illum & exquisitum modum diffiniẽdi, & uere per idiotas talis diffinitio facilius intelligitur quam per doctrinalem modum diffiniẽdi, nec hoc est inconueniens, quia idem seruauit Iustinianus in diffinitione spetierũ imperii. in l. imperium. ubi etiam dixi. ff. de iurisdictio. omniũ iudicum. & in multis aliis locis & hoc etiam consideratur a Logicis, dum aliquando describunt hominem, dicendo quod est animal bipes habens caput eleuatum ad Celum cum duobus oculis & manibus, nam hæc est descriptio apparenter demonstrans hominem Idiotis in quo differrat ab aliis animalibus, & non est exquisita illa diffinitio ꝙ dicatur esse animal rationale & mortale.

259 Si tamen † tu uelles diffinire stipulationẽ per exquisitos modos diffiniendi, potes dicere. stipulatio est duorum in idem consensus uel conuentio. l. pactum. ff. de pollicitatio. ponendo ista pro genere, cum pactum & conuentio sint genus proprium ad stipulationem. l. j. in fi. ff. de pact. & postea subaudiendo ea in quibus differt ab aliis contractibus, uel breuius potes ita dicere. stipulatio est contractus per præcedentem uerbalem interrogationem & cõgruam responsionem inter præsentes unito contextu confectus.

260 Et primo † dicitur quod est contractus, idẽ posset dici quod est pactum uel conuentio, quoniam hæc tria idem significant, ut supra dixi, tamen ex primo contractum, quia frequentius iura ita dicunt, & ideo in. §. penul. insti. eodem cum suis conco. dicitur, quod obligationes nascuntur ex contractibus qui rẽ uel uerbis uel consensu contrahũtur, & quod sunt quatuor species contractuum & dum dicit de contractu qui uerbis contrahitur, intelligit de stipulatione quæ est contractus uerborum, dum dicitur quod est contractus, demonstratur quod est consensus duorum in idem. dicta. l. j. ff. de pact. qui consensus conuenit omnibus aliis cõtractibus, excepta pollicitatione, apparet quod est genus proprium.

261 Item † ex eo quod dicitur contractus, præsupponitur consensus qui est materia stipulationis sine quo esse non potest, dicta. l. j. in fi. ff. de pact. & sic per hoc uerbum (contractus) tolluntur duo obiecta, & ponuntur duo substantialia, scilicet propriũ genus, & materia conueniens omnibus contractibus, taliter quod solũ est addenda forma seu differentię,

ferrentiæ, per quas stipulatio distinguitur ab aliis contractibus.

262 Ideo† subiicitur per interrogationem uerbalem præcedentem, quæ est de forma stipulationis. l. j. in principio. infra eodem. & opportet quod sint uerba per linguam specificata, ut ibidem dicitur, & postea additur. & responsionem congruam sequentem, non exprimendo se daturum uel facturum, ut possint cōtineri omnes stipulationes quæ in uerbis non promittunt aliquid dari uel fieri. & etiam quia continetur consensus, excluditur stipulatio iocosa, & facta a furiosis, uel infantibus, cum in eis non sit consensus, unde conuertitur cum suo diffinito continēs illas stipulationes omnes cum uerbis excludēdo eas quæ nō sunt proprie stipulationes, & additur postea (inter præsentes) quoniā non potest fieri per nuntium uel epistolam, & per istam qualitatem etiam differt a cæteris contractibus. item additur (unico contextu) ut ponatur solemnitas stipulationis de qua habetur in. §. qui præsens. & in l. continuus. infra eodem. & additur postea (confectus) ut demonstretur perfectio, & quod diffinitur prout est in esse deducta. Propterea remanet quod per hanc diffinitionem continentur omnia substantialia, & cessant omnes obiectiones supra factę, & fatendum est quod Pomponius noluit dare diffinitionem exquisitam sed tantummodo quandam descriptionem per qualitates magis apparentes, ut facilius ab idiotis intelligeretur.

Quibus sic declaratis succedunt multæ spetiales dubitationes circa dictam stipulationem, quæ

263 singulariter sunt exprimendæ. Et prima † est, utrum stipulatio sit uerborum obligatio, & cōmu

* niter * docto. præsupponunt quod sic quando est in esse deducta, & probant per rubricam iuncto Nigro, cum in ea dicatur, de uerborum obligationibus, & statim in Nigro dicatur de stipulatione, ideo ne sit extra propositū, opportet dicere quod stipulatio & uerborum obligatio sit idem. Secundo confirmant, quia in. §. fi. insti. de uerbo. obligatio. dicitur quod contractus re uerbis uel literis contrahuntur. & tamen postea in titulis sequentibus, & in aliis concordantibus dicitur, quod obligationes re uerbis & literis contrahuntur. ergo contractus & obligatio sunt idem, cum ęqualiter in eisdem proferrantur uerba, quod contrahuntur re & uerbis.

Sed tamē cōtraria opinio uerior est, quod imo stipulatio & uerborum obligatio differrant, quia stipulatio est contractus ex consensu duorum constitutus cum uerbis, obligatio uero est iuris uinculum quo necessitate astringimur. insti. de obligationi. in princi. ergo differunt, cum habeāt diffinitiones diuersas. item in eodem. §. penul. cum suis concordanti. dicitur, quod obligationes nascuntur ex contractu, & idem dicitur in tit. de obligationibus quæ ex quasi contractu nascuntur. & postea quæ ex delicto uel quasi delicto nascuntur. ergo apparet quod obligationes sunt effectus contractuum, & ab eis dependent, & differunt sicut pater & filius, & confirmatur etiam, quia ex stipulatione conditionali non nascitur uerborum obligatio pendente conditione, & tamen est contractus, ut no. insti. de emptio. & uenditione in principio cum similib.

264 Et propterea† omnino tenenda est opinio contra docto. hic, quod stipulatio non sit uerborum obligatio, sed sit contractus uerbis confectus, nec obstat rubr. nostra, quia responsum fuit in principio, quod ita formata fuit ut conueniret generali titulo præcedenti de actionibus & obligationib. tamen etiam in hoc titulo tractatur de stipulatione sine qua esse non potest. & est necessarium antecedens, & opportet scire an sit seruata eius forma & an sit ualida, ut cognoscamus quas uires habeat uerborum obligatio. arg. l. illud. ff. de acquir. hære. nec obstat quod eodem modo dicatur contrahi contractus & obligatio re uel uerbis, quia hoc contingit ex eo quia ex unoquoque genere contractuum nascitur sua propria obligatio, & si contractus re contrahitur, obligatio dicitur eodem modo re contrahi, ex eo quia sine contractu ita firmato esse nō potest, & dicitur obligatio uerbis contrahi, ex eo quia sine contractu qui uerbis contrahatur esse non potest. & idē de singulis, sed in effectu est contractus præcedens, qui re uel uerbis contrahitur, non autem ipsa obligatio, tamen ita appellatur quia dependet ab eo ita formato.

265 Secunda † est dubitatio, utrum stipulatio sit

* iuris uel facti, & dicunt communiter * docto. esse iuris, sed per malam rationem, quia stipulatio in esse deducta dicitur esse uerborum obligatio, quod statim reprobauimus. Ias. uero in dicto. §. stipulatio dicit quod est facti, etiam per malam rationem, quia stipulatio est uerborum conceptio, quod etiam reprobatum fuit, quia materia & genus stipulationis non potest consistere in uerborū conceptione, sed consistit tantummodo in contractu & consensu. dicta. l. j. in fi. ff. de pact.

Vnde ad resoluendam istam quæstionem, opportet recurrere ad aliam sæpius uentilatam, utrū contractus omnes dicantur iuris uel facti. & Bar. in l. si is qui pro emptore. uidetur dicere quod sint iuris cum mixtura facti, ego autem ibi. & in l. j. ff. de acquir. poss. tenui contrarium, quod omnes contractus dicantur esse facti, quia consensus facti est dependens a sola operatione animi quæ facti est. l. bonę fidei. ff. de acquir. rer. domi. & si hoc est in cæteris contractibus fortius est in stipulatione quæ requirit conceptionē uerborum, ideo teneas ut ibi, ad quæ dicta breuitatis causa me remitto.

266 Tertia† est dubitatio, unde denominetur stipulatio, & quę sit eius ethymologia. cui respondet Iustinianus insti. eodem in principio. q̄ stipulatio dicitur a firmitate, ex eo quia firmior est contractus qui sit in iure, unde hoc nomen inde sumit, quia stipulum idem significat quod firmum, & descendit a stipite, ut sicut stipes in arbore dicitur esse firmior pars quæ reperiatur, cum rami uento concutiantur, stipes autem semper firmus permaneat, & sic licet contractus multi debiles sint & concutiantur calumniis partium, tamen stipulatio retinet suam firmitatem, ut semper in mobi-

lis permaneat. unde ethymologia stipulationis cõstituitur, ut dicatur stipulatio, quasi stipuli latio, idest firmitatis latio, sicut acceptilatio dicitur acceptilatio, lege prima cum materia infra de acceptlationi. & causatur uera ethymologia quæ resoluit uocabulum in terminos magis notos. l. secũda §. appellata. ff. si cert. peta. ibi, mutuum est quando fit de meo tuum, & testamentum est mentis testatio, cum similibus, & istam deriuationem tenent communiter* docto.

267 Alciatus uero † in lib. j. parergon capite. 39. dicebat stipulationem non debere denominari a firmitate, neque a uerbo (stipulor) quod significat idem quod firmum, sed debet denominari a stipteria, quæ est quædam species aluminis cuius natura est stringere, & ideo uerba posita in dict. principio insti. eodem. debent esse, quod nomen inde sumitur a stipteria, quæ idem est quod stringo, cũ idem sit stipteria quod stringo, & uidentur sequi aliqui mod. sed tamen hæc opinio est nimis insolens, & temeraria. ex eo quia ausus est iste nouus homo reprehendere Iustinianum, & quatuor compilatores institutionũ. Theophilum. Dorotheum, & reliquos, dc ignorantia, quod ipsi nesciuerint dare ethymologiam neque deriuationem ad terminum stipulationis, & ideo eos tanquam esset suus præceptor, uel haberet iurisdictionem super eos reprehendit, & si se excusare uelit quod corrupta est litera, adhuc insolentia perseuerat, ex eo quia non sufficeret dicere quod uerbum (stipulor) positum fuerit corrupte pro stipteria, quoniam opporteret etiam dicere reliqua uerba sequentia corrupta fuisse, cum uerbum firmum non conueniret; sed deberet esse stringo, & uerbum ex stipite descendens adhuc delendum esset, quoniam nulla conuenientia esset ad illud nomen (stipteriæ) prout etiam ipse prætendit, dicens nomẽ stipitis nullam conuenientiam habere cum stipulatione, & sic opporteret dicere quod omnia illa uerba ibi posita, quia stipulum idem quod firmum significat forte a stipite descendens, essent delenda, & deberet dici, quia stipteria idem est quod stringo, quasi stipulatio magis stringat quam aliquis alius contractus, hoc autem est absurdum ualde, & nullo modo uerisimile quod tot uerba fuerint corrupta, & uitio scriptorum posita, neque ipse aducit uolumen authenticum cui credere debeamus quod illa uerba ita in eo reperiantur. unde fuit omnimodo uera præsumptio, & quod peius est æquiparauit stipulationem alumini, quam dicti compialtores non ignorabant, cuius notitiam habebant etiam mulieres, quæ per eam naturam stringere sciebant. præterea etiam quod haberemus librum authenticum hoc dicentem, talem deriuationem tenere non deberemus, ex eo quia nõ induceret ueram ethymologiam, & nomen esset alterandum, ut non diceretur stipulatio, sed deberet dici stiptelatio, quasi stipteriæ latio, quod est contra omnes leges quæ passim appellant stipulationem non stiptelationem, & ethymologiã Iustiniani secutus fuit Theophilus in institutionibus suis, dicens eam denominari debere a firmitate. & per similitudinem stipulum denominari stipite qui est fustis humi defixus. l. Granaria. supra de actio. emp. quia olim in agrorum finibus ponebatur ad firmam ipsorum finium tutelam, ut inquit hic doctus iuuenis Richerius Fordemonensis, qui dicit quod ex alio non cõueniret, quia nec etiam sermo in Græco posset conuenire stipteriæ & similitudo de stipite est ualde urgens.

268 Alio quoque † modo reprehendebat Varro lib. primo de lingua latina dictam deriuationem seu ethymologiam, asserens Iustinianum, Theophilũ, & alios compilatores ualde errasse, & eos irridebat, dicens quod stipulatio non debet denominari a stipulo, sed debet denominari a stipe, cum stipes significet pecuniam, ut probatur in. l. ager. §. primo. ff. de uerborum signi. & in l. j. intra de col leg. illicitis. & l. quis quis. §. penul. de postulando. in quibus dicitur quod stipes est pecunia menstrua quæ soluebatur militibus, & inde descendit stipendium, quasi stipis, idest illius pecuniæ modicæ solutio. unde uolebat quod stipulatio denominaretur a pecunia quæ plærunque deducitur in contractu stipulationis, & propter eam inuenta fuit, cum principaliter in stipulatione deducatur. §. fin. insti. eod. & l. 5. §. conuentionales. infra eodem. & hanc opinionem sequitur Cora. hic in suis miscellaneis lib. j. capite. 25. & aliqui alii Neoterici. quæ opinio insolentior est & magis temeraria quam præcedens, quia non excusat Iustinianum, quasi corrupta sit litera, sed irridet eum quod nesciuerit ethymologiam stipulationis, & quod cõpilatores institutionum & tot consumatissimi iurisconsulti ignorauerint hanc deriuationem, quasi ipse sit præceptor eorum datus a Deo ad corrigendas leges eorum, & augetur temeritas ex præsumptione, quia ipse grammaticellus nouus homo cum suis sequacibus credidit se meliorem habere cognitionem uerborum linguæ latinę & Romanæ quam haberent ipsi latini antiqui & Romani qui quotidie hæc nomina in ore habebant, & inuenerunt, & habebant ante oculos, & pręmanibus tot libros antiquorum qui de stipulatione quam plurimos libros fecerunt, & deriuationem istam posuerunt, & uerisimilius est quod ipsi melius scirent quam iste homo per tot secula distãs, & ex relatione sola opinionem hãc assumpsit, præterea etiam quod haberet aliquam authoritatem, non esset admittẽda, cum incõueniens esset quod stipulatio diceretur a pecunia magis quam cæteri contractus, quia & per alios contractus maxime conuentiones fierent de excessiuis quantitatibus pecuniarum, & in cõtractu uenditionis & locationis semper interuenire debebat. in stipulatione uero quæ pro medietate consistebat in faciendo plærunque non deducebatur pecunia, unde potius illi contractus debuissent appellari a pecunia & non stipulatio. præterea etiã ex re deducta non solent appellari contractus, & quamuis appellarentur, tamen non deberent appellari a stipe, quia stipes est parua pecunia quæ menstruatim tradebatur militibus, & potius peculium ab ea deberet dici. l. depositi. §. peculium. ff. de peculio. & non stipulatio,

pulatio, quę obtinet tantam pręrogatiuam super omnes contractus, ideo melius ei conuenit stipendium, prout dicitur in dic.l.ager.§.primo. Demũ etiam hęc significatio non deberet acceptari, quia non traderetur ethymologia conueniens, & deberet dici stipelatio, quasi stipis latio, non autem stipulatio, quod est contra denominationem factam ab omnibus legibus iuris ciuilis.

269 Igitur † non recedas a deriuatione ethymologiæ quam tradidit Iustinianus, quæ fundata est in authoritate legislatorũ & antiquorũ iurisconsultorum, & constituit ueram ethymologiam conueniẽtem nomini usitato & approbato, & uides tu in quantam insolentiam incurrunt isti neoterici in hoc & in multis aliis similibus, qui non habentes cognitionem legum, ut conuenit, conantur ostendere subtilitatem eorum in inuentione uocabulorum incognitorum, quasi scientia legalis consistat in uocabulis incognitis, & non aduertunt ꝙ Vlpianus in suis comentariis non intendebat aliud facere nisi ut ab omnibus intelligeretur, & utebatur uocabulis usitatis, & ab omnibus notis, ut facilius intelligeretur, sciens legalem scientiam ex se continere infinitas difficultates, & conabatur eas facilitare cum uerbis claris, & demonstrauit Pomponius hic, qui descriptionem fecit per uerba nota ut ab idiotis facilius intelligeretur, & obseruauerunt multi alii similes, unde ad tollẽdas eorũ cõculcationes, intẽdo (si Deo placuerit) facere libellum in quo demonstrem has eorum opiniones nouas procedere pro maiori parte a præsumptione & ab assertione quod codices eorum aliter se habent, & conabor restituere leges ad candorem & decorem antiquum.

270 Quarta † est dubitatio quam ponunt hic Paulus. Socci. & alii, quare stipulatio denominatur a uerbis, quæ prima facie impertinens uidetur, quoniam statim conclusum fuit stipulationem a stipulo non a uerbis nuncupari. & nullus tex. dicat eam a uerbis denominari, sed tamen ideo formauerunt eam doct. quia ipsi crediderunt stipulationem esse idem cum uerborum obligatione, intendentes quærere quare uerborum obligatio denominatur a uerbis, & quoniam in descriptione Põponii erat dictum, quod stipulatio esset uerborũ conceptio, & alibi dicatur, quod uerbis contrahatur, uidendum est quare dictis uerbis nuncupatur. & Paulus de Castro hic quærebat quare potius denominaretur a uerbis quam a consensu, cum uideatur magis generalis consensus, & propria materia ipsorũ contractuum. l.j. in princi. iuncto. §. fi. supra de pact. sed respondet ipse hoc factum fuisse quia cum consensus conueniat omnibus contractibus; si stipulatio ab eo fuisset denominata, habuisset nomen generale non spetiale, & ideo denominata fuit a uerbis, ut assumeret nomen quod est proprium ipsius, cum alioquin non posset dici contractus nominatus, sicut nec permutatio, quæ quamuis habeat elegans nomen, tamen quia est generale omnibus contractibus correspectiuis per quos una res commutatur cum alia, remanet contractus innominatus, quia non habet spetiale nomen ut est glo. & ibi doct. ponũt in rub. & Nigro supra de rerum permutatione. Sed hanc rationem reprehẽdit Alex. quia sequeretur quod nullus contractus nominatus posset denominari a consensu, cum haberent generale nomen, & tamen nos uidemus quod multi sunt qui denominantur a consensu, ut emptio, locatio, societas, & mandatum, & similes. insti. de obligatio. quæ ex consensu nascuntur. ideo ratio non est concludẽs.

Sed Soccin. saluat Paulum de Castro, dicens, ꝙ consensus capitur duobus modis, in genere, & formaliter. in genere conuenit omnibus contractibus, sed formaliter conuenit tantummodo illis qui consensu contrahuntur, & nũcupantur ab isto consensu formali qui eis dat formam & effectum. & sic ratio Pauli adhuc militat, cum loquatur de illo consensu generali.

271 Sed hæc † saluatio nõ fuit necessaria, ex eo quia negari debet in totum assumptum Alex. quod aliqui contractus seu obligationes denominentur a consensu, nam bene reperiuntur quędam genera subalterna contractuum quæ ex illo consensu perficiuntur, sed tamen nullus est spetialis qui denominetur a consensu, cũ quilibet contractus habeat suum spetiale nomen deriuatum a diuersis uerbis & quamuis dicatur quod contrahuntur re uerbis, & consensu, tamen non per hoc dicunt obligationes neque contractus a uerbis denominari, uel a consensu. Alex. tamen addebat aliam rationẽ, quia dictæ obligationes dicuntur uerbis contrahi. l. obligamur. §. uerbis. supra titulo primo, ex eo quia uerba sunt necessaria ad eas inducendas, & sine eis non reperiuntur, sed alii contractus, & suæ obligationes reperiunť sine uerbis & possunt nutu & sine uerbis fieri. lege. ij & l. item quia. ff. de pact. & l. secunda & l. si creditori. C. de pact. cum similib. & l. consensu. supra tit. primo.

272 Quæ ratio † mentaliter nihil noui affert ex eo quia reincidit in illam quam posuit Paulus de Castro, qui dicebat non denominari a consensu, sed a uerbis, quia erat proprium obligationum & stipulationis, innuens hoc esse, quia istæ cum uerbis tantum & illæ sine uerbis fieri possunt. Aliam etiã rationem adducebat hic Socci. dicens, quod ratio assignari potest, ut denominentur a uerbis, quia conuentio & consensus in stipulatione est ut materia. l.j. in fin. supra de pact. Verba autem sunt de forma, quia nõ potest fieri stipulatio nisi utroque loquente, & obligationes ex ea induci sine uerbis. dicta. l. obligamur. §. uerbis. & l.j. inf. eo. in princi. & res potius debet denominari a suo esse specifico quam ab esse generico, quia forma est illa quę dat esse rei. l. Iulianus. §. quamquam. supra ad exhibendũ, quæ ratio nec ipsa aliquid noui affert, quia & Paulus intendebat dicere quod denominabatur in uerbis, quia erat suum esse specificum, cum diceret quod erant uerba proprium ipsius stipulationis. unde apparet quod omnes concurrunt in unum, quod stipulatio non denominatur a cõsensu, quia consensus conuenit omnibus cõtractibus, & nomen esset generale conueniens eisdem, sed denominatur a uerbis, quia est proprium ipsius,

& est de forma, & res debet denominari potius a suo esse specifico & proprio quam a generico.

273 Vnde † sæpe allegatur hoc dictum docto. hic super istis nominibus, quod res debet denominari potius ab esse specifico quam generico, & non debebant tantum elaborare, quia Iustinianus contractuũ species distinxit, per ea quæ propria erãt ipsorum, dicendo quod quædam obligationes re contrahuntur, quædam uerbis. quædam literis, & quædam consensu, & hæc dubitatio esset fienda de aliis speciebus, quæ literis aut re contrahũtur, & eadem debet dari responsio, & habetur etiam supra in titulo præcedenti.

274 Et tu confirmare † potes per nouam rationem apparentem, q̃m nomina inuenta sunt ad recognoscendas & distinguẽdas res. l. ad recognoscendas. Cod. de ing. & Manumiss. & §. si quis in nomine. insti. de leg. & potissime necessarium fuit hominibus qui loquellam & intellectum habebant, cum alias non possent ratiocinari de rebus nisi per nomina eas distinguerent & demõstrarent, alioquin esset semper confusus & incertus sermo. ideo cum nomina sint inuenta ad distinguendas res, est necessarium quod assumantur ab illa qualitate quæ est magis propria ipsius, & per quam ipse res magis differunt, & cum per solam formam species inter se defferant, necessarium est ut a suo esse specifico nomina assumant, uel ab alia qualitate quæ magis illas res nominatas distinguat ab aliis, & hoc potissime euenit in nominibus appellatiuis. unde solet dici, nomina debere esse conuenientia rebus. §. penu. insti. de donationi. Si tamen postea res ualde notæ essent, quodlibet nomen admitteretur, & succederet alia regula, quod uana rerum uocabula nou sunt attendenda. l. ij. in fi. Cod. de const. pecunia.

Quinta est dubitatio, quoniam dictum fuit ꝙ uerba sunt de forma stipulationis, & proprium ipsius. in quibus etiã tria alia addita fuere, ut quod debeat pręcedere interogatio & sequi responsio, ac debeat fieri inter præsentes, & unico contextu, dubitatio remanet, quare ista pro forma stipulationis inuenta fuere.

275 Et primo † quare debeat præcedere interrogatio. respondebat Paulus de Castro & dicebat ideo esse, quia per interrogationem demonstratur animus interrogantis qui desiderat rem petitam habere. item excitatur animus promittentis qui cognoscit quod si promittet tenebitur dare, & non poterit seruare illum morem. quod multa offerrimus quæ si crederemus acceptari non promitteremus, cum ipse sit certns propter interrogationẽ uerbalem eum acceptaturum, & idẽ dicit Cuma. in l. j. in princi. infra eod. & idem Bar. infra ea. lege. §. si quis simpliciter, ideo dicitur quod qui ad interrogationem respondet magis deliberate respondet, ut per glo. in l. in ementis. Cod. de contrahend. emptio. & per Bar. in l. serui electione. in princi. supra de leg. primo. & est communiter ab omnibus approbata. unde cum ius ciuile desideraret tradere contractum efficacem qui omnimodo seruandus esset. & uoluisset approbare pacta nuda, quia indeliberate dicitur promittere, uoluit ꝙ omnino in stipulatione pręcederet hæc uerbalis interrogatio & sequeretur responsio. unde dicebat Alex. institutum fuisse, quod ex duobus pactis gemminatis propter deliberationem nasceretur actio, quæ tamen ultima illatio non est multũ concludens, quoniam sequeretur quod si in pactis pręcessisset interrogatio & sequeretur annuitio, diceretur pactum producere actionem, quod tamen est falsum. l. iurisgentium. §. quod fere. sup. de pact. & l. j. §. si quis ita, infra eodem, & etiam sequeretur quod si constaret de magna deliberatione, adhuc pacta produxissent actionem, quod tamen supra reprobatum fuit, cum indistincte ex nullo pacto nasceretur actio. item sequeretur quod nunquam stipulatio posset elidi per exceptionem uel doli uel erroris, & tamen uidemus quod sæpe eliditur, ut in toto titulo insti. de exceptio. atque de doli exceptione. cum similib. unde debemus dicere, quod ista ratio fuit impulsiua & non finalis. nã cum ius ciuile plærunque uidisset pacta indeliberate fieri, uoluit eisdem generaliter pręstare actionem, etiam quod præcederet interrogatio, & cum uidisset quod præcedente interrogatione cũ responsione formali congrua demonstrabatur deliberatio magna, generaliter disposuit, quod dictę stipulationes seruari deberent, cum modificatione tamen, quod si appareret de contrario competerent exceptiones, & sic rationes istæ sunt impulsiuæ & non finales, quæ dederunt causam ædicto. iux. l. j. §. sexum. de postulando. quantum uero ad pactum gemminatum, dicas quod similitudo non procedit de promissionibus duplicatis ad interrogationem & responsionem ut statim dicam, & an nascatur actio concludas ut supra.

276 Item † dum pro forma requiritur quod uerba ista inter præsentes proferrantur, dubitari potest quare hoc fuerit inductum, & ratio etiam est apparens, quia per præsentiam & gestus factos cum uerbis magis cognoscitur uoluntas, & promittẽs uidens instantiam interrogantis magis cogitat & magis deliberate promittit, & militat dictum Virgilii. urget præsentia Turni. & cum intenderet ius ciuile facere contractum efficacissimum uoluit & hanc qualitatem pręsentię interuenire, quę tamen ratio & ipsa est impulsiua, cũ & possit euenire quod inter præsentes nõ sit illa deliberatio, tamẽ quia plęrũq; cõtingit dedit causam edicto.

277 Item † & tertio requiritur quod interogatio & promissio fiat unico contextu seu incontinenti, aliter stipulatio est nulla. l. j. §. qui præsens, & l. cõtinuus. inf. eo. & ratio fuit, quia perseuerando semper in eodem actu cum maiori deliberatione eũ facio, sicut etiam dicitur de testamentis in l. cum antiquitas. C. de testam. & dicitur unicus contextus quando partes non transeunt ad extraneos actus ideo si biberent uel comederent, uel alium actum necessarium facerent, non impeditur unicus contextus. ut no. in dicta. l. cum antiquitas & in dicto §. si præsens. sed tunc impeditur quando fit transitus ad exteaneos actus, quia tunc interrumpitur uoluntas & deliberatio, & succedit regula plu-

la pluribus intentus minor est ad singula sensus, not. in l. is qui reus. digest. de pub. iudi. & l. neganda. Codic. qui accus. no. poss. Ripa tamen hic adducebat in contrarium, quia imo responsio facta ex interuallo uidetur magis deliberata, quoniam maiori tempore potest deliberare, & experientia quæ est rerum magistra hoc demonstrat, & probatur in l. si mulier. Cod. ad uelleianum.

278 Sed tu † defendendo dicas, quod imo incontinenti est maior deliberatio, quoniam non interrumpitur uoluntas, & cogitatio per extraneos actus, & ex præsentia continua magis augetur, nec obstat dicta l. si mulier. Codic. ad uelleia. quia loquit̃ de promissionibus duplicibus. quę pene multiplicatę demonstrant maiorem deliberationem. seu quod melius est maiorem perseuerantiam in actu, sed per interrogationem & responsionem & expeditionem ipsius actus incontinenti uidetur esse magis resoluta deliberatio, unde cum ius ciuile uelit efficacissimum actum facere & hoc etiam interuenire uoluit, ut etiam in dicta l. cum antiquitas. tamen ut etiam dixi hęc ratio est persuasiua non finalis, & concludit a communiter accidentibus, non pręcise, tamen sufficit quod dederit causam ædicto. arg. dictæ l. j. §. sexum. ff. de postul. facit etiam, quia stipulatio est actus indiuiduus & per interuallum interrumpitur, ut non possit habere perfectionem, cum animus interrogantis præsumatur defecisse, & non perseueret deliberatio ab utraque parte. item est inconueniens quod actus indiuiduus scindatur per tẽpus, quia postea non uidetur esse idem actus, ut dicitur in l. hac consultissima. Cod. de testam. & §. primo insti, de duob. reis. & responsio ex interuallo solum uidetur esse ualidior ut sit presеuerantia in promittente, & præsumatur deficere uiolentia uel dolus seu circunscriptio, sed quantum ad deliberationem melius est quod incontinenti respondeatur, ne per interuallum medii temporis alteretur animus promittentis, & alteretur ex cogitatione uariorum negotiorum.

279 Sexta † succedit dubitatio, quare stipulatio potius denominetur ab interrogatione quam a responsione, nam stipulatio deriuatur a uerbo (stipulor) stipulari autem est interrogare, ut dicit Priscianus, quem allegat glo. infra in principio legis primæ. ideo sequitur quod stipulatio propter uerbum (stipulor) denominatur potius ab interrogatione quam a responsione, & no. etiam in l. si non sortem. §. idem, de condi. indeb. & insti. quib. mod. toll. oblig. §. idem iuris. & in. §. quid quid. & in multis similibus quæ dicunt stipulatus est aliqd dari. & §. præterea inutilis. insti. de inutilibus stipulationib. & tamen deberet magis a responsione denominari, quia est de substantia stipulationis, etsi non fiat cum uerbis inutilis remanet. l. j. §. si quis ita. infra eodem. respondet Alcia. in secũdo lib. parergon. cap. 27. quod ideo ab interrogante denominatur quia ille habet utilitatem & acquirit, & dignius est acquirere quam dare, & nomina debent, a, potentiori uel nobiliori parte imponi. argum. text. in l. cum quæritur. de sta. hom. & not. in rubric. digest. si cert. petat.

280 Sed huic † rationi obstat aliud contrarium dictum glo. in rubric. digest. Commod. quæ refert authoritatem sanctorum patrum dicentium, beatius est dare quam recipere. ergo potius a promittente qui dat quam a stipulante qui accipit denominari debet. Sed tu potes respondere defendendo prædictam opinionem, & dicere authoritatem sanctorum patrum referri debere ad elemosinam, quia dantes elemosinam beatitudinem acquirunt & uitam æternam, & qui eam accipiunt tantummodo subuentionem in mundo, unde solent quotidie sacerdotes dicere quando eis fiunt oblationes, centuplum pro uno accipietis & uitam eternam posidebitis. Sed hæc authoritas non procedit in negotiis hominum, quia in illis beatius est acquirere quam dare & qui dat non recipit centuplum, sed uix simplũ recuperat.

Vnde dicendum est quod in elemosinis & aliis piis dationibus beatius est dare quam accipere, sed in negotiis mundanis beatius est acquirere quam dare. & cum loquamur de stipulatione super negotiis hominum, ratio Alcia. remanet bona, sed tunc instari potest de acceptilatione quę uidetur denominari ab accipiente & qui habet damnum. §. per acceptilationem. insti. quibus modis tolli. obliga. tamen potes respondere, quod imo denominatur ab acquirente, ex eo quia ille qui soluit dat & acquirit solutum licet per fictionem, quam tamen non facit nisi accipiat utilitatem.

281 Sed iterum † potest instari de dicta rubric. supra commo. & depositi. cum aliis sequentibus simili. Sed adhuc potest responderi, quod imo commodatum denominatur abeo qui acquirit, cuius commodo ei datur, uel secundo potes dicere quod contractus qui incipiunt a datione rei debent denominari ab ea, quia ipsa est substantia eorum sine qua esse non possunt, ut in danda dote, donatione, commodato. & deposito. sed alii contractus debent denominari ab acquirente, tertio dici potest, quod nobilius est dare quam accipere, quando retinetur dominium, quia facio gratiam & ditior & moror ut in eo quod datur. quæ tamen omnia procedunt ex quadam ratione impulsiua & persuasiua quia si constat de alia uoluntate nominantis stamus ei, quia nomina adlibitum ponuntur, & sæpissime uana uocã tur uocabula. ut inquit Iustinianus in l. ij. in fi. C. de consti. pecun.

282 Septima † est dubitatio, quæ uerba sint necessaria ad stipulationem concipiendam. cum in dicto. § stipulatio. dicatur quod est uerborum conceptio cum interrogatione & responsione. ad istud uidetur respondere Iustinianus insti. eod. in princi. quod ad eam concipiendam sunt necessaria certa solemnia uerba ibi enumerata, sed tamen in contrarium uidetur esse lex prima. §. si quis ita. infra eodem. ubi si quis dicit promittis uel spondes non est necessarium dicere promito uel spondeo, sed sufficit dicere quid ni, seu

cur nō, & sic non seruatꝰ solemnitas uerborū, facit etiā tex. in eadē l. §. fi. qui clare dicit, quibuscunque uerbis (dummodo se contrahentes intelligant) stipulatio potest fieri, & unus Græce, & alius latine potest respondere, & unus sermone assirico: & alius sermone gallico, per quas uarias linguas apparet quod nulla poterat esse solemnitas in stipulatione, & propterea uidetur esse contradictio magna inter dictas leges & Iustinianum in dicto. §. primo. insti. eodem, qui dixit solemnia illa uerba obseruata fuisse usque ad tempora Leonis, & quod Leo fuit ille qui ea sustulit, & etiam repetitur in l. omnes. C. de contrahend. & committenda stipulatione. unde dubitatio remanet quis fuerit ille qui sustulerit illam solemnitatem, an Vlpianus & alii iurisconsulti uel potius fuerit Leo imperator. similis dubitatio fuit in l. j. supra de leg. primo. an adequatio legatorum & fideicommissorum fuerit facta ab Vlpia. ut innuit dicta l. prima. an a Iustiniano ut innuit lex secunda. Codi. communia de legat.

Soccinus hic uidens hanc contradictionem, uolens tollere eam, dicit quod hæc solemnitas durauit usque ad tempora Leonis & ipse eam sustulit, sed tamen compilatores & Iustinianus per eos habens maximam uenerationem ad authoritatem iurisconsultorum, correctionem illam attribuit eis. arg. l. ij. §. tanta. Co. de uet. iur. enucleand. quæ responsio uidetur continere inconueniens, quoniam Iustinianus habuit uenerationem iurisconsultis in iis quę ipsi fecerunt, interponendo nomen eorum authorum, tamen non est credendum uoluisse eis tradere quod ab aliis confectum fuit, & eis iniuriam facere, cum sicut noluit iurisconsultis iniuriam facere ita credendum est noluisse facere imperatoribus. præterea istud faciendo causauit contradictionem in iure nostro, quam nos habemus, & melius fuisset tacere eam factam fuisse a Leone, & dicere quod fuere uerba solemnia, quæ postea recesserunt ab usu, & cum non obseruarentur a iurisconsultis, præsumptum fuisset eos fecisse, unde tollerabilius fuisset dicere ꝙ compilatores posuerunt illas decisiones ne inueniretur contradictio in iure, tamen nec etiam hoc est tutum, cum debuissent postea aufferre dictam l. omnes, a Codice. & impedire totalem contradictionem.

Ideo secunda fuit solutio Socci. quod antiquo tempore nulla fuit solemnitas usque ad Vlpianū, & post Vlpianum incepit obseruari, & per Leonē postea sublata fuit, quod comode potuit euenire, cum Vlpianus fuerit tempore Alex. qui per ducentum quinquaginta annos fuit ante Leonem. & intermedii fuere uiginti imperatores, ut inquit hic Socci. ex authoritate Eutropii, & apparet in lexicon iuris. ita quod hæc solemnitas uideatur esse de media iuris prudentia. similem solutionem fecerunt docto in l. j. Co. de rei uxo. actione. & in multis aliis similibus locis. ut euitarent contrarietates, tamen & ista solutio est periculosa, ex eo quia præsupponit unum non uerisimile, quod tempore imperatorum auctæ fuerint solemnitates in contractibus & aliis actibus, cuius contrarium apparet semper fuisse obseruatum, cum solemnitates tātummodo fuerint antiquissimo iure introductæ, l. ij. §. deinde ex iis legibus. digest. de orig. iur. cum similibus. quæ postea fuere paulatim sublatę quando creuit imperium, ut pene totus mundus obediret ei, & propter uarias nationes ad quę negotia confluentia apparuit has solemnitates esse inutiles. unde facta fuit lex directas. Codic. de Manumi. testam. & l. j. Codic. de formul. & l. quoniam indignum. Codic. de testam. & l. in legatis. Codic. de leg. cum infinitis similibus. & in titulo de nudo iure. Quirit. tollend. & Codic. de lati. lib. tollend. & nulla lege apparet quod talis solemnitas fuerit introducta. unde remanet præsumptio quod habuerit originem a lege xii. tabularum, & quod postea fuerit sublata, & cum clare Iustinianus dicat eam esse sublatā a Leone, & uideamus non fuisse seruatam ab Vlpia no remanet uera contradictio.

283 Quare nos† possumus dare tertiam solutionem concordando opiniones, & dicere quod solemnitas erat duplex, una in quantitate uerborum, ut in fine per sex illa uerba fieri posset, quæ tamen continent quasi omnia apta ad contrahendum. Secunda fuit in modo respondendi, ut teneretur quis respondere per illud met uerbū per quod erat interrogatus. alioquin si quis dixisset spondes, & ille respōdisset promitto, inutilis erat illa stipulatio. Sed tempore Vlpiani sublata fuit solemnitas in modo respondendi. ut quis posset respondere per alia uerba ęquipollentia, ut dicitur in dicto. §. si quis ita. ni uerbo quid ni. & in dicto. §. fin. ubi per diuersas linguas poterat responderi, quāuis uerba non essent eadem in responsione quæ essent in interrogatione, & uidetur etiam concludēter probari in l. blanditus. Codic. de fideiusso. ubi uerbum (quid uis faciam) iam receptum fuerat ut compleret stipulationem, quamuis non esset directum respectu interrogationis, & tamen præsupponitur ibi stipulationem ualidam fuisse, alia autem solemnitas de quantitate uerborum, ut non nisi per sex uerba fieri posit, durauit usque ad tempora Leonis, & per ipsum ea sublata fuit, & ita procedat text. in dicto. §. sed hæc solemnia. & in dicta l. omnes, & propterea in ea dicitur quod hodie potest fieri uerbis directis & obliquis, cum illa directa sint illa sex, obliqua uero sunt ea quę per interpretationem denotant intentionem, ut dicebat Azo. habebis centum, & ille respondeat habebo, uel aliud simile uerbum proferatur, ut uis me habere centum & ille dicat uolo.

Quare remanet (quid quid esset de iure antiquo) quod hodie nulla solemnitas requiritur neque in certis uerbis proferrendis neque etiam in modo respondendi, sed quæcunque uerba æquipollentia demonstrantia interrogationem & responsionem sufficiant ad perficiendam stipulationem. dicto. §. sed hæc solemnia. & dicta l. omnes, ibi, quibuscunque uerbis. Quibus sic stantibus,

Octaua

284 Octaua † succedit dubitatio, utrum hæc licentia concessa conficiendi per quęcunque uerba stipulationem extendatur etiam ad Zifras uel literas, ut si partes conueniant quod litera A significet promittis, & litera. B. significet promitto, an si unus proferat A. & alter B. inducatur stipulatio ualida, qui articulus diffuse examinatur per docto. & redditur ualde disputabilis, ut hic per Socci. & per Ias. in l. j. §. fi. infra eo. & Nigrum in l. j. §. primo. infra eodem.

Et pro parte affirmatiua quod ualeat, adducitur text. in l. j. §. fi. infra eodem. ubi dicitur, quod omnis sermo denotans uoluntatem contrahentium inducit uerborum obligationem, dummodo se inuicem intelligant per se uel uerum interpretem. sed quando per Zifras facta fuit interrogatio & responsio se inuicem intelligunt per interpretationem referrendo se ad conuentionem promissam, ergo stipulatio ualet. Socci. hic respondet quod procedit quantum ad solemnitatem uerborum quæ non requiritur, non autem quantum ad prolationem, ut sine uerbis expressis stipulatio facta fuerit, cum text. dicat omnis sermo. & uerbum (sermo) denotat orationes per suos terminos conuenientes, non autem dicitur fieri per syllabas prolatas uel Zifras. Secundo potest responderi, quod ille tex. nihil facit, quia solum loquitur de uarietate uerborum ex uarietate linguarum inducta, quæ licet uerba penitus extranea uideatur continere, tamen sufficit quod contrahētes ea intelligant, & omnis sermo (licet uarius) ex uarietate linguarum fit habilis, dummodo se inuicem intelligant per se uel interpretem, & hæc uidetur esse realis responsio.

Vnde secūdo pro parte affirmatiua adducitur. quod omnes actus partium conuentione, legem & formam accipiunt a uoluntate eorum. l. j. §. si conuenerit. ff. deposit. ergo stipulatio ex conuentione potest recipere hanc legem ut fiat per istos caracteres dummodo habeant congruam significationem, & partes se inuicem intelligant. Sed respondetur, quod dictus §. si conuenerit. intelligitur de naturalibus contractus quæ uariari possunt non autem de substantialibus quæ partes mutare non possunt. l. cum præcario, supra de præcario. & no. in l. ij. in princi. & l. cum quid. ff. si cer. petat. dati enim sunt quidam limites contractibus qui a contrahentibus præteriri non possunt, ne sit ipsis licitum confundere omnes contractus, & maxime circa formas eorum.

285 Vnde † cum pro forma stipulationis inductum fuerit quod interueniat uerborum conceptio, nō possunt partes huic formæ renuntiare. dicta l. cum præcario. & no. in l. 3. de testam, & l. inter cætera. de lib. & posthum.

Tertio adducitur text. in dicta l. omnes. Co. de contrahend. & committend. stipula. ibi, quibuscunque uerbis, quod plenius repetitur in dicto §. sed hæc solemnia. qui dicit (quibuscunque uerbis sensum & consonantem intellectum habentibus) sed respondetur per glo. ibi, quod illa uerba (solemnia) recipiunt restrictionem de habilitate, ut intel ligantur de uerbis habilibus & congruis, per l. ut gradatim. §. sed & si lege. de muner. & hono. & not. in l. qui autem. §. fin. digest. de consti. pecunia. & plene per Bar. in l. j. §. nuntiatio. digest. de Noui. oper. nuntiatio. sed. A. & B. & Zifræ non sunt aptæ neque habiles, ergo de eis non fuit facta dispensatio, cum requiratur quod saltem denotent interrogationem ueram & responsionem, & seruetur forma. l. j. §. si quis ita. infra eodem.

Quarto inducitur text. in dicto. §. sed hæc solemnia. ibi (sensum & consonantem intellectum) ergo sufficit quod sit sensus & consonans intellectus, idest contrahentes se inuicem intelligant in responsione & interogatione, sed quando actum fuit ut dictæ zifræ & literæ denotent interrogationem & responsionem uidentur esse uerba habētia consonantem intellectum, & exprimentia mentem contrahentium, ergo ualebit stipulatio, & nihil interest an litera. A. exprimat promitto, uel similis alia syllaba, cum possit esse quod in una lingua una sola syllaba significet unum uerbum integrum, sicut habetur in sacra scriptura in diuinis nominibus, in qua sæpe una syllaba exprimit nomen Dei, uel aliquam aliam qualitatem, & sæpe hoc apud germanos reperiri poterit, Sed respondetur quod illa non procedunt in iis quæ sunt de forma, quando lex mandat quid utroque loquente fieri cum responsione & interrogatione, & per uerba apta secundum legem.

286 Nec homo † potest mutare hoc uerbum promitto uel promittis nisi per ęquipollentia uerba inducta a regione, quia nomina appellatiua nō sunt in potestate singulorum, sed a tota regione concipi debent, ut habetur in l. si quis in fundi uocabulo. in fi. ff. de leg. primo.

Quinto adducitur glo. in dic. l. si quis in fundi uocabulo. de leg. primo, quæ uoluit quod si præcise apparet de uolūtate testatoris, ꝙ quando legat bouem uelit intelligere de equo, quod illa uoluntas seruabitur, & legatum ualebit in equo ex sola sua uoluntate contra institutionem regionis. sed respondebat Imol. quod ille tex. procedit in ultimis uolūtatibus, in quibus hæc forma non fuit attributa ut uerbis exprimeretur uoluntas, hic uero tractamus de stipulatione, in qua pro forma fuit introductum ut suis uerbis uoluntas contrahentiūm demonstretur cui renuntiari non potest d. l. cum præcario. ff. de præcario. Sed eam reprehēdit Areti, hic, dicens ꝙ licet ipse illam distinctionem alias tenuerit, nunc uero sibi non placet, quia ea quæ seruantur in legatis debent seruari & in stipulationibus, & uoluit glo. in l. quæ extrinsecus. inf. eodem. quæ dixit, quod si quis interrogauit de boue, & intentio ipsius fuerit petere equum, talis stipulatio ualet, & sic non interest inter stipulationem & legatum.

Sed tamē postea Socci. confirmat distinctionem, quia in legatis non sunt necessaria uerba, & nutu fieri possunt. l. nutu. ff. de leg. tertio. unde facta demonstratione inepta ualet legatum, non ex uerbis sed ex sola uoluntate. in stipulatione uero forma requiritur cum expressione uerborum, & non

sufficit quod per signa constet de uoluntate. dicto. §. si quis ita. quia hæc uoluntas debet exprimi per uerba naturaliter denotantia intentionē, & non per Zifras, quæ hanc uoluntatem exprimere non possunt, neque secundum naturam a regione impositam, neque partes habent hanc potestatem. & ideo non stringit.

Sexto facit secundum Areti. quia dicta in præcedentibus uidentur repetita in sequentibus. l. Titia. §. item respondet. infr. eodem. etiam quod nullum signum exprimatur de repetitione, quāto magis erunt repetita quando erit signum expressum ut repetantur, & tunc non est fictio sed est quædā animi declaratio, ut contrahentes per illa uerba exprimant intentionem, promittis & promitto. l. Labeo. in fin. ff. de supelle. leg. confirmatur, quia uerba sunt inducta ut exprimant mentem & animi intentionem. l. Labeo. §. idem Tubero. de suppellectili leg. ergo cum per hęc uerba exprimatur animus contrahentium uolentium facere interrogationem & responsionem, sufficere debent. Sed ad istud etiam respondetur, quod non sufficit animus nisi ille exprimatur per uerba hoc significantia secundum significationem attributam naturaliter a regione illis uerbis, alioquin sequeretur quod per nutum solum posset fieri stipulatio, quia in nutu est congrua responsio secundum mentem & consensum cōtrahentium, & debēt sufficere eis hoc prætendentibus.

Septimo adducitur, quia ubi constat de mente disponentis non attenditur aliud ommissis uerbis & eorum significatione. l. Librorum. §. quod tamen Cassius, de leg. tertio. Sed facilis est respō sio, quod illud procedit in ultimis uoluntatibus, quæ possunt ualere ex solo nutu, & in aliis contractibus qui solo consensu possunt contrahi, sed sola uoluntas non sufficit in stipulatione, nisi illa exprimatur uerbis & congruis secundum significationem naturalem responsionem inducentibus, & summa est responsionum ad omnia contraria, quod illa procedunt quando aliquid non requiritur pro forma, hic autem nos loquimur de stipulatione, quæ ad sui essentiam requirit uerborum expressionem pro forma, quæ per uoluntatem contrahentium alterari non potest, ut pacta expressa contra substantiam contractuum nulla sint, dicta. l. cum præcario. ff. de præcario. & no. in l. secunda & l. cum quid. ff. si cer. peta.

287 Contrariam† opinionem, quod imo stipulatio non ualeat per Zifras seu caracteres, tenuit glo. in sti. eo. in. §. sed hæc solemnia, in uerbo (quibuscunque) quam sequuntur communiter* docto. & pro hac opinione adducitur, quia uerba debent esse congruentia. l. j. §. fin. inf. eodem. & secundum suam naturalem significationem exprimere interogationem & responsionem, & uerba generalia recipiunt restrictionem de habilitate. dicta. l. ut gradatim. §. sed etsi lege. & l. qui autem. §. fin. infra de consti. pecu. sed respondetur per tenentes aliam partem, quod stante prædicta protestatione, sermo dicitur esse congruens, cum nihil intersit an litera. A. significet promitto, uel exprimantur omnes caracteres dicti uerbi, sicut nō interest quando uerbum (promitto) grece exprimitur, uel assirica seu germanica lingua, & responsio redditur certa. quamuis non sit conueniens caracteribus linguę latinæ. Sed tamen quia ex intentione contrahentium illa litera inducit responsionem & interrogationem, illa sufficere debet.

288 Nec dicatur† quod hoc est ex mente non ex uerbis, quia imo est ex uerbis, quoniam naturaliter profertur interrogatio & responsio explicando sono uocis A. & B. ita quod adest primordium ueritatis expressionis uerborum, licet aliqua ueniant per interpretationem, sicut dicitur de uerbo, quid ni infra in. §. si quis ita & in l. blanditus. Codic. de fideiussoribus. sufficit dicere quid uis faciam. quamuis cætera per interpretationem impleantur.

Secundo adducitur text. pro communi, dum dicit congruenter respondeant & sensum & consonantem intellectum habeant, sed in dictis literis non est sensus & consonans intellectus ad illam interrogationem & responsionem, ergo non debet ualere. Sed respondetur, quod imo dicuntur habere sensum & consonantem intellectum. quia omnis sermo est nota eorum quæ in animo sunt, & per caracteres sono uocis expressos significatur intentio promittentis, sicut si dixisset promittis decem & promitto decem, unde dicitur in effectu seruasse formam, tum quia uerbis loquitur exprimendo sonum uocis, tum etiam quia concurrit intentio & uoluntas contrahentium, pro quo facit, quia nulla solemnitas requiritur neque in prolatione uerborum neque in modo proferrendi, & sufficit uoluntas contrahentium. dicto. §. sed hæc solemnia. & dicta l. omnes. ergo sufficere debent.

289 Tertio† facit text. in l. j. §. fin. infra. eodem. ibi, ut omnis sermo contineat uerborum obligationem. & sic debet esse congruus. Sermo autem non dicitur esse literis, nec zifris, neque naturaliter congruus. argum. l. qui filiabus. §. primo. digest. de leg. primo. sed respondetur, quod imo sermo dicitur esse in zifris, ex eo quia ex intentione habent significationem uerborum, & possunt homines dare illam significationem, cum si Regio uoluisset illas literas talem significationem habere, nemo dubitat per eas sermonem fuisse. ergo eodem modo cum contrahentes uellint in caracteribus illis esse responsionem & interrogationem uidetur quod sit adimpleta forma stipulationis.

290 Quarto † adducitur tex in l. obligamur. §. uerbis. supra tit. primo. ponderando terminum (uerbis) sed caracteres non faciunt uerba, ergo non adimpletur forma, sed respondetur negādo quod caracteres non faciant uerba, sicut multæ literæ simul iunctæ, & apparet in sacris scripturis, quod multi caracteres simplices exprimunt diuina nomina, & uidemus in illis uerbis eo, is, & sum, es, est. & sicut, eo, omnibus consentientibus

tientibus tantum significat quantum ambulo, & (is) quantum ambulas, eadem ratione litera. A. potest significare promittis, & B. promitto, & adimplere formam.

Quinto adducitur, quia litera. A. & B. non significant interrogationem & responsionem secundum ius gentium, seu secundum impositionem regionis, & necessarium est quod istud fiat per fictionem hominis, sed homo fingere non potest, ut per Bart. & alios cõmuniter* in l. si is qui pro emptore. super diffinitione fictionis. ff. de usucapionibus ergo non est adimpleta forma. Sed respondetur, quod ad expressionem animi non est necessarium quod uerba imponantur a regione, sed sufficit ꝙ sint notæ denotantes sensum & animum contrahentium, & quod seruetur forma in expressione cum sono uocis. nec obstat quod homo non potest fingere, quia istud falsum esse demonstraui in dicta l. si is qui pro emptore. & constitui spetiem fictionis quę fit ab homine, & semper ualet, dummodo lex non repugnet; hic autem non apparet quod lex repugnet, ut per glo. in d. l. si quis in fũdi uocabulo. propterea potest dici ut uolebat Areti. quod non sit fictio, sed sit animi declaratio. sicut si unus latinus grecis uerbis interrogaret, & alter cum germanicis responderet, & non dicerentur fingere, sed per illa uerba declarare intentionem suam, dummodo inuicem se intelligerent, & non interest quod per uerbum denotetur intentio, uel per aliud signum, neque potest dici fictio, sed suæ uoluntatis & intentionis per uocem expressio.

Sexto adducitur, quia pro forma est introductũ ut sit conceptio uerborum. dicto §. stipulatio. & nemo potest formæ renuntiare. l. nemo potest. ff. de leg. primo & l. testandi. C. de testam. sed respõdetur, quod imo interuenit forma uerborum, cum proferrantur illæ literæ quæ ex intentione contrahentium denotant eorum uoluntatem; nec dicitur alterari forma, quia sufficit per quodcunque signum exprimere animum inducendo interrogationem & responsionem, & sic summa responsionis est ad omnia prædicta, quod propter præcedẽtem uoluntatem contrahentium nõ alteratur forma & illæ literę tam per sonum quam per significationem exprimunt interrogationem & responsionem, & tollitur fundamentum contrarium quod illæ literæ non significent interrogationem & responsionem.

Septimo inducitur lex non figura literarum supra de actio. & obligationib. ubi dicitur quod nõ figura literarum sed oratione quam exprimunt literæ quis obligatur, ergo per caracteres seu literas solas non potest exprimi interrogatio & responsio. Sed respondetur quod imo hic per sermonem exprimitur intentio præcedente protestatione partium, & desinit esse figura literarum, sed incipiunt esse uerba facientia orationem, & totã formam stipulationis, & quod dicitur, nomina debere esse imposita a regione, intelligitur quando aliter non constat de uoluntate, & sic sumus in dubio, secus autem quando constat de uoluntate, quia per quodcunque uerbum intentio exprimitur. l. Labeo. in fin. ff. de supell. leg. nec dicatur quod nutu fiat stipulatio, quia proferrendo sono uocis illos caracteres dicitur proferre uerba & orationes conficere ex dispositione contrahentium, unde apparet quod fundamenta ab utraque parte euitari possunt, & articulus redditur disputabilis.

291 Sed ut † sentit hic Socci. resoluendo, tota difficultas redducitur adhoc, an contrahentes possint facere quod istæ syllabæ exprimant intentionem perinde ac si essent uerba a regione destinata ad eam exprimendam, & naturaliter eam dicantur exprimere, & ꝙ possint facere. stringit text in dicta l. si quis in fundi uocabulo. iuncta glo. de leg. primo dum dicit, quod testator potest facere uinum contineri sub appellatione suppellectilis, & equum denotari per appellationem in bonis. sed tamen postea Socci. respondet hoc ideo esse, quia legatum ualet sine aliqua expressione uerborum. l. nutu. ff. de leg. tertio & quando constat de uolũtate non ualet legatum propter uerba expressa sed propter uoluntatem testatoris interpretatam, ꝙ non potest procedere in stipulatione, in qua uerba sunt necessaria, congrua pro forma demonstrãtia uoluntatem contrahentium, tamen potes replicare, quod hic non est solus nutus sed sunt illæ literæ prolatæ, seu caracteres qui inducunt interrogationem & responsionem. Sed duplicatur quod non sufficit ex conuentione denotare interrogationem & responsionem, sed opportet quod naturaliter significet, & ex ordinatione totius regionis ut in dicta l. si quis in fundi uocabulo. in fin. & pro ista opinione facit, quia si permitteretur ut literæ significarent ex sola uoluntate, sequeretur quod muti & surdi possent facere stipulationem, cum quilibet posset conuenire ut literæ seu caracteres significarent interrogationem & responsionem, & postea unusquisque esset aptus ad eas proferrendas, & ideo indistincte possent muti sicut & cæteri facere stipulationem quod est contra text. in l. j. inf. eodem & in §. mutus. inst. de inut. stipulationi. tamen huic rationi etiam posset replicari, quod prędicta conuentio ualebit stante habilitate loquendi, sed si ipsi contrahentes non haberent habilitatem loquendi, tunc eorum conuentio nihil operaretur, & sequetur mutos non posse stipulari.

Tertio etiam pro communi stringit tex. in dicta l. omnes. in uerbo (quibuscunque uerbis appositę sint legibus cognitæ) & uerbum (legibus cognitę) infert quod uerba prolata debent habere naturalem significationem a regione. dicta l. si quis in fundi uocabulo. in fin. quod non poterit reperiri in literis uel caracteribus, tamen postea contra communem facit glos. in dicta l. quæ extrinsecus. infra eodem. quæ dicit, quod si quis promittit bouem ostendendo equum quod ualet stipulatio quamuis illa appellatio non sit a regione approbata, & sic semper remanet eadem dubitatio. & articulus remanet disputabilis.

292 Resolutiue † tamẽ loquendo ita distingui debet

aut conuentum fuit ut caracteres denotent rē pro missam, & tunc opinio contra communem uera est, ut stipulatio ualeat, per dictam l. quæ extrinsecus cum sua glo. inf. eod. quia solemnitas uerborū non fuit introducta circa expressionem rerū promissarum, sed tantummodo fuit introducta circa uerba dispositiua, sed si eueniat quod hæc conuentio sit facta in uerbis dispositiuis & tunc secus est, quoniam res possunt per digitum demonstrari sine expressione nominis. l. certum. ff. si cert. petatur. & non ipsa uerba dispositiua. unde apparet quod glo. in dicta l. si quis in fundi uocabulo. non facit ad propositum quæstionis nostræ. quia loquitur de rebus ipsis relictis, & in uerbis dispositiuis etiam in legatis non procederet neque in institutionibus, quę & solemnia & spetialia debebāt esse, ut plene dictum fuit in rub. supra. de leg. primo. & apparet quod stantibus eisdem terminis nō est differentia inter legata & stipulationes.

293 Quare † in uerbis dispositiuis distingui debet, aut actum fuit ut unum uerbum integrum (licet alienum) denotet stipulationem, ut uerbū (ambulo uel uolo seu dispono) & tunc procedit opinio contra cōmunem, quod ex conuentione præcedenti poterit ualere stipulatio. quia primordium naturale interuenire uidetur ex prolatione unius integri uerbi, & diuersitas non uidetur impedire, sicut nec in uariis regionibus impedit. & sufficit primordium naturale quod supletur postea ex interpretatione. ut in dicta l. j. §. si quis ita. infra eo. & l. blanditus. C. de fideiusso.

294 Sed si actum † fuerit ut simplices literę seu caracteres denotent interrogationem & responsionē, & tunc non inducetur stipulatio, quia non est uerborum conceptio, neque præcedens conuentio potest supplere, quia repugnat subiecta materia, & non potest dici conceptio uerborum per interpretationem completa, sed tota interrogatio & respōsio dicitur esse ficta & tacita perinde ac si capite uel signis uoluntatem demonstrarent. ideo forma deficiente stipulatio redditur nulla, igitur in proposita quęstione & in terminis propositis uerior est opinio communis secundum glo. in dicto. §. sed solemnia. inst. eodem. quod stipulatio facta per A. & B. non obstante præcedenti conuentione est nulla, quia uerbū (quibuscunquæ) ibi positum restringitur ad habilitatem. & ita tenendū est.

295 Nono † dubitatur cuius tēporis uerba sint in stipulatione proferrenda, in præsenti, præterito, uel futuro, in qua etiam uariauerunt docto. & iura uidentur esse contraria, & communis est opinio quod pro substantia stipulationis requiritur quod uerba sint prolata in futuro tempore, ut dicitur in dicta. l. quinta. §. stipulatio. ibi, daturum uel facturum, & ibi etiam glo. no. & etiam est glo. in l. j. ff. de pactis. & in. §. primo. insti. de obligatio. quæ ex delict. nascun. quæ dixit, quod non ualet stipulatio si dicatur promitto quod do, & pro hac opinione facit insti. eodem. in princi. in illis uerbis (dabis dabo & facies faciam) Sed tamen contra communem facit ibidem insti. eodem, in principio. dum dicitur quod uerba solemnia erant (spondes spondeo, promittis, pmitto, fidei promittis fidei promitto, fideiube fideiubeo) pro qua opinione facit glo. in l. in ementis. seu in uendentis. Cod. de contrahen. emptio, quæ dixit, quod non ualet electio si dicatur eligam, neque si dicatur uolā ascendere quis dicitur ascendere, neque si dicatur promittam inducitnr promissio, quia uerba futuri temporis non disponunt. ut not. per Bartol. in l. serui electione. supra de leg. primo.

296 Sed pro † solutione docto. ex intentione magis quam ex prolatione uerborum uidentur concordando dicere quod utraque opinio est uera, ut sint necessaria uerba præsentis temporis, atque etiam uerba futuri temporis, & uno deficiente redditur nulla stipulatio, quoniam ad eam perficiendam requiruntur duplicia uerba, uidelicet dispositiua & executiua, & uerba dispositiua semper debent esse præsentis temporis, quoniam si essent futuri temporis nihil disponerent, ut per glo. in dicta l. in ementis. cūm dicendo promittā uel spondebo non dicitur disponere, sed tantummodo asserere se uelle disponere. Sin autem sumus in uerbis executiuis, tunc opportet quod illa semper sint futuri temporis, quoniā stipulatio fit ad inducendam obligationem, quæ non pōt causari ex executione præsenti, & si diceretur promitto ꝙ do, non ualeret stipulatio, quoniam si de præsenti dat non est opus aliqua obligatione, & nihil amplius remanet agendum, ut non possit interuenire obligatio, quæ est iuris uinculum quo necessitate astringimur alicuius soluendæ rei, & ita procedunt adducta pro communi, & expresse tenuit Ias. in dicto §. stipulatio. super glo. facturum. qui tamen dixit quod aliquando uerba præteriti temporis possunt exprimi, ut si dicatur, promitto quod desponsaui, tamen tunc inducitur potius confessio quam promissio.

Sed clarius exemplum est de uerbis præteritis, quando notarius scripsit, talis uendidit & tradidit in præsentia mea, nam tolleratur præteritum tempus a notario relatum, sed partes ipse debent proferre in præsenti tempore, & executionem in futurum conferre, sufficit tamen quod per paruum interuallum executio sit futura, ut si dicatur, post horam tibi restituam pecuniam, uel post tres horas, & si nihil dicatur, sufficiunt decem dies. §. omnis. iuncto. §. loca etiam, insti. de uerborum obligationibus.

297 Sed adhuc † contra istam communem resolutionem uiderur esse tex. in dicto principio insti. eadem. dum dicit (spondes spondeo promittis promitto) ubi proferruntur uerba præsentis temporis tantum, & tamen stipulatio ualet, & idem in casu econtrario quod sufficiant uerba futuri temporis probatur ibidem in uerbo (dabis dabo facies faciam) ergo conclusio præcedens non est uera. sed respondetur adhuc ex mente docto. quod imo semper utrunque uerbum requiritur executiuum & dispositiuum, nec obstat primum de uerbo promitto, quia tunc suppletur per interpretationem, ut etiam uideatur appositum uerbum executi-

executiuum, ut promitto me daturũ uel facturũ, uel me dare uel facere, quia infinitiuum ad omnia tempora adaptatur, & similiter dicitur in casu cõtrario, quod quando sunt uerba futuri temporis tantum, ut dabis dabo facies faciam, subintelligũtur uerba dispositiua præsentis temporis, promitto quod dabo uel faciam, cum alioquin neque in primo neque in secundo casu stipulatio esset perfecta, & non posset habere effectum, & ubicunque adest primordium ueritatis reliqua per interpretationem possunt suppleri, dicta l.j. §. si quis ita. inf.eo. & ita cessant omnia contraria.

298 Sed adhuc † instatur, quia imo uidetur quod sufficiant sola uerba præsentis temporis dispositiua, ut in l. si ita quis. ff. de euictio. ibi, promitto seruum esse furem uel non esse furem, & in exemplo acceptilationis, si dicatur quod mihi debes acceptum ferro. l.j. & l. iusiurandum. infra de acceptilationibus. & §. per acceptilationem. eodem tit. & est aliud exemplum in uerbis inducentibus contractus iuris gẽtium, ut uendis uendo, locas loco, de quibus infra dicemus. Sed respondent doctor. eodem modo, quod ibi subintelliguntur uerba futuri tẽporis, ut dicit expresse tex. in d.l. si itaquis. ubi subintelligitur, si erit fur dabo tibi interesse, & in acceptilatione subintelligitur pactum de nõ petendo, quod est futuri temporis l. si unus. §. acceptilatio. ff. de pac. & l. si acceptolatum. infra de acceptilationi. & in uerbo (uendis uendo) subintelligitur conuentio, & rem uenditam promitto tradere, quæ solutio licet uideatur probabilis, tamẽ non tollit contrarium, quoniam in dicta l. si itaquis. & in d.l. si acceptolatum. non subintelligitur uerbum futuri temporis ad perficiendam stipulationem, sed subintelligitur una integra stipulatio seu conuentio, ut efficiantur duę stipulationes uel conuentiones. & idem dicitur de uerbo (uendis uẽdo) quæ interpretatio nõ fit ut suppleatur stipulatio quæ perfecta est, sed fit ad finem ut ille actus præstet utilitatem contrahentibus, & propterea alio modo respondendum est, fatendo contrariũ quod stipulatio potest ualere sine uerbis futuri tẽporis, quando negotia per uerba præsentis temporis perficiuntur, ut dicendo (acceptum habeo) uel libero te, licet aliquando suppleatur nouus actus pro pleniori utilitate præstanda, sed ubicunque negotium non perficitur per uerba præsentis temporis, tunc in eadem stipulatione subintelliguntur uerba futuri temporis executiua, & ita procedant supradicta.

299 Quare resoluendo dicas, † quod stipulatio ad sui essentiam requirit uerba dispositiua præsentis temporis, & uerba executiua futuri temporis, & simul interuenire debent ad eam perficiendam, sed si unum proferratur alterum subintelligitur per interpretationem, & remanet perfecta. Fallit tamen quando negotium per sola uerba præsentia perficitur, quia tunc stipulatio sine uerbis futuris erit ualida & perfecta, quamuis aliquando ut præstet utilitatem subintelligatur alia noua conuentio multiplicata, ut in d.l. si itaquis. cum suis concordantibus.

300 Decima † est dubitatio, an stipulatio sit ꝓprie contractus, in qua etiam iura reperiuntur contraria & docto. uarii. nam tex. in l. Labeo lib. 1. infra de uerbo. significa. expresse dicit, quod stipulatio est actus & non est contractus, quia tunc est contractus quando est hinc inde promissio, & hinc inde actus, ut in uenditione & locatione, sed tamen in contrarium quod imo sit contractus facit insti. de obligatio. §. pe. ubi dicitur, quod obligationes nascuntur ex contractu uel quasi contractu, & postea additur, quod contractuum quatuor sunt species, quia una re contrahitur, alia uerbis, alia literis, & alia consensu. & inter species contractus enumeratur stipulatio, quæ uerbis contrahitur, ergo stipulatio est contractus, idem repetitur in l.j. supra de actio. & obligatio. & in §. primo. instit. de obligationi. quæ ex quasi contractu nascuntur. ibi, post genera contractuum enumerata, in quibus enumeratur stipulatio, & facit tex. in l. non solum. de actio. & oblig. ibi, stipulationem & cæteri contractus. & in l. eandem. de duobus reis.

Sed tamen primam opinionem tenent communiter * doct. quod non sit proprie contractus, per dictam legem Labeo. quam dicit Crotus hic in secunda lectura euitari non posse, & ad allegata in contrarium respondent, quod procedunt ex lata significatione uocabuli, & in propria appellatione, non autem quod possit dici proprie stipulatio contractus, cum habeat promissionem unius tantum, & sit hinc inde actus.

Secundo pro ista communi opinione adducitur l. 5. §. conuentionales. infra eodem. ubi conuẽtionales sunt quæ ex conuentione rerum fiunt quarum totidem sunt genera quot sunt rerum contrahendarum. unde ibi fit æquiparatio de contractibus ad stipulationes, sed æquiparatio fit inter diuersa, ut dixi in l. 1. ff. de lega. 1. ergo stipulatio dicitur esse diuersa a contractu, & facit glo. in lege quod Nerua. ff. depos. & ita uidetur inducere glo. in §. conuentionales. insti. de diuisione stipulationum. in princi. Secundo etiam induci potest, dum dicit stipulationem pendere a negotio rerum cõtrahendarum, ergo non est contractus, cum illud quod pendet differat ab eo a quo pendet. & propterea Alcia. in d.l. Labeo. in princi. & Ferret. hic nu. 118. tenuerunt hanc communem opinionem, sed tamen huic inductioni respondetur, negando primo quod fiat æquiparatio, sed potius probat contrarium, quod stipulationes dependent a cõuentione, & dicuntur & ipsæ conuentiones, & per consequens sunt contractus. Item potest intelligi quod loquitur de contractibus correspectiuis a quibus differt ipsa stipulatio, quæ est contractus simplex. Tertio pro communi opinione adducitur ratio urgens, quod contractus est hinc inde actus. d.l. Labeo. §. j. stipulatio uero non est hinc inde actus, quia est unius promissio. ergo non est stipulatio contractus, quia quando repugnat diffinitio repugnat & diffinitum, ut insti. ui bonorũ rapto. in princ. cum similib. sed tamen responderi potest, quod etiam stipulatio est hinc inde actus respectu consensus, & sic uerificatur diffinitio, cũ

continueatur sub nomine pacti.l.prima. in princi. iuncto fine. ff. de pact.

contrariam autem opinionem tenuit Bal. nouellus hic, Corradus, & communiter * Mod. quod imo stipulatio proprie sit contractus. per dictum. §.pe.insti.de obligatio.& l.j.sup.* de actio. & obligationib.& §.j.insti.de obligationib. quæ ex quasi contractu nascuntur.& d.l.non solum.& d.l. eandem.cum aliis similib.cumul.per Ias.in l.j.§.adeo. ff.de pactis. & Corasium hic.quibus non conuenit responsio data, quod ex larga significatione appelletur contractus, quoniā illa iura dicunt quod stipulatio est speties contractus quæ contrahitur uerbis, sicut illa quæ contrahitur re, literis, & consensu, & sicut secūdum omnes illæ tres speties sunt proprie species, & dicuntur proprie contractus, ita etiam & stipulatio erit proprie speties, & dicetur proprie contractus, quia una pars declarat alteram l.j.supra de reb.dub.

301 Nec obstat† d.l.Labeo.§.primo.quia ille tex.loqtur de quadam scrupulosa interpretatione quā iura raro admittunt, imo sæpe abiiciunt, quia per eam perniciose erratur.l.si seruum.§.sequitur.inf. eo.& facit l. 2. § pe.C.de consti.pec. & l. ita uulneratus.in fi.ad l.Aquiliam.& l.si fideiussor.§.quędam.sup.eodem.quod etiam demonstratur, quia in eodem loco Labeo addit differentiam inter pactā & gesta, & tamen Gaius in eodem tit.in l.licet. de uerbo signifi.dicit, quod licet inter pacta & gesta uideatur esse quædam subtilis differentia, attamen uere inter factum & gestum nihil interest, ergo eodem modo licet sit subtilis differrentia inter contractum & stipulationem, & tamen illa nō attenditur, & in effectu nihil interest, nec dicatur, quod intelligitur ut abusiue nihil intersit, quia Alcia.ibi dixit, quod illa uox non exponitur improprie, sed intelligitur uere, reiecta illa subtili interpretatione, & allegat illud Comicum summū ius summa iniustitia. Nec obstat aliud de.§.cōuentionales, quia uera solutio est, quod ibi non sit æquiparatio, nec etiam obstat quod non sit hinc inde actus, quia iam dictum est quod est respectu consensus hinc inde actus.

Sed tamen per prædicta non uidetur adhuc sublata tota difficultas, & adhuc urgere contrarietatem integram, quoniam diffinitio cōtractus in d.l.Labeo.clara est, quæ dicit, quod contractus est hinc inde actus respectu promissionis, unde non potest adaptari quod sit subtilitas uana, quia imo est rationabilis ualde, cum diffinitio claudat essentiam diffiniti, ut no.in l.j.de testam.& hæc diffinitio non conuenit stipulationi, quæ habet unicā responsionem unde cum repugnant uerba diffinitionis repugnat & diffinitum in substantia, nō autem ex scrupulosa inquisitione. dicto §.primo. in sti.ui bonor.raptor. & quando conueniunt uerba conuenit & diffinitum, ut ibidem dicitur, quoniā diffinitio debet conuerti cum suo diffinito.l. j. §. dolum.ff.de dolo.unde ualde urget. Similiter pro contraria parte urgent iura allegata quæ dicunt stipulationem esse spetiem contractus, & non potest conuenire responsio, quod improprie sit contractus, ut supra dictum fuit, & non est admittendum quod in tot locis improprie locuti fuerint Iurisconsulti.

302 Resolutiue† igitur dicendum est, quod utraq; opinio uera est, & quod sit proprie contractus, & non sit proprie contractus diuersis respectibus, nā contractus capitur in genere & in specie, ut dixi supra, & quando capitur in genere comprehendit sub se omnes cōtractus de proprietate sermonis, per iura allegata ꝓ hac parte.& tunc dicitur hinc inde actus respectu consensus. Secundo modo capitur in spetie, ut tantummodo comprehendat cōtractus correspectiuos, & tunc dicitur hinc inde actus magis plene respectu consensus & promissionis, & tunc stipulatio non est proprie contractus, sed est speties differens a contractibus correspectiuis.d.l.Labeo.quæ in iis terminis loquitur, nec est inconueniens quod unus terminus capiatur in genere & in spetie, ut est tex.uulgatus in l.j, ff.de adoptio.& multa alia similia uerba enumerat Alex.& alij Mod.in rubr.ff.solu.matrimonio.

Et quando capitur unum uerbum in genere & in spetie, in genere sumptum de proprietate sermonis comprehendit omnes suas speties, & cum contineat materiam conuenientem omnibus spetiebus, inest æqualiter in qualibet spetie. l. si quid earum.§.interemptum.ff.de leg.3.& propterea cōtractus in genere inest in stipulatione æqualiter sicut in aliis contractibus, & ideo appellabitur proprie contractus.

Quare breuibus & facilis est resolutio quod stipulatio est proprie contractus, & eius speties, capiendo contractum in genere, sed capiendo contractum in spetie pro correspectiuis, non est proprie contractus, imo ualde differt sicut adoptio in spetie sumpta differt ab arrogatione. dicta l.j.de adoptio.

303 Vndecima† dubitatio est, quo iure introducta fuerit stipulatio in qua quæstione cōmuniter docto.tenuerunt stipulationem esse de iure ciuili, tamen non defuerunt qui tenerent eam fuisse de iure gentium, ut Iacobus de Rauena in l. hac consultissima. §. per nuncupationem C.de testam. quos sequitur Albericus in l.legitima.col.fi.sup.de pac. & Ferretus hic, & aliqui alii Mod.& pro communi opinione adducitur primo tex.in d.§. de constituta.insti.de actionib.ubi de constituta pecunia cum omnibus agitur qui se constituerint soluturos nulla stipulatione interposita, nā alioquin si stipulati promiserint, iure ciuili tenentur. ergo stipulatio est de iure ciuili, sed ad istum tex. respondent tenentes aliam partem, quod ille text. non loquitur de stipulatione neque eius essentia, sed solum loquitur de actionibus, ut perinde sit ac si dictum fuisset, si stipulatio in constituto interposita sit, non ageretur de prætoria actione, sed de ciuili actione, & imperator ibi intendit tātummodo ponere differrentiam inter actiones prætorias & ciuiles, & patet in §.aliæ quoque.eo. tit.& si dicatur quod imo est uiolare illum textū. qui non se refert ad actionem, sed ad obligationē cum uerbum (teneri) denotet obligationem non actio-

actionem, respondetur fatendo quod etiam refertur ad obligationem, sed tamen non per hoc sequitur quod uelit dicere stipulationem esse de iure ciuili, cum hæc posśint esse uera stipulationem esse iure gentium, sed obligationem, & actionem esse de iure ciuili, & ita differre a cōstituto in quo est obligatio & actio prætoria, & idem uerbum potuisset proferri in quibuslibet contractibus iurisgentium, & sic non facit.

304 Secundo † pro ista opinione adducitur tex. in l. ex diuerso. §. primo. supra soluto matrimo. ubi similiter dicitur, quod si mulier promisit cum sit socia habet executionem ne conueniatur in quantū facere posset, licet iure ciuili teneatur, ergo ibi ꝓbatur quod stipulatio est de iure ciuili, ad differentiam contractus dotis, qui est de iure gētium. sed respondetur eodem modo quod ille tex. intelligitur de obligatione & actione quæ dicitur esse de iure ciuili, ad differrentiam exceptionis quæ est de iure naturali, & dum tex. ibi dicit (promisit) necessario non refertur ad stipulationem, quia in materia dotis ex pacto nudo datur actio. l. ad exactionem. C. de dot. promisśione, & l. fi. C. ad Velleianum. & sensus est in illo tex. quod licet mulier teneatur ex contractu dotis qui naturalis est. leg. eas causas. C, de cap. diminutio. tamen si promisit etiam per pactū nudum, quia datur actio & obligatio de iure ciuili, tenebitur de iure ciuili, sed tamen habebit exceptionem propter subiectā causam dotis quæ naturalis est, & sic non probat de substantia stipulationis.

305 Tertio † adducitur tex. in l. j. ff. locati. qui dicit locatio & conductio cum naturalis sit & omnium gentium non uerbis, sed consensu contrahitur sicut emptio & uenditio, ergo a contrario sentit ꝙ contractus qui uerbis contrahuntur non sunt naturales neque omnium gentiū, & glo. exponit ibi (cum) idest (quia) & uult ideo consensu contrahi, quia omnium gentium & naturalis sit, alioquin si stipulatio iurisgentium esset, superflua & inepta ratio Iurisconsulti esset, ad illum tex. dantur multæ respōsiones, & prima est Ferreti hic quod glo. ibi intelligit illum tex. uelle tantummodo dicere quod in locatione uerba non sunt necessaria, sed a contrario sensu aliquid non uult summi, sed tamen quia nō resolute istud colligitur fuisse de mēte Accursii, ideo secundo modo respōdetur, quod quando fit mentio uerborum non semper intelligitur de stipulatione, per tex. in le. j. §. adeo. supra de pact. ibi nullum esse contractum nullam obligationem, quæ non habeat in se conuentionē siue uerbis siue re fiat, & cum postea subdat de stipulatione apparet quod sub nomine uerborum alia uoluit continere, ne esset sup̄flua suppletio de stipulatione, quæ responsio etiam non est tuta, quia in materia contractuū quando lex facit mētionem de uerbis, intelligit de acceptilatione, & stipulatione, quia nullus alius contractus uerbis contrahitur, & tex. in d. §. adeo. subiungit de stipulatione, exemplificando quod dixerat de uerbis. Tertio respondetur quod illa lex loquitur de cōtractibus correspectiuis, non autem se refert ad stipulationem, quæ non est proprie contractus, quæ tamen & ipsa non est tuta, per ea quæ dicta fuerūt supra, realior tamen respōsio est quod ibi nō summitur argumentum a contrario sensu, & uoluit solummodo dicere tex. quod locatio est naturalis, & est omnium gentium, & consensu contrahitur, non autem uerbis.

306 Quarto † pro ista opinione adducitur text. in l. pe. ff. de solutioni. ubi dicitur, quod solutione naturaliter tollitur uerborum obligatio, per acceptilationem uero ciuiliter, & per consequens stipulatio dicitur de iure ciuili. ad illum tex. respondetur, primo quod intelligitur de iure ciuili approbatione, non autem quod sit de iure ciuili dispositione, sicut in simili dicitur in l. si creditori. C. de pact. si partem pecuniæ soluisti de parte uero non petenda conuenire eam obligatione partim iure ciuili, idest solutione, partim iure honorario, idest per pactum liberatus est, quod tamen pactum prætor tuetur, & sic ibi tex. appellat prætorium illud quod approbatum fuit tantū a prætore. simile no. in l. j. per glo. ibi. ff. commod. ergo etiam in dicta l. pe. non probatur necessario quod acceptilatio seu stipulatio sit de iure ciuili productiue. quæ tamen responsio uidetur esse uiolatiua, ex eo quia tex. ibi non considerat approbationem, sed tantummodo liberationem. unde potest secundo respōderi, quod ibi uerbum ciuiliter refertur ad fictionem, nam ex uera datione pecuniæ naturaliter liberatur, & per acceptilationem ciuiliter. idest per fictionem liberatur, quia est lex ciuilis quæ disponit obligationem dissolui, pro qua nulla uere facta sit solutio. unde non probat quod acceptilatio est de iure ciuili, sed quod tantum propter eam sequatur ciuilis liberatio, sicut propter contractus iurisgentium succedit ciuilis obligatio. & propter distractus iurisgentiū succedit ciuilis liberatio. l. ab emptione. ff. de pact.

307 Quinto adducitur tex. † in l. ea quæ ciuiliter. ff. de acquir. rer. dominio. ubi tex. loquens quod ciuiliter acquiratur, exemplificat de stipulatione. ergo stipulatio est de iure ciuili, sed uere iste tex. nihil facit, quia attenta hac inductione sequeretur quod procurator posset acquirere actionem domino ipso iure ex contractibus iurisgentium, quod tamē falsum est, ut est tex. in l. possesśio quo que. §. fina. ff. de acquir. possesśio. dum loquitur de actione ex uendito, & de euictione. unde alius est intellectus ad illum tex. quem ego dedi in le. si is qui pro emptore. ff. de usuc. quod ibi ciuilis acquisitio intelligitur fieri domino quando procurator totum actum fecit in persona sua, nam tunc alteri non potest acquirere nisi per cesśionem, quia ius ciuile non permittit ut obligatio quæ est affixa ossibus procuratoris posśit ipso iure transferri in dominum. l. ea tamen adiectio. ff. pro socio. Sed ea quæ naturaliter acquiruntur posśunt ipso iure transferri, quod est quando procurator interponit nudū ministerium, tunc nihil acquiritur in persona procuratoris, sed ipsa obligatio incipit in persona domini, ex eo quia actus non fit in persona sua, sed in persona domini cōcipitur, qui

sibi obligationem & actionem acquirit, unde non facit in proposito ad stipulationem.

Sexto pro ista opinione adducitur tex. in l. ex hoc iure. ff. de iustit. & iure. ubi dicitur, quod oēs contractus sunt introducti de iure gentium, exceptis quibusdam, qui de iure ciuili introducti fuere. Sed respondetur quod ille tex. exemplificatur in aliis tribus introductis a iure ciuili, qui notat ibi per glo. & in l. legitima. ff. de pact. quę tamen responsio non bene tollit contrarium, quia tempore illius legis non erat nisi contractus stipulationis, & alii qui per Iustinianū fuere sublati. sed replicatur quod ille tex. potest intelligi de contractu literarū, de quo dicitur in l. nō figura. ff. de actio. & obligationibus. ideo docto. hic specialiter examinant, an contractus literarum esset de iure digestorum, & sumpta occasione ponunt hic multa de dicto contractu literarum, sed tamē quia tex. dicit (exceptis quibusdam) comprehendendo plures contractus, ideo opportet dicere ꝙ loquitur de cōtractibus antiquis qui postea eodē iure digestorum uel per constitutiones sublati fuere, & sic apparet quod fundamenta communia possunt euitari.

208 Quare † prædicti docto. contrariam opinionem tenuerūt, quod imo stipulatio dicatur esse de iure gentium. pro qua opinione facit, quia in ea interueniunt omnia quę fuerunt de iure gentium, nam interuenit consensus, qui secundum omnes est iurisgentium. item interueniunt uerba quæ sunt & iure naturali & iure gentium, & tamen inducunt formam interrogationis & responsionis, & per consequens & forma stipulationis iure gentium fuit introducta, ut per glo. in l. iurisgentium §. quod fere. ff. de pact. ergo & ipsa stipulatio est de iure gentium, cum omnia in ea interuenientia iurisgentium sint, sicut & in cæteris contractibus, & solum a iure ciuili addita fuit approbatio ut possit producere obligationem & ciuilem actionem, sicut etiam facit in cæteris contractibus iurisgentium qui habent obligationem ciuilem & actionem, & sicut ipsi non desinunt propter illam approbationem esse de iure gentium ita nec etiā stipulatio debet desinere esse de iure gentium, & facit tex. insti. de obligationi. §. primo. cum glo. quæ dicit obligationes naturales ciuiles appellari propter approbationem. & facit text. in l. lege obuenire. ff. de uerborum significatio. sed respondetur, quod ius ciuile ut dicebat hic Ruy. plus fecit in stipulatione quam in aliis cōtractibus, quia in stipulatione uoluit quod aliter nō nascatur obligatio nisi præcedat interrogatio uerbalis & responsio, & interueniat pręsentia & unicus contextus, qui non requiruntur in aliis contractibus de iure gentium.

209 Vnde † proprie dicitur eum nouiter introduxisse, sicut si quis ex cementis & lapidibus alienis faciat domum. l. eum qui edes, de usucapio. uel ex aliena materia faciat speciem. §. cum ex aliena materia. insti. de rerum diuisio. & propterea cum propter formam inceperit stipulatio cognosci, apparet quod ipsa introducta fuit de iure ciuili, cui etiam data fuit obligatio & actio limitata ad illam formam, & authoritas executionis. argum. l. j. §. omnia nostra facimus. Cod. de uet. iur. enucle. Et propterea hæc ratio non concludit.

Vnde secūdo adducitur per Ferretum hic alia ratio, nam communis opinio se habet, quod stipulatio est contractus nominatus, sed omnes contractus nominati sunt iurisgentium. l. iuris gentium. in princi. digest. de pact. ergo stipulatio est iurisgentium. sed hęc parum ualet, quia tex. in dicta l. iurisgentium, loquitur de contractibus correspectiuis, uel ille tex. non comprehendit omnes contractus nominatos, neq; expresse dicit omnes contractus nominatos esse iurisgentium, sed solū dicit quod contractus nominati de iure gentium producunt actionem, & sicut propter illum sermonem necessario non includitur contractus literarum, & sponsalitia largitas, & contractus emphyteoticus, ita nec etiam continebitur per aliquam consequentiam contractus stipulationis.

210 Tertio † pro hac opinione contra communem inducitur tex. a quo dependent leges & prohetæ in in l. an inutilis. §. fi. ff. de acceptila. ubi dicit, quod seruus per acceptilationem liberari potest, & per eum dominus, & si opponeretur quod serui dicuntur esse incapaces iuris ciuilis, per l. quod attinet. de reg. iur. Respondetur, quod hoc iure utimur ut iurisgentium sit acceptilatio, ergo & etiam stipulatio, sine qua illa fieri non potest §. primo. insti. quib. mod. tollitur obligatio. & l. uno. §. primo ff. de acceptilatio. & per istū tex. Iacobus de arena & Albericus in dicta l. legitima. tenuerunt stipulationem & acceptilationem esse de iure gentium. sed tamen tenentes communem multis modis respondent, & prima est responsio, quod ibi acceptilatio dicitur de iure gentium. propter pactum de non petēdo quod in ea continetur, ut per Bar. ibi & Ias. in dicta l. ex hoc iure. in fi. sed tamen illa est dubitabilis secundum Ferretum, quia ea attenta nullus contractus esset de iure ciuili de illis quatuor enumeratis, quia omnes habent consensum, quæ tamen responsio neque eneruat inductionem glo. quæ non dixit de solo consensu, sed de pacto de non petendo.

Ideo ex alio ista respōsio potest tolli, quia non semper acceptilatio cōtinet pactum, ut dixit tex. in dicta l. an inutilis. in principio. & solum continet illud quādo est inutilis ex tacita cōuentione. l. si acceptolatum. ff. de acceptilatio. & l. si unus. §. acceptilatio. de pact. Secundo, dato quod semper inesset pactū ut uidetur teneri in dicta l. an inutilis. respondetur quod pactum non potest considerari ibi ex eo quia per illud non tolluntur obligationes, sed tantummodo eliduntur. dicta l. si unus. §. pactus. & text. ille præsupponit quod in totum tollatur obligatio per acceptilationem cum alias dominus non posset plene liberari. unde secundo respondetur quod ille text. non negat acceptilationem a iure ciuili inuentam, & solum tractatur de capacitate iurisgentium, & uult quod serui deportati quamuis sint incapaces l.

quod

quod attinet.de reg.iur.l.quidam sunt serui. infr. de pœnis.tamen possunt per acceptilationem liberari,cū tractemus de re fauorabili.l. Arrianus. supra tit.j.quæ responsio sapit ueritatem, sed non tollit totum contrarium,ex eo quia non redditur ratio quare dictæ personæ efficiantur capaces, stā te quod acceptilatio sit de iure ciuili,& cum text. dicat quod sit de iure gentiū uidetur tollere oppositionē per illud dictū ꝙ sit de iure gentium.

311 Vnde†tu aliter potes declarare hanc responsionem & illum tex.& dicere quod ille tex. noluit cō cludere exceptionem esse de iure gentium introductam,sed uoluit tantummodo dicere,quod quā uis ipsa sit iuris ciuilis, tamen seruatur ab omnibus gentibus,quia extensa fuit per usum, ut possint per eam omnes gentes liberari, & sic non ipsa,sed eius usus effectus fuit iurisgētium, & quod hæc fuerit intentio illius literæ probatur,quia postea subdit quod potest fieri Græcis uerbis, & infertur plus,quod licet stipulatio sit de iure ciuili, tamen eius usus extensus fuit ut hodie ab omnibus gentibus fieri possit, & pro commoditate inductum fuit quod qualibet lingua fieri possit.l.j. §.fi. infra eodem.

Et dubitationem faciebat, quia ea quæ erant de iure Romanorum seruabantur tantūmodo inter Romanos,& dicebantur de iure quiritum,sed tamen postea aucto imperio multa de illo iure ex tensa fuere ad omnes nationes,taliter quod subla tum fuit ius quiritum.l.j.C.de nud.iur.quiri.tollend.& l.j.C.de usucapio. ibi, res mancipi & non mancipi,& in toto tit.de latina lib. tollend. cum similibus,& hæc opinio fuit de mente glo. ibi, dū dixit,iure gentium approbatione,& etiam uoluit dicere quod ius gentium approbauit eam,& propter receptionem ius ciuile possit dici iure gentium,sicut& ea quæ iurisgentium sunt propter approbationem possunt dici de iure ciuili,& iste intellectus uidetur quodammodo necessarius, cum illa ratio quod possit fieri græcis literis aliter nō uideatur conuenire, uel aliter potes dicere quod appellatur iurisgentium ex eo quia cū contineat in se consensum implicat etiam effectus iurisgentium ut possit nasci obligatio naturalis,& conuē tio quæ est in acceptilatione iure gentium producat obligationem & habilitatem ad extinguendum obligationem contractam saltem per exceptionem, & propter apparet cretionem iuris ciuilis in totum, nam sicut stipulatio producit naturalem obligationem propter præceptum naturale(ut fidem seruemus) eodem modo & acceptilatio producit illum modum naturalem liberandi propter consensum,quamuis sit de iure ciuili,& sic loquitur de modo liberandi incluso qui est de iure gentium, non autem quod ipsa in sua forma sit de iure gentium.

312 Quarto pro ista†opinione facit urgens ratio ultra docto. nam omnes cōsentiunt quod ab initio iuris ciuilis pacta remanserunt sine approbatione ut nullam producerent actionem, & solum recipit ius ciuile contractus iurisgentium correspectiuos,dando eis efficaciam,taliter quod nullus contractus continens simplicem promissionē ab una parte habuit efficaciam de iure ciuili tanquam indeliberate factus, & erat opus quod tunc actualiter daret rem, cum non posset efficaciter obligari,ut in contractu dotis & donationis qui a traditione poterant incipere, ut per Bar. in l.iurisgentium.§.j ff.de pact. & si non fuisset inuenta stipulatio de iure gentium quæ produxisset efficaciam conuentionis certe uideretur quod ius ciuile(antequam introduxisset stipulationem) fuisset sine consideratione,permittendo commertiū hominum esse ualde imperfectum, dum non approbando pactum nullus remaneret contractus simplex efficax qui faceret cōmertia ualida,ideo cum reprobauerit pactum, credendum est omnino quod illo tempore fuisset aliquis contractus simplex efficax per quem conuentiones hominū potuissent habere effectum,& cum non posset uerificari nisi in stipulatione, uidetur dicendum esse, quod eodem iure gentium fuisset introducta stipulatio efficax, quæ postea fuerit etiam recepta a iure ciuili.

* Sed tamen tenendo communem * tu potes etiā huic rationi respondere, negando quod iure gentium uel ab initio iuris ciuilis esset defectus in commertijs,licet ex nullo contractu promittens simpliciter obligaretur, quia satis ei subuentum fuit quod actualiter dando adimpleret uoluntatē,ut in donatione & in dote,& si uolebat ex causa obligari poterat pactum facere in traditione rei, & tunc uestiebatur rei traditione,&si aliquid conueniebatur super contractibus ualidis, pacta uestiebantur coherentia contractus,& aliis modis positis in l.iurisgentium.§.quinimo.ff.de pact. & sic satis erat suppletum commertiis hominum in promissionibus simplicibus sine stipulatione. sed tamen postea pro maiori commoditate fuit introducta a iure ciuili stipulatio, ex rationibus infra suo loco dicendis,& sic potest euitari.

313 Resolutiue† tamen loquendo, puto quod opinio communis uerior sit, ut stipulatio & acceptilatio sint de iure ciuili introductione, quia in pactis interueniebat interrogatio & responsio,& tamen non imitabantur eorum naturam neque trā sibant in spetialem contractum.l.iurisgentium. §. quod fere.ff. de pact. cum sua glo.& ultra adducta pro communi,quæ licet euitari possint,tamen eam probant,resolutis contrariis aduersæ partis, & efficaciter probatur per tex.in dicta l.ex hoc iure.in uerbo(quibusdam) quæ non potest uerificari nisi in stipulatione,maxime utendo uerbis pluralibus, & præsupponendo quod de iure digestorū non erant contractus de iure ciuili,nisi duo contractus de iure ciuili, stipulatio& literarum obligatio, quinimo multi tenent quod contractus literarum non esset de iure digestorum, ideo necessario uerificari debet in contractu stipulationis,cum contractus emphyteuticus a Constantino, & sponsalitia largitas a Iustiniano fuerit introducta,ut in suis legibus dicitur, ideo (ne remaneat inanis) opportet dicere quod stipulatio fuit de iure ciuili introducta, cum propter

approbationem omnes ceteri contractus fuissent a iure ciuili approbati & habilitati ut producerét actionem & obligationem ciuilem.

Quare concludendum est, quod stipulatio, & acceptilatio fuere introductæ de iure ciuili excogitatæ & formatę, & propter formam traditam ceperunt esse in rerum natura, cum alias nisi informis uoluntas & consensus poterat esse, & forma est illa quæ dat esse rei. lege Iulianus. §. quantum. ff. ad exhibendum. & argumen. text. in §. cum ex aliena materia. institu. de rerum diuisione, & quãuis materia fuerit de iure gentium, tamen nõ tollitur quin de iure ciuili fuerit in esse introductus contractus stipulationis, & acceptilationis, sicut ex cementis & lapidibus ædificans domum facit eam esse in rerum natura. Facit etiam, quia per acceptilationem contractus iurisgentium non poterat tolli ipso iure, & fuit necessarium Aquiliana stipulatio. §. Gallus Aquilius. institu. quib. modis. tollitur. obligat. ergo non fuit de iure ciuili. Facit etiam tex. institu. de excep. in princ. dum dicit, palam est de iure ciuili obligatum esse, & loquitur de stipulatione. Item etiam in stipulatione requirebantur solemnia uerba sine quibus non poterat fieri, ergo de iure ciuili hoc fuerat introductum, cum omnibus uerbis poterat fieri contractus iurisgentium. l. quod autem. §. fina. ff. de constituta pecunia. cum similibus. & propterea omnino tenenda est communis opinio quod sit introducta de iure ciuili.

314 Duodecima est † dubitatio, an ex stipulatione nascatur naturalis obligatio quæ quæstio inutilis esset si teneremus stipulationem fuisse de iure gentium, sed quia statim firmauimus quod ipsa est de iure ciuili, ideo quæstio est rationabilis, an ex ea nascatur naturalis obligatio, & propterea argumenta hinc inde per docto. adducuntur.

Et pro opinione quod non nascatur naturalis obligatio, primo allegatur tex. in §. de constituta. insti. de actionibus. ibi, alioquin si stipulatio interuenit iure ciuili tenetur, & loquitur de obligatione, & actione ut supra conclusum fuit. ergo solam ciuilem obligationem producit. sed tamen quia communiter docto. tenent aliam opinionẽ, ꝙ imo etiã nascatur naturalis obligatio, ideo ad dictam inductionem respondent, & dicunt quod ille text. non negat quin nascatur naturalis obligatio, ex eo quia de ea non erat ibi dubitatio, cum solum erat dictum de constituto, quod producit obligationem & actionem prætoriam, ideo ad differentiam ipsius actionis prætoriæ ibi dicitur quod tenetur de iure ciuili, & non includitur obligatio naturalis, quia non fuerat dubitatum, & si fuisset locutus Iustinianus de alio contractu iurisgentium, idem dixisset quod de iure ciuili teneretur & non prætorio propter obligationem & ciuilem actionẽ additam, & nõ inferreretur quod naturalis obligatio non nasceretur.

Secundo pro ista opinione adducitur tex. in le. ex diuerso. §. primo, ff. soluto matrimonio. ubi similiter ex stipulatione obligatus iure ciuili tenetur, nec potest ibi dari responsio quod fiat comparatio ad prætoriam obligationem, quia ibi nulla aderat, & necessario fiat comparatio ad naturalẽ obligationem, & dicitur quod sicut mulier, quæ conuenitur ex contractu societatis habet exceptionem inquantum facere potest, eodem modo, quando conuenitur ex stipulatione, quamuis iure ciuili teneatur, & sic fit comparatio de contractu stipulationis ad contractum iurisgentium, & tamen dicitur teneri iure ciuili tantum. Sed adhuc defendendo aliam opinionem potest dici, quod ille tex. loquitur de iure ciuili respectu introductionis, quia introduxit stipulationem, nam licet cauillando alio modo respondeatur ut supra, uera tamen opinio est, quod stipulatio est de iure ciuili introductione, & ille tex. probat quod tenetur de iure ciuili propter stipulationem a iure ciuili introductam, tamen non negatur quin nascatur naturalis obligatio, cum de obligatione ibi non fiat comparatio, sed solum de introductione.

Tertio pro ista opinione inducitur tex. in l. indebitum. supra de condictione indebiti. ubi dicitur quod fideiussor dicitur soluere pecuniam iure gentium indebitam, & fideiussor non obligatur nisi ex stipulatione ut supra dicitur, ergo ibi probatur quod ex stipulatione non nascitur naturalis, ad illum tex. respondebat Paulus de Castro, quod ibi alia ratione quam quod non sit orta naturalis obligatio dicitur pecunia indebita, sed solum, quia obstat exceptio doli, quæ nascitur ex æquitate iurisgentium. l. qui ætate. De exceptio. doli. unde uidetur eneruasse æquitatem obligationis naturalis. Secundo respondetur, quod illa pecunia dicitur iure gentium indebita quoniam ibi principalis per errorem promiserat ut in litera dicitur, unde non interuenerat consensus, & per consequens æquitas naturalis obligationis & consensus erroneus non producit naturalem obligationem, ut dicit Barto. in l. 1. ff. de condi. inde. & l. cum quis. C. de iuris & facti igno. nisi sit alia æquitas. ut no. insti. de literarum obligatione. & in dictis locis, & suadetur, quia ille text. uidetur uelle quod fideiussor possit repetere ab eo qui dissoluit, ergo neminem habebat naturaliter obligatum, & sic ibi naturalis obligatio non erat inefficax propter fideiussionem, sed propter principalem promissionem erroneam.

Quarto pro ista opinione inducitur tex. in l. si fideiussor. ff. de condit. indebi. inducendo aliter quam faceret Paulus de castro, sed tamen respondetur quod loquitur de obligatione naturali qua erat obligatus principalis. & tex. non dicit quod esset obligatus debitor ex contractu stipulationis. unde poterat esse obligatus ex contractu qui consensu fit, merito ibi dicitur naturale & ciuile uinculum, sed non probat quod in principali fuisset naturale uinculum, sed tamen quia potius ille tex. retorqueri posset in contrarium, ideo.

315 Quinto † loco pro hac opinione, quod non nascatur naturalis obligatio ex stipulatione, facit ratio urgens, quia si est introducta de iure ciuili ergo non potest producere nisi effectus ciuiles, quoniam est creatura iuris ciuilis, sicut in simili dicitur

dicitur de actione quæ est mere ciuilis, quia solo iure ciuili inducta fuit. l. secunda §. deinde ex iis legibus. digest. de origine iuris. & uidemus, quod qui ex aliena materia facit spetiem, ipse efficitur Dominus ipsius, & solus effectus operatur. §. cum ex aliena materia. inst. de rerum diuisione. Sed tamen adhuc responderi pōt q; licet iste contractus fuerit introductus de iure ciuili tamen constitutus fuit ex materia mera de iure gentium, quæ remansit cum sua operatione, ut produceret obligationem naturalem, ut in simili dicitur in dicto. §. cum ex aliena. uersi. ut ecce nas. preterea cum in ea interueniat consensus & fidei præstatio, succedit præceptum iuris naturalis ut fidem seruare debeamus, ergo uirtute illius præcepti debet nasci naturalis, sicut in cæteris contractibus.

Sexto adducitur alia ratio, quia cum iste contractus sit nouiter a iure ciuili introductus ergo non erat cognitus de iure gentium, secundum ueram opinionem q̃ supra firmauimus et si nō erat cognitus non potuit habere consensum naturalē neque etiam obligationem naturalem, sed solum uidetur in eo inesse quidam consensus ciuilis qui solam obligationem ciuilem introducere potest. Sed respondetur, quod imo consensus naturalis pro materia inest in stipulatione quæ communis est omnibus contractibus, ut dicit tex. in dicta l. j. §. adeo. digest. de pact. & quando materia est fortis non alteratur per spetiem nouiter inductam, quin saltem possit producere effectus suos, sicut dicitur in dicto. §. cum ex aliena. uersi. ut ecce, ideo remanet naturalis consensus, & quamuis hæc forma non fuerit cognita de iure gentium, tamen quia continet materiam iurisgentium, remanet etiam effectus iurisgentium. Item militat ratio quod succedit præceptum iuris naturalis (ut fidem seruemus) quod præceptum habet locum in omnibus contractibus iuris ciuilis. quoniā lex semper loquitur. l. Arriani. Codic. de Hæreti. & ideo hodie quando constituitur hic contractus stipulationis loquitur præceptum naturale, ut fidem seruemus, ideo etiam hodie & tempore quo inductus fuit iste contractus potuit loqui & producere actionem naturalem.

316 Contrariam ideo † opinionem tenuerunt communiter* docto. quod imo ex stipulatione nascatur naturalis obligatio, & pro ea inducitur tex. in l. j. §. si quis ita. infra eodem, ubi dicitur quod si non est responsum naturaliter non nascitur neque naturalis neque ciuilis obligatio, ergo si fuisset data responsio uerbalis nata fuisset naturalis & ciuilis obligatio, sed tamen ad illum text. potest responderi, quod non habeat illum sensum, nam ibi erat dubium an si annuisset capite (quamuis non ualuisset ut stipulatio) saltem ualuisset ut pactum ut produceret naturalem obligationem, & respondetur ibi quod non ualet ut stipulatio neque ut pactum, quia hoc non agebant contrahentes, merito non nascitur ibi naturalis, quia non fuit pactum, neque ciuilis, quia non fuit stipulatio, & sic non probat quod ex stipulatione nascatur naturalis obligatio, cum dictum de naturali referratur ad pactum.

Secundo adducitur text. in l. j. §. adeo. supra de pactis, ubi dicitur quod nullus est contractus qui non habeat in se consensum, ut nec stipulatio reperiatur sine consensu, & concordat l. cum aquiliana. ibi, ex consensu descendit, supra de transactionibus. & . l. obligationum substantia, supra de pactis. ergo uidetur quod si adest consensus & materia obligationis naturalis quod eam etiam obligationem producat. Sed potest responderi, quod licet habeat consensum, tamen ille est alteratus propter formā quæ requiritur de iure ciuili ad ualiditatē ipsius, & sicut quādo stipulatio est nulla illa alteratio potuit facere quod non nascatur obligatio. dicto. §. si quis ita. ergo fortius quando stipulatio est ualida illa alteratio potuit facere ut remaneat solus effectus ciuilis & non nascatur naturalis obligatio, cum solum consideretur consensus ad illam formam uerborum restrictus & limitatus, per quam uidetur quod non remaneat materia naturalis ad producendam obligationem naturalem.

Tertio adducitur text. in l. prima §. fin. digest. de nouatio. ubi dicitur quod nouatio potest fieri siue præcedat naturalis siue ciuilis obligatio tantum, & postea dicit quod non interest an præcedat contractus re uerbis uel consensu celebratus, ergo cum dixerit de naturali, quæ nascitur ex contractu generaliter, sequitur quod præsupponitur. etiam naturalem nasci ex contractu uerborum. argum. l. primæ. de rebus dub. & lege iam hoc iure. digest. de uulgar. & pupillar. Sed tamen adhuc potest responderi, quod ille text. necessario non concludit quod naturalis obligatio nascatur, sed æquiparatio fuit quantum ad species, ut quæcunque species contractuum interueniat siue re, uerbis, literis. uel consensu, nouatio fiat, & cum dicitur de naturali obligatione, intelligitur de illo contractu qui potest eam producere, & cum in literarum contractu non nascatur naturalis, eodem modo non necessario concluditur de ipsa stipulatione ut nascatur naturalis, & ideo non habuit respectum quod æqualiter ex omnibus dictis contractibus nasceretur naturalis, & per consequens non concludit, & sic allegata pro utraq; parte euitari possunt.

317 Resolutiue † tamen loquendo magis placet communis opinio,* quod ex stipulatione nascatur etiā naturalis obligatio, per illam rationē, quia adest consensus naturalis remanens in sua substantia, cum fortis sit, & contineat materiam conuenientem omnibus contractibus, propter quam stipulatio est una de speciebus contentis in cōtractibus in quibus est consensus. item militat ratio præcepti naturalis (ut fidem seruemus) quę ex dicto consensu producitur, & in quolibet subiecto illud pręceptum naturale militat quādo præstita est fides, & semper producit suam obligationē a quocūque fuerit introductus cōtractus, & efficacissime ꝓbat in l. j. in fin. ff. de donatio. quia tex. ille dicit in fin.

quod nouatio fit etiam quod obligatio naturaliter teneat, & exemplum de naturali ponit in pupillo stipulante sine tutoris authoritate, quæ stipulatio non potest producere ciuilem obligationem, & solum producit naturalem, quæ ibi dicitur efficax etiam ad inducendam nouationem, & sic ibi probatur quod stipulatio quantumcunque nulla producit naturalem obligationem, ergo fortius quando erit ualida eam producet. idẽ probatur in §. præterea. insti. quibus mod. tollit. obligat. qui uoluit quod & stipulatio facta a pupillo quamuis sit inefficax ad actionem, quia nascitur naturalis, tamen tollat præcedentem obligationem ciuilem & naturalem, & in hoc differat a seruo, ut subiicit, qui non potest tollere, ex eo quia in eo neque naturalis nascitur, quando uoluit fideiubere. & in eodem. §. præterea dicitur, nec potest dici quod ualeat stipulatio ut pactum, quia pactum non est habile ad inducendum nouationem ut habetur in l. j. ff. de noua. & opportet quod illa naturalis ualeat tanquam nata ex stipulatione, non autem ut ex pacto, & per consequens efficacissime probatur naturalem nasci ex stipulatione.

Tertio pro hac communi stringit fortiter, quia seruus per stipulationem naturaliter obligatur domino ut probatur in l. non solum. §. primo. ff. de pec. ubi ponitur regula quod ex omnibus contractibus ex quibus seruus promittendo extraneo obligatur ciuiliter & naturaliter, acquirit obligationem domino. ut insti. de stipulatione seruorum. per totum. ex eisdem quoque quando contrahit cum domino obligetur naturaliter Domino, ergo sequitur quod ex stipulatione nascitur naturalis, & sola quando promittit Domino, & iuncta cum ciuili quando promittit extraneis.

Quarto idem probatur insti. de fideiusso. §. primo ubi dicitur quod fideiussor assumi potest in omnibus obligationibus siue re uel literis uel consensu obligetur, & non interest an sit ciuilis sola uel naturalis, & ideo obligabitur fideiussor si pro seruo promittat Domino, siue extraneus sit cui obligetur, & propterea remanet conclusio firma & tenenda, quod ex stipulatione quamuis sit ipsa iure ciuili introducta nascitur etiã naturalis obligatio, quæ opinio omnimodo est tenenda.

Nunquid autem ex contractibus nascatur una sola obligatio uel duæ, & an dicatur unum indiuiduum uel sint duo separata, posuit hic Ferretus & alii mod. Sed tamẽ quia hæc est materia ꝓpria quæ examinatur per omnes insti. de obligationibus. in principio & in l. Iulianus. de conditione indeb. ad ibi dicta me remitto. & communis * est cõclusio quod duo sunt separata quæ nascuntur ex diuersis fontibus, & est rationabilis opinio, de quo tamen dic ut ibi, quoniam si uelles omnia tangere quę hic ponuntur, per docto. librum unum de obligationibus faceres ut esset opus materiam stipulationis ommittere.

318 Decima tertia † dubitatio est, utrum stipulatio possit fieri per uerba destinata ad contractus iurisgentium, seruata in eis forma interrogationis & responsionis, ut si dicatur. uendis mihi fundũ, & ille respondeat uendo, uel dicatur, locas mihi fundum, uel mãdas quid facere. & ille dicat loco uel mando, hanc quęstionem difuse examinauit Bal. nouellus & postea Socci. præsupposito eo quod supra firmauimus, ut sublata solemnitate uerborum statutum fuerit quod quibuscunque uerbis possit fieri stipulatio, ut omnia ei uideantur naturalia, dicto §. sed hæc solemnia. insti. eodem, & l. omnes. C. de contrahend. stipulatione. & adducũtur hinc inde fundamenta, quibus tamen etiam respondetur, & primus eam posuit Iacobus de arena & Cy. in l. hac consultissima. §. per nuncupationem. C. de testamentis. & ibi Alber. & in l. legitima. digest. de pact.

Sed contrarium tenuit Bal. nouellus hic, uolens quod per talia uerba inducatur tantummodo contractus iurisgentium & non stipulatio, & pro eius opinione adducitur, quia stipulatio non fit nisi cõtrahentes hoc agant. l. stipulationum substantia. §. fin. supra tit. primo, & habetur in l. non omnis. ff. si cert. petatur. Sed quando proferruntur talia uerba contrahentes intendunt facere contractum illum naturalem tantum & non stipulationẽ, quia non interest ipsorum cum habeant actionem efficacem. arg. l. stipulatio ista. §. alteri. infra eodem. ibi inuentæ sunt stipulationes ut quis stipuletur quod sua interest.

319 Sed ad hoc motiuum † respondet Soccin. primo negando quod non intersit, quia imo interest nostra habere plures actiones. l. cũ filius. §. uariis. ff. de leg. ij. ac etiam habere plures reos. l. iiij. in fi. ff. de lib. leg. & nos uideamus quod ex consuetudine inductum fuit ut super omni cõtractu apponatur stipulatio, ut late examinat inf. Niger, nu. 120. & similiter negat ꝙ contrahentes nõ intendant facere stipulationẽ, quia imo eorũ uolũtas colligitur, ex interrogatione, ut dicit in l. j. §. si quis ita. infra eod. ubi ex interrogatione ꝓsumitur cõtrahentes uelle facere stipulationẽ solã, ut nec pactũ nudũ facere intẽdãt, ideo cũ sit potestas & uolũtas & utilitas uidetur ꝙ omnino uterq; cõtractus inducatur.

Replicat tamen Verius defendendo Bal. quod imo præsumitur eos noluisse facere stipulationẽ, quia illa uerba (uendis uẽdo) sunt præsentis tẽporis, & in eis non seruatur forma stipulationis, quæ requirit uerba futuri tẽporis. l. 5. §. stipulatio. inf. eod. quę defensio parũ ualet, q̃a positis uerbis præsentibus subintelligũtur semper uerba futuri tẽporis, ut infra etiã dicebat Socci. & ex natura uenditionis possũt subintelligi, arg. l. si ita q. s. ff. de euictionib. unde satis dicit seruata forma stipulationis, & ꝑ cõsequẽs etiã ex uolũtate uidetur induci.

Vnde alii dicebant ꝙ imo non est uoluntas stipulandi, ex eo quia interuenerunt uerba alterius contractus, per quę demonstratur eorũ uoluntas principalis & nõ ad stipulationẽ, arg. l. si quis nec causam. ff. si cert. petatur. item etiam non est credendum contrahentes cogitasse de stipulatione, quia illa producit actionem ab una parte tantum, & in dictis contractibus est necessaria actio & obligatio ab utraque parte, & sic non est conuenientia

nientia, ne contractus claudiaret.arg.l.fi.de acceptilationibus. sed tamen adhuc replicatur, quod prædicta procederent si non esset forma interrogationis & responsionis, quæ & ipsa debet operari effectum, ne uideatur inutilis, & cum possit prodesse nec inconuenit quod ab una parte tantum fiat stipulatio. l. si quis stipulatus. supra de usur. & sic hoc fundamentum non uidetur concludere formatum ex capite uoluntatis & inutilitatis.

320 Secundo † pro ista opinione postea Bald. adducebat fundamentum sumptum ex capite impotentiæ, dicens, quod ex unico actu non possunt nasci plures contractus. l. ij. supra si cert. petat. ubi si quis dedit res non potest esse simul commodatum & depositum, neque mutuum, neque duo alii similes contractus, & quando possunt coniunguntur in unum contractum. l. dies sponsaliorum, & l. Lutius. intra depositi. ubi si agatur quod in deposito transferratur dominium potius alteratur natura depositi quam sint duo contractus mutuum & depositum, & idē habetur in l. si quis nec causam. ff. si cert. peta. quia attenditur quod principaliter agitur. ergo cum contractus iurisgentium ex dictis uerbis inducatur secundum omnes, sequitur quod stipulatio postea ex eadem uerborum prolatione induci non poterit.

Sed ad istud fundamentum respondet Socci. dicendo quod procedit quando nascerentur duo cōtractus incompatibiles, quia tunc ex uno facto nō nascuntur duo sed unus tātum, & uel ille qui principaliter agitur, dicta l. si quis nec causam. uel ille qui plenior est. l. j. §. quod si rem. ff. depositi. uel ille qui primus est. l. prima §. idem Pomponius. ff. de positi, uel ille qui potentior est, dicta l. j. §. si te rogauero. & l. Aristo. de donationibus. sed ubicunque plures contractus compatibiles deduci possunt, tunc ex unico actu nascuntur, ut probatur in dicta l. Aristo. ff. de donationi. ubi est contractus donationis usque ad quinquennium, & post quinquennium do ut facias, secundum unum intellectū & idem probatur in l. duo societatē. ff. pro socio. ubi super contractu societatis si apponatur stipulatio hæc ita dari uel fieri, animo nouandi, nascitur sola stipulatio, ergo a contrario si apponeretur animo non nouandi, uterque cōtractus nasceretur. ut præsupponitur quando stipulatio est apposita super ipso cōtractu & sup pœna, quia nascit actio ex cōtractu, & ad pœnam actio ex stipulatu.

Et per illum tex. docto. in l. singularia. ff. si cert. peta. constituunt regulam, quod quando apponitur stipulatio super contractu iurisgentium competunt duæ actiones. facit tex. in l. si quis ante. ff. de acquir. possessio. & l. scire debemus. inf. eod. dū allegatur l. si duos. ff. de contrahend. emptio.

Ad istam inductionem replicatur per aliquos, quod ibi non est unicum factum sed dicuntur duo facta simul coniuncta, & bene ex duobus factis coniunctis possunt ressultare duo contractus non autem ex unico facto, secundum Bart. in l. prima. colu. 6. ff. de pecul. & ad l. Aristo. respondet Alcia. quod ibi erat actus mixtus & duplex, non autem unicus, tamen replicatur per Soccin. hic post tertium fundamentum, quod imo ex eodem facto nascuntur duæ actiones, & secundum ius, ut si quis agnouit bonorum possessionem ex agnitione etiam efficitur hæres & bonorum possessor simul. l. potuit. Cod. de iur. deliberand. & ideo text. in l. ad exactionem. Codic. de dot. promissio. concurrit cum actione ex stipulatu præsumpta uel ficta a lege secundum Paulum de Castro in l. j. ff. so lut. matrimonio, & actio de constituta pecunia concurrit cum stipulatione secundum Fortunium in l. legitima. column. 20. de pactis. & probatur in multis exemplis quæ ego late posui in dicta l. secunda.

321 Tertio † pro ista opinione inducitur ratio Alex. etiam fundata in capite impotentiæ, quia per ista uerba non potuit induci stipulatio deficientibus uerbis futuri temporis. l. 5. §. stipulatio. infra eodem. ad istud respondet Soccin. quod ratio est falsa, quoniam appositis uerbis præsentis temporis tacite subintelliguntur uerba futuri temporis ut supradictum fuit, & in contractu uenditionis subintelligitur promissio de tradēdo rem uel prætium, quæ fit per uerba futuri temporis, ideo etiam in stipulatione uidebuntur apposita, & ita uterque contractus habebit suam perfectionem. ut per Bartol. in dicta l. quinta, qui plus uoluit, quod etiam quando est positum uerbum (promitto quod do) nihilominus si aliquid est acquirendum interpretatur ut contineat in futurum, & si uellis replicare, quod imo omnimodo requiruntur uerba futuri temporis, poteris duplicare secundum ea quæ supra dixi, dum feci regulam generalem quod stipulatio per uerba præsentis temporis semper continet implicite futurum tempus, l. blanditus. Codic. de fideiusso. cum similibus. Sed triplicari potest ex mente Alexand. quod in isto casu non possunt esse uerba futuri temporis, quoniam uenditio est nulla sine prætio, & obligatio de tradendo non potest contineri quando contractus uenditionis est nullus, & sic remanet imperfecta stipulatio. Sed quadruplicari potest, quod intelligitur iste casus quando in uenditione erat appositum prętium, ut uerba (uendis uendo) possint facere uenditionem perfectam.

322 Quarto † ex mente Alexand. adducitur aliud fundamentum, quod imo ex eodem facto non possunt ressultare etiam duo contractus compatibiles. ut probatur in l. secunda Codic. de pact. inter. empt. & uend. ubi dicitur, quod ex pacto de retro uendendo nascitur actio ex uendito propter uenditionem, & actio præscriptis uerbis ex contractu innominato ressultante habita relatione pacti ad contractum, ex solo nāque pacto nō posset nasci, quia unicum est factum, & quæ in secūdo fundamento dicta fuere præsupponunt duplicem actum, quo casu possunt ressultare duo cōtractus, hic uero per ista uerba inducitur unicus actus. sed respondet Soccin. quod licet sit unicus actus, tamen implicantur duæ formæ contractuum una per interrogationem & responsionem, alia per uerbum naturale contractus, & ponit exem-

plum, quando esset dictum promittis mihi ementi pro centum fundum eum tradere, & ille respondeat promitto, nam tunc est forma contractus emptionis. l. fin. Codic. de prædiis curialium lib. 10. & forma stipulationis per interrogationem & responsionem, sed replicari potest, quod illud exemplum est diuersum, quoniam adest uerbum (promitto) destinatum ad stipulationem, & uerbum (mihi ementi) destinatum ad emptionem. ita quod sunt duæ formę distinctæ per sua uerba, nimirum si poterunt nasci plures contractus, sed in exemplo nostro est unicum uerbum (uendis uendo) uel (locas loco) quod non constituit duas formas. sed triplicari potest, quod imo potest constituere duas formas propter interrogationem & responsionem, quoniam stipulationes quibuscunque uerbis hodie fieri possunt, ideo non stringit.

323 Quare † quinto pro ista opinione adducitur text. in l. si stipuler. §. fin. infra eodem. unico modo ponderatus per Bal. nouellum. nam ibi dicitur, si non est responsum ad interrogata in emendo uel locando licet non sit stipulatio tamen nascitur contractus naturalis. quia non tam uerbis, quam consensu contrahuntur, & cum dubitat an contractus ualeant non secuta responsione, apparet quod unicus fuit actus dicendo uendo uendis locas loco. nam. si post contractum formatum esset facta interrogatio, nulla posset esse dubitatio an contractus remaneret ualidus, per. l. certi condictio. §. quoniam. digest. si cer. petatur. & l. si ita stipulatus. §. chrisogonus. digest. de uerborum obligationi. & dum postea determinatur quod nō secuta responsione est contractus uenditionis, a contrario si fuisset responsum ad interrogata esset solus cōtractus stipulationis si actum esset, uel solus contractus naturalis, si non esset actum, & sic unicus contractus tantummodo nascitur, uel stipulationis uel uenditionis, sicut dicitur in dicto. §. quoniam & dicto. §. Chrisogonus. quod demonstratur, quia in fin. dicitur, quod illi contractus non tam uerbis quā consensu firmantur, & dictio (tam & quā) intelligitur electiue, idest, uel uerbis firmantur secuta responsione si actū fuerit uel consensu firmantur si non actum uel non secuta responsione, non autem possumus intelligere ꝙ uterq; cōtractus induceretur, quia tunc starent comparatiue, quod non est de intentione illius literæ.

Sed respondet Socci. quod imo ille tex. probat opinionē suam quod uterque nascatur, ex eo quia si dubitatur, quando non est responsum ad interrogata dicit nasci contractus naturales solos qui non impediuntur ex defectu stipulationis, ergo a contrario si esset responsum ad interrogata, uterque contractus nasceretur, & ad contrariū quod posset adduci, quia propter mixturam uidebatur quod contractus naturales soli non possent nasci, respondet quod imo non impedit, ex eo quia ex sua natura solo consensu perficiuntur. & sic habes duas inductiones in illo text. ex argumento a cōtrario sensu, unam secundum Bald. quod ibi inferratur unicum contractum nasci, uel stipulationis, uel naturalis, sicut in dicto. §. quoniam. & in dicto. §. Chrisogonus. Aliam secundum Soccin. quod imo nascantur duo contractus, sicut fit in l. duo societatem. supra pro socio. & hoc fuit eorum intentio, quamuis inuolute eam uterque explicauerit.

Sed tu potes replicare quod inductio Bald. nō est bona fundata in dicto. §. quoniam. & dicto. §. Chrisogonus, quia illa non procedit quando stipulatio apponitur super contractu qui consensu contrahitur, & solum procedit quando apponitur super contractu qui re contrahitur, ut super numeratione, ut declarat Bartol in l. singularia, in. 3. column. digest. si cert. petatur. & quæstio est in dicto. §. fin. quando apponitur super contractu qui consensu contrahitur. ideo inductio Soccin. uidetur magis conuenire, sed tamen postea responderi potest, quod illa procedit quando sunt duæ formæ separatæ, ut in dicta l. duo societatem, hic uero est unica forma, tamen potest duplicari, quod imo sunt duæ, una per uerba naturalia, alia per interogationem & responsionem, & sic remanet quod non probat concludenter pro Bal.

324 Sexto † inducitur text. in l. obligamur. §. uerbis. supra titulo primo. ubi dicitur, quod re obligamur, aut uerbis, aut mixtim re & uerbis & consensu, & sic præsupponit quod mixtura & duplicitas contractus tantummodo potest esse in stipulatione & contractu qui re contrahitur, non autem potest esse in contractu qui consensu cōtrahitur, ergo unicus tātummodo contractus nascetur, uel stipulationis (si hoc actum fuit) nouando. uel solus contractus emptionis etiam quod interuenerit stipulatio. sed respondet Soccin. quod imo ille tex. probat contrarium, quoniam mixtus contractus appellatur quando est solus contractus stipulationis inductus ex causa mutui, ut in dicto. § quoniam. & §. Chrisogonus. Sed quando apponitur super contractu qui consensu contrahitur. tunc semper ressultant duo contractus qui nō possunt in unum reduci nisi per nouationē, ut ꝑ Bar. in dicta l. singularia, & probatur in dicta. l. duo societatem. & si hoc procedit quando stipulatio apponitur incontinenti post contractum perfectum. dicta l. duo societatem. idem etiam erit quādo simul apponitur, per l. lecta. uersi. dicebam. ff. si cer. peta. Sed tamen replicari potest, quod imo tex. in dicta l. obligamur. loquitur de mixtis contractibus. ut sint duo quando non est facta nouatio, ergo uidetur negare hoc esse in aliis. sed tamē triplicatur, quod tex. ille debet intelligi secundū alia iura hoc exprimentia, & declarari per distinctionem Bartol. in dicta l. singularia. & propterea non concludit.

Septimo adducitur tex. in l. ex placito. C. de rerū permutatione. ubi dicitur, quod ex placito permutationis re nulla secuta constat nemini competere actionem, sed si stipulatio fuit interposita acquiritur actio stipulanti. ergo quando stipulatio interuenit super cōtractu qui cōsensu cōtrahitur nascitur unicus contractus, & existente causa

nulla

nulla utrunque annullatur. sed respondet Niger quod iste text. non facit quia in contractibus innominatis ante implemētum nulla nascitur actio & dicuntur esse imperfecti, & multi tenent quod nec etiam naturalis oriatur, merito ibi præualet stipulatio, ut ex ea sola agatur sed a contrario colligitur quod si fuisset subsecuta rei traditio, & ita contractus assumpsisset uires, competiisset duplex actio, ex stipulatu, & præscriptis uerbis, & sic retorquetur, præterea loquitur de contractu qui re perficitur, ut declaraui supra in quæstione an nascatur naturalis obligatio, unde nimirum si sequitur naturam contractuum qui re contrahuntur positam in dicto. §. quoniam.& in dicta l.cum enim.ff.de nouatio.

Octauo adducit Alcia. rationem de inconuenienti, nam si inducerentur duo contractus stipulationis, & iurisgentium, sequeretur quod nascerentur duæ actiones incompatibiles ex uno & eodem facto, & una esset bonæ fidei & alia stricti iuris ex contractu stipulationis, quod uidetur inconueniēs, ut dixit Bar. in l. de diuisione. supra soluto matrimonio. sed respondet Ias. in dicta l. de diuisione. quod imo non est inconueniēs, quia actio de peculio ex uenditione uel alio contractu bonæ fidei (quatenus datur contra filium) est bonæ fidei, & quatenus datur contra patrem est stricti iuris, ut per Bart. in l.j.col. 6. ff. de peculio. licet sit una & eadem.l.3.§.si filius. cum. §. interest. supra de peculio. quæ tanto satius quando competerent duæ actiones, ut esset in proposito nostro, quæ nascerentur ex duobus formis contractuum.

Nono Alcia. ponderat tex. in l. 5. §.conuentionales. infra eodem. ubi conuentionales stipulationes pendent ex negotio cōtracto, & per consequēs stipulatio est actus, negotium uero est natura ipsius stipulationis, ideo unicus debet esse contractus stipulationis non duo, uel e contrario stipulatio deberet esse accessoria ad negotium. ergo non deberet esse in consideratione, & solum illud negotium contractus deberet inducere suum contractum. sed respondet Niger negando quod stipulatio sit accessoria ad negotium, uel etiam negotium sit accessorium ad stipulationem, & ideo pēdet a negotio contracto, quia interponuntur super negotio, tamen hac intentione ut uterque contractus principaliter inducatur si fieri potest, & ex utroque competat actio, unde apparet quod fundamenta pro ista parte non stringant.

325 Contrariam † opinionem tenuit Socci. hic post Bal. & Cy. in dicta l. hac consultissima, & Alb. in l. legitima. & principale fundamentum est, quod isti duo contractus sunt compatibiles, & quod præsumitur uoluntas, quia utile est utrunque nasci, & quia per interrogationem demonstratur hæc intentio, ideo cum sit potestas, & habilitas, & uoluntas præsumpta, inducitur operatio, ut dixit Bar. in l. serui electione. ff. de leg. primo. & nihil concludens allegatur quod non sit habilitas & intentio, & qui uult dicere contrarium debet ostendere contrariam uoluntatem. tamen supra responsum fuit, quod imo non adest uoluntas, quoniam tantummodo uerba proferruntur apta ad contractum naturalem, & interrogatio non sufficit, cum adaptari possit omnibus contractibus. l. iurisgentium. §. quod fere, ff. de pactis.

Secundo adduciiur tex. in dicta l. si stipuler. §. fi. a contrario sensu. ubi si non est responsum ad interrogationem nascitur contractus naturalis, ergo a contrario si esset responsum nasceretur uterque contractus. sed respondetur quod non summitur argumentum a contrario, ex eo quia non adest uoluntas contrahentium neque etiam habilitas uerborum interuenit ut supra.

Tertio inducitur ille tex. in fi. ibi, non tam uerbis quam consensu contrahuntur, ergo si interuenissent uerba posset contrahi etiam uerbis & per consequens deberet nasci. sed respondetur negando quod habuerit intentionem ut supra & sic reducitur ad hanc causam.

Quarto adducitur dicta. l. obligamur. ibi (mixtus contractus re & uerbis) ergo duo contractus nascuntur. sed responsum fuit quod retorquetur, quia ille mixtus contractus est unicus contractus stipulationis uel mutui, ut dicitur in di. §. quoniā & dicta l. cum enim. ff. de Noua. Sed quando est contractus qui consensu contrahitur, producūtur duo contractus distincti, dicta l. duo societatem, & declarat Bar. in dicta l. singularia. ff. si cer. petatur in 3. col. & ad inconueniens Alcia. responsum fuit quod imo possunt nasci plures actiones diuersæ naturæ, & ad illud de negotio contracto respōsū fuit ꝙ uterq; cōtractus est principalis, & sic ex istis respōsionibus habes noua fūdamēta pro utraque parte, & ita apparet articulū esse disputabilē.

Et ultra prædicta fundamenta pro hac opinione, quod uterque contractus nascatur, facit tex. in l.j. supra de pact. & l.j. §. si conuenerit. supra depos. in illa generali regula, quod contractus ex conuētione legem accipiunt, & a uoluntate partium inducuntur, & probatur in terminis in dicta l. si stipulatus. supra de usur. & dicta l. duo societatem. sed ultra prædictas responsiones potest etiam dici, ꝙ illa iura procedunt qñ per partes separatim cōtractus ipsi fuere introducti, ut statim dicetur.

Sexto etiam ultra prædicta adduci potest text. in dicta l. Aristo. supra de donationibus & l. si quis ante. digest. de acquir. possessio. ubi est unicum factum, & unica conceptio uerborum, & tamen sunt duo contractus. Sed respondetur quod imo in illa lege erant duo actus, & duæ res, quia de operis serui erat facta donatio per quinquennium, & post quinquennium erat contractus innominatus de manumittendo, & sic uere erant duo actus & duæ uerborum conceptiones: quinimo uidemus quod quando est una res, & sunt expressi duo contractus, reducuntur ad unum. dicto. §. quoniam. & d. l. cum enim. & l. si stipulatus. de nouat. & l. iurisgentium. §. quod fere. de pactis. ergo tanto fortius si erat unica res & unica conceptio uerborum debet esse unicus contractus, & in dicta l. si quis ante, erant duo contractus expressi super duobus diuersis rebus, quia locatio erat de fructibus, & rogatio

de posſidendo. ſed in caſu noſtro erat unica forma conceptionis & unica res tãtum, unde non deberet induci niſi unus contractus,

Septimo adduci poteſt, quod imo etiam in una & eadem re, & in una forma ex unico actu creantur duo contractus, ut in l. an inutilis, de acceptilationi. & l. j. §. ſi quis ita. infr. eodem. argum. a contrario ſenſu. & l. puberem. Codic. de iur. de liberand. ſed reſponderi poteſt, quod in dicta l. an inutilis. & in dicto. §. ſi quis ita. non inducuntur duo contractus cumulatiue, ſed ſucceſsiue, ſeu alternatiue, quia ſi non ualet ut acceptilatio ualebit ut pactum, & ſi non ualet ut ſtipulatio poterit ualere ut pactum, quando autem ualet ut acceptilatio & ut ſtipulatio nunquam ualebit ut pactum, & ſemper erit unicus contractus, ut in dictis iuribus, & tex. in l. puberem. Codic. de iur. delib. loquitur quando duo actus dependent a ſola uoluntate diſponentis, & tendunt ad eundem finem, nam uoluntas ex unico actu declaratur etiam de alio. l. j. de rebus dub. ſed in caſu noſtro contractus dependent a uoluntate duorum, & habent ſuas formas a lege datas diuerſas, quæ non faciliter ex uno actu induci poſſint.

Octauo etiam induci poteſt, quia ex unico actu poſſunt obligari plures perſonæ ex diuerſis formis & diuerſis obligationibus, & una actio ne cum diuerſis qualitatibus, quia ſi ſeruus uel filius in cauſa peculiari promittat centum ex uno contractu, obligatur ipſe ex illo contractu, & dominus obligatur etiam uel pater de peculio de iure prætorio, & appellantur ciuiles obligationes, & aliæ honorariæ. inſti. de obligationibus §. primo. & l. prima §. debitum. digeſt. de conſti. pecunia. & l. an inutilis. §. fin. digeſt. de acceptilationibus. & una actio quæ eſt bonæ fidei in una perſona poteſt eſſe ſtricti iuris in alia perſona, imo in eadem perſona etiam quod naſcatur ex unico contractu, & per Bartol. in l. prima. column. 6. digeſt. de pecul. ergo ex eodem actu poſſunt reſſultare plures contractus quomodocunque diuerſi, ſed ad iſtud reſponderi poteſt, quod illa diuerſitas naſcitur ex diſpoſitione iuris quæ extendit unum contractum in una perſona factum ad alias perſonas, & cum extendantur ad alias perſonas quæ non promiſerunt, eſt neceſſarium quod obligationes ſint diuerſę, & actiones aſſumant diuerſam naturam, ſed in caſu noſtro eſt identitas perſonarum & rerum, & unica forma, & unitus actus, unde non uidetur quod poſſint reſſultare plures contractus, arg. dictæ l. ij. ff. ſi cert. petat. & ideo adhuc apparet quod articulus eſt diſputabilis,

326 Reſolutiue † autem loquendo conſiderandum eſt, quod docto. hic æquiuoce multa inculcant, & argumentando ex diuerſis faciunt deciſionem inextricabilem, ut nihil boni uideatur poſſe pro utraque parte determinari, & propterea diſtinguendi ſunt quinque caſus diuerſi qui recipiunt diuerſas rationes, & unus per alium determinari non poteſt.

327 Primus † eſt ergo caſus, ubicunque contractus naturalis eſt perfectus, & poſtea ex interuallo ſubiiciatur ſtipulatio perfecta, & tunc duo naſcuntur contractus & duæ actiones diuerſæ, quia ſtipulatio introducta fuit ut per ſuam efficaciam ualidet & confirmet omnes contractus, unde poſtea dubitatur an ſequatur naturam contractus uel actus, de quo dicemus in ſequenti quæſtione per multa cumulata per Iaſ. ibi, & facit quod uoluit Niger infra numero 120. item poteſt dubitari, utrum uideatur appoſita animo nouandi, & tunc non naſceretur niſi unicus contractus. l. j. digeſt. de nouationi. ſed quoniam hodie non præſumitur nouatio. l. fin. Codic. de Nouatio. eueniet quod regulariter ſemper naſcentur duo contractus, & duæ actiones, dictis iuribus infra allegandis.

328 Secundus † caſus eſt, ubicunque contrahentes fecerunt, contractum naturalem, & eum perfecerunt, & poſtea fecerunt contractum ſtipulationis incõtinenti ſeruando formam ſtipulationis, ut in dicta. l. duo ſocietatem. ibi, hæc ita dari fieri ſpondes, & l. ſi quis ſtipulatus, digeſt. de uſur. & tunc antiquitus dubitabatur an eſſet appoſita animo nouandi, naſcebatur ſolus contractus ſtipulationis. dicta l. duo ſocietatem. digeſt. pro ſocio. ſed quia hodie non præſumitur nouatio, ideo naſcentur duo contractus interuenientibus duabus formis & duobus actibus, quamuis incontinenti, ideo tunc recurrendum eſt ad diſtinctionẽ Bart. poſitam in l. ſingularia. digeſt. ſi cer. petat. in 3. column. qui dixit, quod quando ſtipulatio incontinenti apponitur ſuper actu qui poteſt eſſe contractus, & implementum alterius, & tunc naſcitur unicus contractus, ut ſi numeratio fiat ex cauſa mutui, commodati, uel depoſiti. nam tunc cauſatur ſola ſtipulatio, & illa numeratio ſeruit pro implemento ſtipulationis. dicta. l. certi condictio. §. quoniam, & l. ſi ita ſtipulatus. §. Chriſogonus. ff. de uerbo. obligationibus, & l. cum enim. ff. de Nouationi.

Vnde fit regula, quod quando ſtipulatio apponitur ſuper contractu qui re contrahitur, naſcitur in dubio ſolus contractus ſtipulationis, & illa numeratio implet eum, & ſemper præſumitur nouatio, niſi aliud apparet. ſi uero ſtipulatio apponitur ſuper contractu naturali qui conſenſu contrahitur, & tunc quia ille actus non poteſt eſſe implementum ſtipulationis, cauſantur duo contractus, & ex utroque naſcitur actio, & non præſumitur hodie nouatio, dicta l. duo ſocietatem. ff. pro ſocio, etiam quod fiat incontinenti, quia duo ſunt actus ſeparati, & uerba præciſa inducentia formam duorum contractuum, & hæc eſt communis * concluſio in dicta l. ſingularia, ubi plene dixi, & iſte caſus non pertinet ad propoſitum noſtrum, in quo quæſtio noſtra eſt, quando eſt unicus actus pro ſtipulatione & contractu naturali. & ideo tex. in l. duo ſocietatem. ff. pro ſocio. non bene allegatur per Socci. in propoſita quæſtione, quia ibi ſunt duo actus, & uerba ſeparata inducentia diuerſas formas.

329 Tertius † caſus eſt ubicunque unicus eſt ſermo, & tunc

& tunc exemplificari potest tribus modis, Primo quando dicitur promittis mihi ementi domum pro centum eã tradere,& ille dicit promitto. Secundo potest exemplificari quando dictum fuit, uendis mihi domum,uendo. Tertio potest exemplificari quando dictum fuit, uendis fundum pro centum, uendo.Tertius est ergo casus,quando dictum fuit,promittis mihi ementi fundum pro cẽtum tradere,& hoc casu causabuntur duo contractus,nisi fiat animo nouandi,quia illa uerba(mihi ementi)faciunt contractum uenditionis perfectum, & illa uerba promittis tradere illum fundum,si respondeat promitto, faciunt contractum stipulationis perfectum,& ideo nascentur duo cõtractus ex uerbis & intentione.arg.d.l.duo societatem,& cum sit habilitas uoluntas & possibilitas debent ipsi disponere.arg.no.in l. serui electione. de lega.primo.

330 Quartus casus est,†quando dictum fuit uendis, uendo domum,quem ponit Alexand.hic,& determinat quod non ualet, neque ut stipulatio, neque ut contractus. sed Soccin. tenet contrarium, quia subintelliguntur uerba futuri temporis, & perficitur stipulatio. dicta lege j. §. stipulatio. & lege si ita quis.digestis de euictioni. sed tu dicas opinionem Alexand.ueriorem esse, quod imo nullus contractus inducitur. nam uerba (uendis uendo) perficiunt contractum uenditionis deficiente prætio. §.prætium.institu.de emptione, & uenditione,neque etiam potest constitui stipulatio deficientibus propriis uerbis, & illis quæ sunt futuri temporis,nec ualet quod illa subintelligantur,quia imo non possunt intelligi,ex eo quia existente nullo contractu uenditionis, nulla æquitas dictat quod obligetur ad tradendum ex causa nulla,& subintelligatur contractus damnosus, unde omnimode deficit uoluntas,& militat ratio supradicta,quod sine consensu non potest esse stipulatio.l.j.in fi.ff.de pact.& sic opinio Alex.recte intellecta uerissima est in terminis suis, & omnimodo tenenda.

331 Quintus casus est, † quando aliquis dixit,uendis mihi fundum pro centum,& ille dicit uendo, an inducatur duplex contractus,&hic est casus dubius,super quo militant omnia argumenta docto. ab utraque parte.nam per illa uerba(uendis fundum pro centum)perficitur contractus uenditionis,& interuenit forma plena ad eum faciendum, & cum postea præcedat interrogatio (uendis) & responsio(uendo)uidetur etiam seruata forma stipulationis, licet in eodem sermone prolata fuerint uerba.unde possunt subintelligi uerba futuri temporis,ut teneatur tradere,cũ stante causa uenditionis habili est conueniens quod subintelligatur uerbum(tradere) & sic uidetur quod sint duo contractus & duæ formæ,licet in eodem sermone, & inducant duplicem contractum.

Sed in contrarium faciunt omnes rationes supra allegatæ,& confirmatæ,quod non uidetur esse animus stipulandi, ex eo quia uerba non conueniunt,cum interrogatio de uerbo naturali contractus non demonstret animum faciendi stipulationem, quia non sunt destinata ad eam, sed potius demonstrant quandam enixam uoluntatem faciẽdi ipsum contractum uenditionis,& deficit uolũtas ad stipulationem. nam tunc interrogatio inducit uoluntatem stipulandi quando sunt uerba destinata ad eam.dicta lege prima. §. si quis ita. sed ubicunque sunt uerba naturalia contractus interrogatio non denotat animum stipulandi, sed solum enixam uoluntatem faciendi ipsum contractum naturalem,& ideo deficiente uoluntate, & etiam naturali habilitate uerborum,inducetur solus ille cõtractus,&non cõtractus stipulationis.

332 Vnde pro resolutione†potes(ad probandum, quod habeat animum stipulandi) adducere omnia quæ supra longo sermone posita fuere pro ista parte.Item e contrario ad probandum,quod non præsumatur habere animum stipulandi,potes adducere omnia quæ allegata fuere per Bal. nouellũ & per alios docto.ad confirmationem,finaliter tamen mihi placet in hoc articulo opinio Baldi, quod non præsumantur habere animum faciendi stipulationem,quia uerba sunt notę animi nostri. lege Labeo.in fine.de suppell.leg. & uerba illa ex sui natura demonstrant animum faciendi uenditionem & non stipulationem,& nulla potest addi coniectura quod faceret stipulationem, nisi propter interrogationem & respõsionem,quę sola nõ sufficit,cum sit communis omnibus contractibus. dicta lege iurisgentium.§.quod fere. digestis. de pactis.& ideo opportet quod aliæ fortiores coniecturæ interueniant, ut quod dicatur, uendis mihi stipulanti fundum pro centum, & ille respondeat uendo,tunc enim apparebit uoluntas faciendi stipulationem, & cum contractus sint compatibiles,& adsit potestas & uoluntas, præsumemus utrunque contractum celebratum fuisse.argumen. nota.in lege serui electione. ff. de legatis primo. & in summa in terminis quæstionis propositæ uerior redditur opinio Bald. quod non præsumantur duo contractus,nisi ex coniecturis urgentibus appareat.

333 Decimaquinta†est dubitatio,quare inuenta fuerit stipulatio a iure ciuili, & respondent Paulus de Castro & Alexander hic, quod fuit inuenta ex causa necessitatis & utilitatis,utilitas autem euidens est,quia stipulatio est firmior contractus qui sit in iure,& semper præstat utilitatem firmitatis, & propter hanc causam in quocunque contractu apponitur a notariis,& addit secundam, quod inducit nouam actionem,& interest nostra habere plures actiones.lege cum filius.§.uariis.ff. de legatis secundo. & multas alias similes potes per te congerere inspiciendo totum præsentem titulum cum octo sequentibus, & quod ex necessitate fuerit introducta dantur etiam multa exempla dubitabilia tamen, & primum est,quod propter promissiones iudiciarias,ut de iudicio sisti, iudicato soluendo, rem ratam a domino haberi per dominum, & aliæ similes in quolibet iudicio contingentes introductæ fuerunt,quæ alio postea nomine ceperunt appellari stipulationes prætoriæ, quoniam prætores iusserunt eas certo modo inter

poni debere, sed tamen antequam essent prætores exactis regibus, statimque fuere introducta iudicia tã ordinaria quã extra ordinar ia, ceperunt tales promissiones esse necessariæ, & cum ex pacto nudo efficaces esse non possint, necessarium fuit introducere hunc contractum stipulationis.

334 Sed Alexander reprehendit,† quia pacta nuda ad iuuandum iudicium tendentia poterant efficacem promissionem inducere etiam ab initio, quoniam uestiuntur calore iudicij, & sicut cætera pacta uestita producunt actionem, ut per gloss. in auth. generaliter. Cod. de episcop. & cleric. in uerbo conscribat. & in lege eum qui. digestis. de in ius uocand. & est textus. in lege pacta nouissima. in uerbo. maxime. Cod. de pactis. & tenuit Bald. in lege pactum. §. qui prouocauit. supra de pactis. & in dicta lege pacta nouissima. & confirmatur, quia confessio extra iudicialis non probat sine causa, & in iudicio facta probat, ut per gloss. ordinariam in lege prima. in gloss. penultima. supra de interrogato. action. nec obstat. lex siue apud acta. Codi. de transact. quia intelligitur quando pactum non tendit ad adiuuandum iudicium, quia tunc non uestitur, sed quando tendit ad iuuandum uestitur & efficax efficitur, & pactum positum in dicta lege siue apud acta tendit ad oppugnandum iudicium, ideo non uestitur, & simile potest esse quando quis renuntiat liti, de quo habetur in lege postquam liti. C. de pactis. cum igitur promissiones iudiciariæ tendentes adiuuandum iudicium uestirentur calore iudicij, apparet quod stipulationes propter hanc causam non fuere ex necessitate introductæ, sed tantummodo pro utilitate ad corroborandum pacta. Bartolus uero in lege prima. infr. eodem. plus uoluit quod nedum quando tendunt ad iuuandum iudicium, sed quod generaliter pacta uestiuntur calore iudicij.

335 Ego autem plenissime† examinaui in dicta lege siue apud acta. in primo nota. nume. 13. & 14. & tenui contra Alexandrũ hic, & Barto. determinando generaliter, pactum non uestiri calore iudicii, quia sui natura non producit actionem nisi quando fomentatur a lege seu uestitur, non uestitur autem nisi interueniat aliqua causa extrinseca, ut alius contractus uel traditio rei quæ faciant correspondentiam ad pactum, iudicium autem non facit illam correspondentiam, ergo non uestitur. Secundo pactum non potest dici uestiri etiam quod tendat ad adiuuandum iudicium, quia non dicitur incontinenti apponi prout requiritur, iuxta legem petens. & l. legem. Co. de pactis. nam ad hoc ut dicatur incontinenti apponi, requiritur quod fiat iuxta actũ continuũ, quod non potest esse in iudiciis quæ durant per triennium & quadriennium, & probatur in lege iurisgentium. §. quinimo. supra de pactis. in uersicu. ut pacta, ubi pactum durante matrimonio appositum non dicitur uestiri cohærentia contractus matrimonij, quia habet nimis longum interuallum, ideo neque etiam in hoc casu in iudicio cohærentia ipsius iudicij potest uestiri.

Præterea quod non uestiatur probatur in lege omnes. §. in hac. C. de episcopis & cleric. ubi clerici conuenti in iudicio seculari tenentur per solennem stipulationem promittere, quod stabunt iuri. & solum eis remittitur quod non teneantur dare fideiussorem, & si pactum uestiretur calore iudicij, non fuisset opus addere quod per stipulationem promitterent. cui legi non potest sine magna uiolatione responderi. Facit etiam dicta lex siue apud acta. quæ generaliter dicit, non interesse an fiat apud acta uel extra iudicium, & illa distinctio an tendat ad adiuuandum uel non adiuuandum iudicium non probatur iure, sicut nec etiam pacta apposita iuxta contractum impediuntur uestiri, quamuis tendant ad destruendum contractum. lege secunda. Codice de pactis inter emptorem, & uenditorem, & lege lecta. ff. si certum peta.

Non obstat glo. in d. authe. generaliter, quia respondetur primo, quod ille tex. debet intelligi de conscriptione efficaci facta per solennem stipulationem, iuxta dictam legem omnes. §. in hac. Secundo respondetur, quod loquitur de quoddam contractu innominato qui inducitur ex illa comparitione, & ille comparens implet, quia permittitur ut iudex admittat eum ad agendum, & quando iudex admittit adimpletur pro parte sua & nascitur actio ex implemento secundum regulam iuris ciuilis, non obstat text. in dicta lege cum pro quo. quia intelligitur de stipulatione propter uerbum (cauit) ibi positũ. lege sancimus. Codice de uerborum significati. & in secundo responso, quod subiicit (promisit) denotat stipulationem. lege sciendum. infra eodem, & hæc coniectura capitur, quia aliæ leges magis distincte loquuntur, ad quas referri debent. argumento legis qui testamento. digestis. de testamentis. Item ille textus loquitur de contractu innominato, qui inducitur ut ille promittat expensas, & admittatur ad iudicium, unde tũc interuenit implementum ut supra.

Non obstat dicta lex pacta quæ contra. quia dictio (maxime) non refert actionis productionem, sed solum obseruationem facti secundum suam tamen naturam, ut ibi dixit Decius in tertio notabili, quod maioritas illa causat præsumptionem maiorem quod sit uerum pactum. Non obstant alia, quia ibi fuit responsum. & in lege prima. infra eodem respondemus adductis per Bartol. Quare remanet quod exemplum est bonum ut propter promissiones iudiciarias stipulationes ex necessitate fuerint introductæ, quoniam pacta nuda non producebant sufficientem actionem.

336 Secundum exemplum † ponebat Paulus de Castro in fideiussoriis promissionibus, quoniam sine stipulatione fideiussor non potest obligari, lege blanditus. C. de fideiusso. & lege quinta. §. satis acceptio. infra eodem, & utrobique no.

337 Sed Ruynus † reprehendit, quia fideiussor poterat obligari efficaciter per constitutum, quando quis constituebat se soluturum pro alio quod

ipse

ipse debebat. lege prima. de constituta pecunia. & lege ubi quis. eodem titulo. cum gloss. quin imo constitutum erat utilius, quia potest fieri inter absentes, & quibuscunque uerbis. lege qui autem. §. fina. de constituta pecunia. Item in cōstituto quis potest obligari in plus. lege actiones. §. fina. coniuncta lege. sed & si ante. ff. de constituta pecunia. & tamen fideiussor non potest in plus obligari. lege græce, §. illud. digest. de fideiussor. quas differentias ponit Aretin. instituta de fideiussor. Tertio constitutum est utilius, quia non finitur tempore. lege item illa. §. quod adiicitur. de constituta pecunia. secus in obligatione fideiussoris. lege acceptilatio. infra de acceptilationibus. lege si quis postquam, cum ibi nota. de fideiusso. Quarto in constituto potest quis se obligare etiam cum non remaneat principalis obligatus, si hoc animo fiat & causa nouandi. lege ubi quis. eodem titulo, secus in fideiussore, quia fideiussor non obligatur nisi subsistente obligatione principali. lege fideiussor obligari. ff. de fideiusso. & ad lege. blanditus. C. de fideiusso. potest dici, quod non probat, quia non dicit quod non sit fideiussio sine stipulatione, solum dicit quod per ista uerba (quid uis faciam) responsio congrua inducitur causans obligationem, & in dicta l. satisdatio. sup. qui satisd. cogant. etiam concludenter non dicitur quod non possit fideiussio sine stipulatione fieri.

338 Sed tu potes ad ista † respondere, quoniam licet constitutum in prædictis plenius esset, tamen in multis aliis obligatio fideiussoria plenior est, nam constitutum non potest fieri existente sola ciuili, cum exceptione. lege prima. §. debitum. de constituta pecunia. secus in fideiussione. ut institu. de fideiuss. in principio. secundo non potest fieri constitutum pro obligato officio iudicis. dicto §. debitum. cum sequenti. secus in fideiussore, secundum Barto. in l. utrum alij. infra de fideiussor. Tertio, quia fideiussor potest obligari ante obligationem principalis. §. fideiussor. institu. de fideiussor. secus in constituto. lege prima. §. debitum. eodem titulo. & gloss. in lege si uero non remunerandi. §. si post creditum. supra mandat. Quarto secundum Rippam constitutum non potest fieri incontinenti, quia gemminatio nihil operaretur, fideiussor uero incontinenti obligatur, ut supra dictum fuit in materia constituti.

Sed tamen responsio data ad dicta Pauli potest ab istis defensari, quia uera non sunt, nam (ut dicebat Niger) non est uerum quod constitutum non possit fieri quando cessit debitum ciuile, dummodo sit efficax, & ideo potest fieri pro debito ex officio iudicis, quia est largo modo debitum. lege fina. infra de fideiussor. & Bar. tenuit in dicta l. Marcellus. Item potest fieri constitutum pro debito conditionali, secundum Paulum de Castro in dicta lege prima. de constituta pecunia. & lege secunda. C. de recep. arbit. & supra dixi, quia sufficit præcedens obligatio quocunque iure, dummodo habeat efficaciam illo iure. Item non est uerum quod fideiussoria obligatio pro alio non possit fieri ante obligationem sine fideiussore, quia poterat mandator accedere, qui præcedit obligationem, & obligatur tanquā fideiussor, ut per gloss. in rubri. infra de fideiusso. Item quod dicebat Ripp. non est uerum, quia imo constitutum potest fieri incontinenti, ut supra conclusi, ut ibi demonstraui.

339 Et sic † apparet quod in omnibus casibus in quibus constiti potest poterat accedere fideiussor, & e contrario, ita quod nullus remanet casus in quo esset necessaria stipulatio, & stat obiectio, quod per constitutum erat sublata necessitas stipulationis. Ideo Paulus de Castro in dicta lege prima. de constituta pecunia. & Bald. nouellus hic respondent alio modo, dicentes quod constitutum fuit nouiter introductum a prætore, & ab initio stipulatio fuit necessaria, quoniam tunc non erat aliquis modus obligandi se pro alio efficaciter, & postea fuit constitutum introductum a prætore pro facilitate ut posset fieri obligatio etiam inter absentes, & quibuscunque uerbis inter mercatores, & negotiantes, & cum exactis Regibus stipulatio incontinenti fuerit introducta, cum pacta nuda non haberent efficaciam, apparet quod stipulatio ab initio pro obligatione fideiussoria fuit necessaria, & postea adiectio prætoris etiam fuit utilis, ut possit fieri inter absentes & quibuscunque uerbis.

340 Et si opponatur † quod pactum fideiussorium cohærentia contractus posset uestiri sicut & cætera pacta, respondetur quod imo non uestiebatur quia inter diuersas personas pactum non uestitur cohærentia contractus. lege si tibi. C. de pactis. per quem textus. docto. tenent limitari regulam legis petens. & leg. legem. C. de pactis. Secundo probatur, quia (ut statim dicemus) pactum pœnale non uestitur cohærentia contractus, quia non dicitur facere correspondentiam. ut notat. in dicta lege petens. C. de pactis. item non tolleret totam necessitatem, cum illud pactum fideiussorium non potuisset ex interuallo uestiri, & sic exemplum necessitatis de obligatione fideiussoria bonnm est.

341 Tertium † est exemplum necessitatis in nouatione, quæ non potest fieri nisi per stipulationem, ut no. in l. si ex prætio. C. si certum petatur. & sequuntur doctor. sed in contrarium tu potes allegare legem singularia. ff. si certum petatur. cum sua materia. ubi determinatur, quod contractus unus potest in alium conuerti ex sola uoluntate contrahentium tam in eisdem personis, quā inter diuersas. & ibi ego in præmissis late, & in interpretatione dixi regulam istam generalissimam esse, ut omnes contractus possent conuerti in alios, & per quamlibet spetiem contractuum in alium diuersi generis potest fieri conuersio, dummodo seruetur solemnitas destinata a iure ad illum in quē fit conuersio, ergo apparet quod poterat fieri nouatio sine stipulatione.

342 Sed saluando † hoc exemplum necessitatis potes dicere, quod aliud est conuersio, aliud est no-

uatio. nam conuersio contractuum dicitur esse quædam extinctio primi contractus & constitutio alterius, quoniam datur pecunia pro uno contractu creditori, & per solutionem fit extinctio, & ille creditor breui manu uidetur dare pro alio contractu fiendo, ita quod primus contractus adimpletur per solutionem ueram uel fictam, & secundus inducitur per dationem, sed nouatio uere non facit istud adimplementum, neque extinguit primum contractum per solutionem, sed solum obligatio primi contractus transfunditur in stipulationem sequentem, & extinguitur ipso iure, acsi nunquam esset factus, ut probatur in lege prima. ff. de nouationi. ibi, obligationis transfusio, & hanc differentiam etiam notaui in dicta lege singularia. in præmissis. & propterea remanet, quod hoc tertium exemplum de nouatione etiam est bonum.

343 Quartum est exemplum †secundum Iason. hic & Bal. nouellum propter liberationem, quæ nō potest fieri sine uerbis, ut per acceptilationem, ut inducatur ipso iure plena liberatio. §. item per acceptilationem. institu. quibus modis tollitur obligatio, & lege an inutilis. §. acceptan. ff. de acceptilationi. & lege si unus. in principio. supra de pactis. sed in contrarium adducit hic Niger, quia imo quis poterat liberare debitorem suum donādo ei debitum, quæ donatio ualebat sine traditione, quia erat penes debitorem. §. interdum. institu. de rerum diuisione, & ideo inducebatur plena liberatio ipso iure, & hoc etiam uidetur uoluisse Imo. in lege & uno. §. primo. in fine. de acceptilatio. sed Iason in lege ut responsum. C. de transactio. dicebat, quod imo acceptilatio erat necessaria, quia talis donatio non ualebat ultra quingentos aureos sine insinuatione, lege sancimus. C. de Donatio. quod parum oppugnat, cum potuisset fieri insinuatio. sed tu ex alio potes dicere, quod imo fuit necessaria, quoniam donando debitori non inducitur liberatio immediate per ipsum actum donationis, sed solum per solutionem, quæ uidetur facta ab ipso debitore ipsi creditori donanti, & e contrario ipse donans uidetur ei soluere ad inducendam donationem. argumen. legis singularia. ff. si certum petatur. & le. licet. §. quotiens. ff. de iure dotium & lege tertia, §. si debitorem. de donatio. inter uirum & uxorem, sed ex sola uirtute liberationis non poterat per donationem debitor liberari; & si fiebat pactum de non petendo, remanebat debitor, & solum acquirebat exceptionem. lege si unus. §. pactus. ff. de pactis. & idem quando in testamento relinquebatur. le. non solum. §. liberationis uerba. de liberatio. legata. & sic exemplum uidetur bonum, tamen tu ex alio potes opponere, quia acceptilatio non tollit in se obligationes inductas per stipulationem, & alias iurisgentium, tantummodo ex ui pacti nudi tollit. dicto. §. per acceptilationem. institu. quibus modis tollitur obligatio. sed antequam esset stipulatio, non erat illa uerborum obligatio, ergo nec etiam erat necessaria acceptilatio. argum. l. decem. infra eodem. & leg. manumissiones quoque. ff. de iusti. & iur. necessitas autem acceptilationis tunc potuit cognosci quādo stipulatio fuit inuenta. unde apparet quod propter liberationem non fuit necessaria stipulatio, sed solum fuit necessaria ad faciendam nouationem præcedentium obligationum, ut posset postea per acceptilationem tolli, ut in dicto. §. sed per acceptilationem. & §. Gall. Aquilius. insti. quibus modis tollitur obligatio. & propterea necessitas fuit tantummodo in hac stipulatione Aquiliana ad nouandum præcedentes contractus, ad finem ut per acceptilationem postea posset induci plena liberatio.

344 Corasius †autem hic multū ratus contra Paulū & Alexa. & alios qui eos sequuntur, condemnauit eos ad pœnas inferorum cum omnibus eorum scriptis, tanquam hæretica continentibus. ut debeant ascribi familiæ Plutonis, ne eorum recordatio aliquo tempore ulterius fiat, quid enim per Deum immortalem (inquit ipse) ineptius & insolentius dici potest aut excogitari, quam dicere legem ad aliquem actum fiendum necessitate aliqua astringi, quæ liberam penitus potestatem habet, & potestas condendi legem a libera ratione proficiscitur, unde dicit Marianum Socci. dum legeret Paduæ asseruisse se huiusmodi uerba detestari, & deterrere. & in miscellaneis suis executus fuit.

Sed uereor ne ipse semetipsum iis condemnationibus adstrinxerit, quia qui alium iniuste excommunicat, a Deo ipse damnatur & separatur a fidelibus. cap. illud. undecima quæstione tertia. & etiam condemnatur in hoc seculo. cap. sacro. ext. de sententia excommunicatio. intelligendo tamē in terminis illorum iurium. ipse autem nihil insulsius neque ineptius potuit dicere, neque puerilius quam credere quod docto. senserint ius ciuile manu militari coactum fuisse ad faciendas stipulationes, seu etiam in carceribus detrusum fuisse, nisi stipulationes fecisset, prout euenit in Regno Siciliæ, quod qui nolunt contestari litem in carceribus detruduntur, & etiam de iure communi, ut in auth. de exhiben. & introducend. reis. & omnibus etiam pueris notum est. doctor. non intellexisse de ista necessitate præcisa, sed solum sensisse de necessitate causatiua, quæ inducitur stantibus regulis iuris ciuilis, quod ex pacto nudo simplici non nasceretur actio, quæ necessitas cadit in legislatoribus. leg. prima. & ibi Iason. ff. de insti. & iur. & etiam in Deo, dum dixit Christus discipulis suis, opportuit Christum pati, quia stantibus ordinationibus ab initio seculi a Deo factis & in mente constitutis, necessitas illa sequebatur, cum tamen (si uoluisset) omnibus notum est, quod potuisset alio modo redimere mundum uel alias etiā alterationes inducere, propter quas non fuisset necessarium Christum pati, ita nemo negat ius ciuile potuisse euitare has necessitates faciendi constitutionē, ut ex pacto nudo indistincte nasceretur actio, uel introducendo alium similem contractum efficacem.

Dicas igitur prædicta exempla omnia bona esse & recte posita de necessitate, quoniam non intelli-

telliguntur de necessitate præcisa, sed de necessitate causatiua stantibus ordinationibus iã factis, quod ex pactis nudis non daretur actio,& ideo ut subueniretur commerciis hominum, & negociis quotidianis,fuit necessarium introducere dictum contractum stipulationis.

345 Quintum † exemplum est necessitatis in promissione pœnę quæ pacto nudo fieri non poterat. l.seruus ea lege.sup.de ser.exportan. & etiã in promissione usurarum,quæ nec plene fieri potest nisi per stipulationem.l.quamuis.C. de usur.nec pactũ uestitur cohærentia contractus,d.l.si seruus ea lege.nec etiã in usuris.l.3. C.de usur.propterea ut in istis casibus fieret promissio efficax necessaria fuit stipulatio.Sed Niger hic ne incideret in condemnationẽ Corasii, in contrariũ adducebat, ꝙ imo non erat necessitas in lege,quia potuisset lex facere quod usuræ deberentur ex pacto nudo, & quod pœna possit exigi per pactũ nudũ.l.etiã. ff. de usur.Sed tu responde ut supra quod hoc nemo negauit, sed dicitur necessitatẽ inesse retenta dispositione iã facta a lege, quod ex pacto nudo nõ nasceretur actio,& sic retenta ordinaria potestate,nam hic non agitur de necessitate præcisa, per quam nunquam lex cogitur,sed agitur de necessitate causatiua quæ uigebat stantibus regulis iuris iam firmatis,ne ex pacto nasceretur actio,&si noluisset illã regulã introducere,& approbare pacta nuda,sicut fecit cæteros contractus, cessassent oẽs difficultates,q̃m commerciis hominũ per ipsa pacta plene fuerat prouisum,& potuisset prouideri.

346 Sextũ † est exemplũ in appropriatione quã facit pater de actione de dote, nã si dat dotẽ pro filia,ex cõtractu dotis acquiritur sibi actio cõis cũ filia,quæ cõsolidatur postea in filiã.l.ij.§.uoluntate.ff.sol.matr.sed si uolebat pater sibi appropriare actionẽ ut eã insolidũ acquireret, non poterat facere sine stipulatione,cũ pactũ nudũ incontinẽti appositũ super datione dotis nõ sufficiebat.le. auia.C.de iure dotiũ.& l.quãuis.ff.solut.matri.& Alex.in l.si cũ dotẽ.col.3.eo.tit. sed in contrariũ Niger allegat(timens eandẽ condemnationẽCorasii)ꝙ imo nulla fuerat necessitas, ex eo quia potuisset lex disponere quod posset pater sibi appropriare actionẽ,uel pacto nudo,uel iure cõtractus, sicut fecit in extraneo.in leg. j. §.accedit.C.de rei uxo.actione.& de ratione dicitur in l. si cũ dotẽ. per Alex.ff.sol.mat.sed hæc non tollit exemplum, quia nemo negauit quod lex nõ potuisset facere, ut sine stipulatione posset appropriare introducẽdo remedia alia,uel facere per pactũ nudũ hoc cõsequi posset,& ita tollere necessitatẽ introducendi stipulationẽ.sed doc. intellexerunt de necessitate causatiua,stantibus dictis dispositionibus iuris ciuilis,& dictis iuribus iã firmatis, de qua necessitate habetur in l.j.ubi Ias.late.ff.de iust.&iur.

347 Septimũ † tu potes addere exemplũ in omnibus differentiis quæ insurgunt inter actionẽ rei uxoriæ,quando dos promissa fuit ex contractu dotis, & actionem ex stipulatu q̃n promissa fuit per stipulationẽ.nam duodecim erant differrentię inter dictas actiones,quas enumerat Iustinianus in l. j. per totam,C.de rei uxoriæ actio.quas postea ipse sustulit concedendo oẽs uirtutes actioni iure uxoriæ actioni ex stipulatu,& introducẽdo quod semper per stipulationẽ fingeretur facta ꝓmissio dotis,quæ differentiæ & uirtutes actionis ex stipulatu non poterant induci ex pacto nudo, & propterea in eis fuit necessaria introductio stipulationis ex causatiua necessitate ut supra, & de intellectu dictæ l.j.plene dixi in l.post dotem. in præmissis. ff.sol.matr.& in interpretatione.

348 Octauũ exemplũ † est generale in omnibus promissionibus simplicibus, q̃n ab una parte tantum interueniebat promissio. nam tunc appellabatur pactum nudũ,& non poterat producere actionẽ, q̃m ius ciuile illud non admisit,& noluit dare efficaciam actionis,taliter quod commercia & negotia hominũ remanserunt multum imperfecta. Ideo ut tolleretur talis imperfectio, & negotia passim cũ utilitate geri possent,necessaria fuit inuentio stipulationis,quę sui natura procedit in negotiis requirentibus promissionem ab una parte tantum,& hac de causa appellatur actus,&nõ cõtractus.l.Labeo.ff.de uerbo.significatio.&proptere ipsa stipulatio fuit subrogata loco pactorum nudorũ.ut dixit etiam Bal.hic.per tex.in l. iurisgentiũ.§.quod fere.sup,de pact.& l.5.§.conuentionales.inf.eo.sed Niger adhuc reprehendit timens dictam condemnationem, quia lex poterat dare fomentum pactis ut producerent actionem. sicut fecit in l.ad exactionem.C. de dot. promissio.& in l.si quis argentum.C.de donationib. & in l. legitima.ff.de pact.cum similib. sed hoc nihil releuat,quia omnes consentiunt quod faciendo ut pacta nuda producerent actionem euitasset istam necessitatem,uel introducendo alia remedia, sed intelligunt de necessitate causatiua stantibus dictis regulis iam firmatis, & propterea remanent tantũ exempla necessitatis introducendi stipulationem,& causa utilitatis etiam maxima fuit, ut hic etiam dicit Ias.in fi.ut cum ratione super natura& effectibus stipulationis nos laborare debeamus, prout etiam laborauerunt antiqui Iurisconsulti & compilatores per decem titulos sequẽtes.

349 Decimoquinto † quæritur, an stipulatio sit contractus nominatus, quæ quæstio præmittitur hic per doctor. propter aliam sequentem, an assumat naturam actus uel contractus cui apponitur, quæ questio præsupponit contractum nominatum.Corasius hic argumentatur quod stipulatio sit contractus innominatus,ex eo quia stipulatio dicitur a uerbo(stipulor)quod significat interrogare secundum Priscianum,quem allegat gloss.in le. j. in principio,infra eodem,& probatur in l.si non sortem.§.si decem.cum glo.stipulatus.ff.de condi. indebi.& in §.præterea.uersi.non idem iuris. in uerbo stipulatus.cum glo.insti.quibus mod. toll.obligatio. interrogatio autem est qualitas communis omnibus contractibus,quia nihil impedit eos fieri posse cum interrogatione & responsione. le. iurisgentium.§.quod fere.supra de pactis.& uidimus in quæst. præcedenti de uerbo(uendis uẽdo.

350 Quando † autem contractus assumit nomen a

qualitate conuenienti omnibus contractibus, non dicitur esse nominatus, sed appellatur innominatus, ut dicitur de permutatione in rub. ff. de rerũ permuta. quæ uoluit permutationem esse contractum innominatum, quoniã sumitur a mutatione unius rei cum alia, quæ mutatio conuenit omnibus contractibus correspectiuis nominatis & innominatis, ergo eadem ratione idem dicere debemus de stipulatione. confirmatur etiam, quia ex contractibus innominatis nascitur una actio generalis quæ appellatur præscriptis uerbis seu actio in factum, & datur ex omnibus contractibus. lege quotiens. de præscrip. uerbis. ita ex stipulatione nascitur certi condictio generalis. insti. eodẽ. in princip. quæ competit pro omnibus contractibus & actibus in quibus certum petitur. l. certi condictio. ff. si certum petatur. ergo & stipulatio erit cõtractus innominatus.

351 Sed iis non obstantibus † omnes docto. conueniunt quod sit contractus nominatus, ut probatur in l. in fi. sup. de pact. ubi dicitur, quod conuentionum quædam sunt nominatæ, & quædam innomitæ, & inter nominatas numeratur emptio, uenditio, & stipulatio, & probatur etiam, quia habet elegans nomen & spetiale, & non generale, quoniam non dicitur a uerbo (stipulari) quamuis deriuetur ab eo, sed ethymologiã sumit a uerbo (stipulo) quod est firmum, quasi stipuli latio, sicut acceptilatio, & stipulum dum significat firmitatẽ inducit qualitatem spetialem stipulationis quæ conuenit ei tantum, cum dicatur firmior contractus qui sit in iure, ut dixit Ias. inf. col. pen. unde est elegans, & spetiale nomen, & non obstat de uerbo (stipulari) quia est deriuatio, & aliud est deriuatio aliud ethymologia, ut habetur in l. ij. §. appellata. ubi dixi in præmissis. ff. si cert. pet. nec obstat quod producat certi condictionem generalem, quia hoc negatur, cum producat actionem ex stipulatu & certi condictionem spetialem. insti. eodem. in princ. & illa certi condictio est spetialis secundum ueram opinionem quã ego posui in rub. ff. si cer. pet. in fine. & ultra eã cõpetit etiã certi cõdictio generalis, quia illa non nascitur ex contractibus, sed datur a lege, & non tollitur quin sit contractus nominatus, cum certi condictio generalis competat pro omnibus contractibus nominatis, dicta leg. certi condictio. & sufficit quod nascatur actio spetialis nemini cõpetens, quod uerificatur in actione ex stipulatu. Tertio probatur, quia producit actionem ante implementum, quod est proprium contractus nominati. l. iurisgentium. in princip. ff. de pactis. Quarto probatur, quia stipulatio facit quod ex cõtractu innominato competat actio ante implementum. l. ex placito. C. de rerum permutatione. ergo sequitur quod ipsa erit contractus nominatus, cum habeat uirtutem faciendi innominatos contractus effici nominatos, cum cecum ducens ambo in foueam cadant, & par in parem non habeat imperium. l. ille a quo. §. tempestiuum. supra ad Trebellianum. & facit quod uoluit Bar. in l. in ædibus. §. primo. supra de donati. dum dicit, quod licet sit dubium an donatio sit contractus nominatus, tamen quando interuenit stipulatio, erit contractus nominatus. ut not. glos. in l. fi. supra de condictio. ob causam.

Et ideo Alex. & Are. hic dicunt, quod hodie raro reperietur contractus innominatus, quia notarii in instrumentis semper apponunt stipulationem, maxime in clausula sua generali, quæ omnia &c. & refertur in l. duo societatem. ff. pro socio. & sequitur Alex. consi. 40. uol. 4. cum aliis cumulatis per Ias. infra in 2. 3. & 4. fundamento partis negatiuæ, quod stipulatio non sequatur naturam cõtractus cui apponitur. quinimo (etiã quod haberet nomen generale) posset dici nominatus contractus si habet formam spetialem, ut euenit in societate quæ est contractus nominatus, dicta l. iurisgentium, & tamen habet nomen conueniẽs pluribus, quia conuenit matrimonio. l. j. ff. de ritu nuptiarum. & l. aduersus. C. de crimi. expila. hæredi. & l. ex diuerso. §. primo. ff. solut. matrimo. & socii in crimine dicuntur. cap. sicut signum. §. illis. de homici.

352 Et potes etiam † ultra alios confirmare deducẽdo ad absurdum, nam aut uis quod stipulatio sit cõtractus innominatus correspectiuus, & istud est apparẽs absurdum, cum stipulatio obliget ab una parte secũdũ naturã & appellatur actus, d. l. Labeo. ff. de uerbor. significatione. aut uero uis quod sit contractus simplex innominatus, & tunc necesse est dicere quod sit pactum nudum, quod absurdius est. unde uides in quot absurditates incidũt qui uolunt asserere stipulationem esse contractũ innominatum, & propterea omnino teneas eam esse contractum nominatum.

353 Decimosexto † quærunt hic docto. ingrediendo mare magnum ut uastum pelagus in quo nemo sine magno periculo nauigauit, quid operetur stipulatio apposita super actu & contractu, & an fortiatur naturam propriam uel potius reguletur secundum naturam actus cui apponitur, producendo effectus secundum naturã ipsius, recedendo a propria, & in spetie laborant doct. quid operetur stipulatio apposita super contractu innominato; quã difficultatẽ examinat hic Socci. per sex colu. usq; ad finem. unde inculcat postea alias quæstiones consocias, Quid operetur in pacto nudo, & Quid operetur in cõtractibus nominatis, & Quid in aliis actibus allegando diuersa iura, & non determinando in particulari. unde inducitur confusio quedã. Ias. autẽ formauit questionẽ generalẽ, quid operetur quando apponitur super omnibus contractibus uel actibus, allegãdo quatuordecim fundamenta ab una parte & nouem ab alia, quæ similiter in diuersis casibus loquuntur, & quid de uno contractu naturali apposito super alio contractu naturali, & nihil determinat in spetie, sed solum facit regulam, quod retinet naturam propriam propter firmitatem cum una fallentia, quando apponitur super ultimis uoluntatibus, & Alexander distinguit, quod sequitur naturam contractus uel actus, ut in plus non obligetur, sed naturam propriam, ut efficacius obligetur, quæ duę distinctiones oppugnãtur & cõfundũtur per ple-

per plæraque fundamenta allegata hic per Iaſ. Alcia. uerò hic diſtinguit. An apponatur ſuper contractibus innominatis & ſemper retineat propriam naturam, an uerò apponatur ſuper contractibus nominatis, & tunc ſequatur naturam ipſorum, quæ opinio confunditur ex multis allegatis hic per Socci. in lectura uerò Bononienſi cognoſcens hanc diſtinctionem nõ eſſe ueram, poſuit regulam cum decem fallentiis in primis lectionibus, quando venit Bononiam, me audiente, quæ nec etiam eſt uera, quia eſt refugium miſerorum dare limitationem ad reſoluẽdum omnia contraria.

Quare ego pro plena reſolutione puto quatuor ſeparatim diſcutienda eſſe, quæ cum habeant diuerſos fines & diuerſas cauſas non poſſunt eadem determinatione plene determinari.

354 Et ideo decimoſeptimo uidẽdum † eſt quid operetur ſtipulatio ſuper contractu innominato, in quo diſcutiam omnia dicta Socci. cum ordine. ſecundo quid operetur ſtipulatio appoſita ſuper pacto nudo, uel pactum appoſitum iuxta ſtipulationem. Tertio quid operetur ſtipulatio appoſita ſuper contractibus nominatis, faciendo unicum contractum, uel duos. Quarto quid operetur appoſita ſuper aliis actibus extraiudicialibus ex interuallo uel incontinenti appoſita, immiſcendo ſuas quæſtiones conuenientes.

Quærendum eſt igitur primo hic, quid operetur ſtipulatio ſuper contractibus innominatis. in qua Socci. hic, relatis prius multis opinionibus & in ſpetie dicta opinione Bartol. in dicta lege 2. C. de condictione ob cauſam, uolens ponere pleniorem deciſionem,

355 conſiderat † quod contractus innominati habent quinque qualitates per quas differunt a contractibus nominatis & etiam ab ipſa ſtipulatione, per quas dicuntur eſſe debiliores cunctis con-

356 tractibus nominatis. Et ſuper † unaquaque qualitate conſiderat ſpecialiter, an poſita ſuper contractu innominato ſequatur eius naturam in illa qualitate debili, uel potius retineat propriam naturam fortem, mutando illam debilitatem in fortitudinem ſuam propriam.

357 Prima qualitas eſt † quod contractus innominati non producunt propriam actionem, ſed unicam tantum actionem præſcriptis uerbis, uel in factum l. quotiens. ff. de præſcriptis uerbis. contractus uero nominati producunt ſuam propriam actionem & ſpecialem, ut emptio, uenditio, & ſtipulatio, nam ſtipulatio producit actionem ex ſtipulatu, & certi condictionem ſpecialem ſecundum ueriorem opinionem, ut ſupra dixi, & ſi apponatur ſuper contractu innominato, ille ſui natura producit actionem præſcriptis uerbis, quæ ſecundum aliquos etiam dicitur datitia, & aliquando actionem de dolo. l. iuriſgentium. §. ideo puto. ſupra de pact. & l. naturalis. §. primo & ſecundo. ſupra de præſcr. uer.

Ideo dubium eſt, appoſita ſtipulatione ſuper contractu innominato, quæ actio naſcatur, & communis * eſt opinio & tenenda, quod naſcitur ſola actio ex ſtipulatu, & non præſcriptis uerbis. per tex. in l. cum mota. C. de tranſactionibus. & ibi not. per omnes, & in hoc ſtipulatio ſequitur naturam propriam, & non naturam contractus cui apponitur, & hic eſt unus caſus in quo ſtipulatio appoſita ſuper contractu innominato retinet propriam naturam, quia ſemper producit ſuã propriam actionem, & an etiam concurrat actio præſcriptis uerbis, dicetur infra loco ſuo.

358 Secunda eſt † qualitas contractus innominati, quod ante implementum nullam producit actionem neque obligationem. dicta lege iuriſgentium. in principio. ff. de pact. & l. ex placito. C. de rerum permutatione, ibi, re nulla ſecuta conſtat nemini competere actionem, & ſecundum unam opinionem ſupra poſitam, neque etiam naturalis naſcitur. in nominatis autem contractibus naſcitur actio incontinenti perfecto contractu, etiam a nulla parte ſecuto implemento, licet poſſit opponi exceptio, ſi agens non offerat pro parte ſua adimplere. l. Iulianus. §. offerri. ff. de actio. empt.

Ideo dubitatur, quid ſi ſuper contractu innominato appoſita fuerit ſtipulatio, an ſeruet naturam propriam ut non naſcatur actio ante implementum, an potius ſeruata natura ſtipulationis incontinenti naſcatur actio, & cõmuniter * determinatur quod ſtipulatio retineat propriam naturam, & trahat ad ſe contractum innominatum, & faciat quod incontinenti naſcatur actio etiam nullo interueniente implemento, ut probatur in dicta lege ex placito. C. de rerum permutatione. in uerſiculo niſi ſtipulatio ſubſecuta eſt, & hic eſt alius caſus in quo ſtipulatio regulat ipſos contractus, & ſeruat naturam propriam in productione actionis.

359 Tertia eſt qualitas † quod in ipſis contractibus innominatis ſi quis uult agere quando tenetur pro parte ſua adimplere non poteſt ſibi competere actio niſi prius actualiter adimpleat, & non ſufficit oblatio, ſed eſt opus ut uerè adimpleat, quoniam non naſcitur actio niſi ſecuto implemento, ut dicitur in l. prima. ff. de rerum permutatione, & eſt text. in l. ædiles. §. fina. ſupra de ædilitio edicto. & l. finali. ff. de condi. cauſ. dat. & gloſſ. in iuriſgentium in princ. & not. per Bartol. in. l. ſiue apud acta. ubi dixi. C. de tranſactionibus. & in lege ſi pecuniam. §. item ſi quis. ff. de condi. cauſa data. in contractibus autem nominatis ſi quis uult agere antequã adimpleat, & illud faciat quod tenetur facere pro parte ſua, admittitur ad agendum, dummodo ſe offerat. per text. in lege Iulianus. §. offerri. ff. de actioni. empti. & notat gloſſa in dicta lege ædiles. §. finali. & eſt ratio quia implementum ſuum non eſt de ſubſtantia acquirendi actionem, cum ſufficiat ſolus contractus, & in contractu innominato eſt de ſubſtantia ut naſcatur actio. unde cum habeat actionem, ſufficit quod offerat ſe paratum ne uideatur contrauenire.

Si igitur ſuper contractu innominato appoſi-

ta sit stipulatio, dubitatur an seruetur natura ipsius contractus, ut requiratur uerum adimplementum ad agendum, an uero sufficiat illa oblatio & perfectum adimplementum, & communiter etiam* docto. conueniunt, quod stipulatio retineat propriam naturam, ut sufficiat oblatio, per dictam legem ex placito. C. de rerum permutatione. quoniam cum actio competat, nulla re secuta ut ibidem dicitur, sequitur quod etiam poterit eam intentare implemento non facto, dummodo offerat se paratum adimplere, & hic est tertius casus in quo stipulatio retinet propriam naturam, & trahit ad se contractum innominatũ, reddendo eum fortiorem, & ita apparet quod in tribus qualitatibus prædictis stipulatio apposita fortificat contractum innominatum, & seruat naturam propriam.

360 Quarta † est qualitas contractuum innominatorum, ut ille qui post implementum conuenitur ut ipse quoque adimpleat, quod potest liberari præstando interesse, & non cogitur præcise adimplere, ut est textus in lege naturalis. §. primo. ubi Bartol. nota. supra de præscriptis uerbis. in contractibus uero nominatis ille qui conuenitur ad dandum præcise cogitur dare. lege ubi autem. §. finali. infra eodem. & lege si seruum. §. finali. infra eodem, & si non uult cogitur manu militari hoc facere, & hæc est notabilis differentia inter contractus nominatos & innominatos, ut in nominatis obligatus ad dandum præcise cogatur dare, & in innominatis liberetur præstando interesse, quam late examinant Bartolus & Doctores in lege stipulationes non diuiduntur. in undecima oppositione, infra eodem. & in lege unica. C. de sententiis. quæ pro eo quod interest.

Si igitur sit factus contractus innominatus, & apposita sit stipulatio, dubitatio est magna, an seruetur natura contractus innominati, ut liberetur præstando interesse, uel potius seruetur natura stipulationis, ut præcise cogatur dare, in qua difficultate Docto. ualde laborauerunt, existentes hinc inde uarii, ut hic per Soccinum tamen communis* opinio est quod stipulatio in hac qualitate mutet naturam propriam, & reguletur à natura ipsius contractus, ut non possit præcise cogi obligatus dare, sed liberetur ille præstando interesse.

361 Quam opinionem † probant principaliter per textum difficilem in lege cum mota. C. de transactionibus. ubi mater erat præterita a filio instituto extraneo hærede, unde egit quærela innofficiosi testamenti, & durante lite deuenerunt ad transactionem, ut ipsa mater susciperet tertiam partem bonorum petitorum & recederet a lite, & cum hæres institutus esset per aditionem effectus dominus omnium bonorum. lege cum hæredes. ff. de acquirenda possessione. erat obligatus ad dandum, & tamen in illo textu dicitur quod si est apposita stipulatio cogitur per actionem ex stipulatu soluere interesse, & sic non cogitur præcise, sed liberatur præstando interesse, quamuis conueniatur ex stipulatione, & mutat naturam propriam, secundum quam præcise cogitur. dicta lege ubi autem non apparet. §. finali. & lege si seruum. in fine. & sequitur naturam ipsius contractus. & istum textum dicunt Doctores esse insolubilem, neque posse responderi sine magna uiolatione.

362 Soccinus tamen hic † dicit quod illa lex hoc non probat, quia præsuppositum Doctorum non est uerum quod ibi ille hæres esset obligatus ad dandum, cum imo esset obligatus ad tradendum, seu ad faciendum ut ipsa mater susciperet partem bonorum, ut ibi nota. unde non est uerum, quod in obligatione faciendi per actionem ex stipulatu teneatur ad interesse per dictam legem stipulationes non diuiduntur infra eodem, & sic ibi nihil inducitur contra naturam stipulationis, & per consequens non probat quod stipulatio mutet naturam propriam. nec obstat quod ibi debet transferri dominium portionis bonorum. argumento legis si ex empto. ff. de action. empti. quia procedit quando debetur per solum contractum nominatum uenditionis, secus quando debetur propter contractum innominatum, declarando ut latius hic per eum, qui in effectu dat unicam responsionem ad factum tradendi, in quo sui natura stipulatio datur ad interesse, & quod ibi esset obligatio ad faciendum probat quatuor modis, & principaliter propter uerbum (susciperet) & licet istæ responsiones uideantur ualde uiolatiuæ, quia uerbum (suscipere) uidetur habere naturam dandi, & non faciendi, tamen Decius in dicta lege cum mota. conatur defendere istas solutiones Soccin. in quarto notabili. potest etiam dici quod ille text. non uult ex stipulatu cogi ad interesse, sed solum uult hoc in primo casu, & postea dixit simpliciter dandam actionem ex stipulatu si est apposita stipulatio, & si non est apposita danda actio præscriptis uerbis, tamen debet intelligi secundum suam naturam.

Et si dicatur uerbum (interesse) supra positum referturn ad utranque actionem in eadem oratione positam, argumento lege iam hoc iure. ff. de uulgari & pupillari. respondetur, quod uerbum id quod interest, continet etiam ipsum principale debitum, ut si quis consequatur partem bonorum cum uera traditione uidetur consequi quod sua interest, ut notat. in le. unica. in rubrica. & in lege prima. C. de sententiis quæ pro eo quod inter. & propterea uerbum, quod interest, respectu stipulationis intelligitur de ipsa re principaliter debita, & respectu actionis præscriptis uerbis intelligetur generaliter. argument. textus & ibi gloss. in lege secunda. ff. de officio procons. & legati. ubi uerbum, manumitti, ad diuersa relatum intelligitur proprie & improprie secundum naturam eorum ad quæ refertur, & hæc uidetur satis probabilis responsio.

Secundo

363 Secundo † pro dicta communi opinione, quod ex stipulatu agatur solum ad interesse, adducitur ut hic refert Socci. quia contractus innominati post implementum dicuntur restitui rei interuentu & efficiuntur æquales cõtractibus nominatis. dicta l. iurisgentium. in principio. Ibi, si causa subsit, ubi si dedi ut des uel ut aliquid facias. sed in dicta l. naturalis. §. primo. tex. uult quod post implementum debitor liberetur præstando interesse, & sic quando cõtractus est effectus nominatus nihilominus agitur ad interesse, ergo eodem modo quando interuenit implementum stipulationis per quod efficitur nominatus debet posse agi ad solum interesse, sed ad istud respondetur, quod dicta facultas agendi ad interesse etiam post implementum competit, quia non obstante implemento adhuc retinẽt propriam debilitatem ut non possint producere tantam efficaciam agendi quod reus precise cogatur, sed quando est apposita stipulatio assumunt plenissimam efficaciam contractuum nominatorum & propterea dabitur actio ut precise teneatur, & sic in summa respondetur, quod æquiparatio non tenet, ex eo quia per implementum contractus nominati nõ efficiuntur nominati quamuis competat actio pro eis, sed stant in sua naturali debilitate, sed quando est apposita stipulatio, ipsi uere efficiuntur nominati & suscipiunt plenam efficaciam contractuum nominatorum.

364 Tertio † pro ista communi opinione adducitur hic per Soccin. quia stipulatio assumit qualitatem suam a natura rei super qua uel cui apponitur, quia efficitur diuidua uel indiuidua ratione rei, ut not. in l. stipulationes non diuiduntur. infra eodem. quia si super facto apponitur precise non obligatur, & si super dando precise obligatur. ut not. in dicta l. stipulationes. ergo eodem modo debet a natura contractus innominati super quo apponitur assumere istam qualitatem ut precise non obligetur ad dandum sed solum teneatur ad ipsum interesse propter naturam dicti contractus. Sed ad istud respondetur eodem modo, quod non procedit, quia licet stipulatio pendeat a negotio contracto, tamen debilitatem ipsius negotii non assumit, sed retinet propriam fortitudinem, cum propter hanc solam fortitudinem super dictis contractibus ponitur, & propterea apposita super obligatione dandi præstabit suam fortitudinem ut possit cogi precise ad dandum, & in hoc recedatur a natura contractus, & sic apparet quod fundamenta pro communi, quod reguletur in qualitate interesse a contractibus innominatis, concludenter non probant.

365 Contrariam opinionem † tenuit Socci. hic, quod imo etiam in hac qualitate stipulatio retineat propriam naturam, ut quando apponitur super contractu innominato precise cogatur ad dandum & non liberetur præstando interesse. primo adducit argumentum a cessante ratione, nam ratio quare in contractibus nominatis quis non obligatur precise est propter debilitatem, sed quando est apposita stipulatio cessat debilitas, quia sunt fortificati, ergo etiam cessabit effectus debilitatis quod obligetur ad interesse tantum, sicut etiam dicunt Docto. de quinta qualitate, ut habeat locum pœnitẽtia quæ cessat propter fortitudinem assumptam.

366 Sed respondetur † negando assumptum quod propter stipulationem dicti contractus ammittãt debilitatem, quia licet apponatur stipulatio, non tollitur illa debilitas, sed tantummodo fomentantur, quasi dicti contractus uestiantur cohærentia stipulationis, sicut uidemus in pacto nudo & debili apposito iuxta contractum, ut non fortificetur in totum, sed tantummodo fomentetur & retineat naturam propriam ut producat actionem præscriptis uerbis tantum, licet & contractus principalis & hunc etiam producat, ut per Bartol. in l. petens. C. de pactis. & sic uis difficultatis & differentia depẽdet ab hoc, an innominati transeant in contractum stipulationis, uel potius remaneant in sua natura & fomententur & uestiantur per stipulationem.

Secundo adducebat Soccin. text. in dicta. l. miles. §. decem. ff. de re iudicata. ubi quando unum est in obligatione & aliud in facultate soluendi, si utrũque quis stipuletur, utrunque efficitur in obligatione alternatiue, & sic stipulatio ibi addit precisam executionem in casu quo non poterat cogi ex natura sententiæ soluere, ergo idem debet operari stipulatio super contractu innominato, quod illa facultas soluendi contineatur in obligatione precisa. sed respondetur quod text. in dicto §. decem. habet multos intellectus de quibus dicemus in quæstione sequenti, tamen in proposito possumus dicere quod ibi stipulatio est super actu ex obligatione delicti, hic uero nos sumus in contractu qui habet suam naturam & producit suas actiones, ita quod uestitur cohærentia stipulationis, & non possumus argumentari de dicto actu ad istud uestimentum, sicut nec etiam in præcedenti casu.

Tertio adducit, quia regula illa quod precise cogatur in dicta l. ubi autem. §. fina. limitatur non procedere in contractibus innominatis, ergo cum sit exorbitans, debet intelligi in casu suo, quando dicti contractus sunt soli, non autem quando sunt fortificati ex stipulatione. argum. not. in capitu. statutum. de electio. in 6. sed ad istud respondetur, quod limitationis causa tollitur, ex eo quia aliqua alteratio inducitur per stipulationem, sed tamen non est tam fortis ut possit facere quod precise cogatur, attento quod inducitur uestimentum, & uestimentum facit quod actio competit secundum naturam actus, & fortificatio satis inducitur ut nascatur ante implementum actio, sed tamen secundum suam naturam sicut per cohærentiam contractus fortificatur pactum ut producat actionem tamen secundum propriam naturam.

367 Quarto † adducit, quia dispositio exorbitans non habet locum in casu mixto etiam fauorabili. l. hoc legatum. ff. de legat. tertio. non debet trahi ad contractum mixtum cum stipulatione. Sed respon-

respondetur quod ista mixtura non tollit naturam contractus & suam debilitatem, cum dicatur tantum modo habere fomentum a stipulatione, & cum non sit sublata ratio ut præcise non possit agi, non obstante uestimento stipulationis, remanebit ille effectus debilitatis satis fomentatus quod ante implementum actio cepit competere. Item prædicta duo procedunt, quod qualitas quæ nocet debet attendi, quando sunt actus æque principales, sed non procedit in actu accessorio, & stipulatio dicitur esse accessorium ad contractum, ut infra dicetur secundum hanc opinionem.

Quinto adducitur, quia attenditur qualitas quæ nocet & obligat præcise. argum. not. per Bartol. in l. si quis in graui. supra ad Syllenianum, maxime quia stipulatio potentior est. argum. l. cum quæritur. de statu hominum, ergo attenditur qualitas stipulationis ut precise possit cogi, sed respondetur quod illa ratio non procedit in actu accessorio stipulationis, quia in accessorio attenditur natura accessorii, stipulatio autem dicitur esse accessorium ad contractum ut infra dicetur, ergo eius natura attenditur.

368 Sexto adducitur † quia quando stipulatio apponitur super contractu innominato, ille contractus est implementum stipulationis, & nascitur solus contractus stipulationis, sicut dicitur in l. certi conditio. §. quoniam. ff. si cer. petatur. & l. si stipulatus. §. fina. & l. cum enim. ff. de nouatio. & per Bartol. in l. singularia. ff. si cer. petatur. & in l. petens. C. de pact. ergo nunquam fit contractus innominatus, & sola stipulatio producit actionem, quæ debet dari ex stipulatione. Sed respondetur, quod contractus innominatus non est implementum stipulationis, & negatur hoc assumptum, quod apposita stipulatione efficiatur unus contractus, imò remanent duo contractus, sicut quando interponitur super contractibus qui consensu contrahuntur, ut per Bartol. in dicta l. singularia, propter legem duo societatem. ff. pro socio. & l. si stipulatus. ff. de usur. & contractus innominati ante implementum dicuntur incipere a cōuentione, & propterea magis debent æquipararì contractibus qui consensu contrahuntur quam contractibus qui re contrahuntur, & sic apparet articulum esse disputabilem, & quod difficultas reducitur, an nascatur unicus contractus stipulationis, an uero sit contractus innominatus uestitus, & an contractus innominatus sit implementum, uel an sit de per se contractus conditionalis, considerando ut efficiantur duo contractus, de cuius resolutione dicemus infra in fine articuli, ubi determinabimus etiā de ista qualitate.

369 Quinta † est qualitas contractuum innominatorum quod in eis habet locum pœnitentia. l. si pecuniam. ff. de conditio. ob causam. siue implementum ab una parte fuerit secutum siue non fuerit secutum, in contractibus uero nominatis non habet locum pœnitentia, quia in eis seruatur regula, quod semel placuit amplius displicere non potest, & contractus ab initio sunt uoluntatis & ex postfacto necessitatis. l. sicut. C. de actio. & obligationibus nisi habeant naturam innominatorum ut possint reuocari, ut est mandatum & societas. §. finitur. insti. mandati. & §. penul. insti. pro socio. in hac autem qualitate an interposita stipulatione super cōtractu innominato habeat locum pœnitentia, est magna difficultas ut contractus retineat propriam naturam uel potius stipulatio retineat propriam, & trahat ad se contractum ut omnimodo seruari debeat, quam quæstionem in spetie examinat hic Bald. nouellus. & latius Bulgarinus a num. 9. usque ad numerum 27. ubi concludit, quod non habet locum pœnitentia, nec datur condictio ob causam. Tertiam examinat Verius. nume. 77. cum sequenti. sed Socci. hic plenius quam prædicti posuit argumenta ab utraque parte cum suis responsionibus.

370 Et pro parte † negatiua quod non habeat locum pœnitentia adducitur primo text. in l. ex placito. C. de rerum permutatione. Ibi, actionem ex stipulatione sibi quæsierit, & uidetur cum efficacia dari actionem, & per consequens cessare pœnitentiam, etiam ante implementum. sed ad illud potest responderi, quod in contractibus innominatis datur actio post implementum, & tamen implenti datur condictio ob causam ad resoluendum per pœnitentiam. dicta l. si pecuniam. & l. fina. ff. de condictio. ob causam. eodem modo debemus dicere quod licet ante implementum ex stipulatione nascatur actio, tamen poterit habere locum pœnitentia, & sic ille text. non negat non posse habere locum pœnitentiam, unde non concludit pro ista parte. Secundo respondetur quod illa lex non loquitur de contractu permutationis, sed de pacto de permutando quod differt a permutatione, sicut pactum de uendendo differt a uanditione. l. in bonæ fidei. ff. de eo quod certo loco. & l. si fideiussor. §. meminisse. ff. de legat. primo. pactum autem de uendendo non est reuocabile per pœnitentiam, ut dictum fuit in principio rubricæ.

371 Secundo † adducitur tex. in l. cum precibus. C. de rer. permutatio. ubi apposita stipulatione agitur ut fides placitis seruetur, si uero non est apposita stipulatio, agitur alternatiue, ut fides placitis seruetur, uel quod data restituantur, & sic non existente stipulatione habet locum pœnitentia, ea autem existente cessat, sed ad istud potest responderi, quod ille text. similiter non negat in stipulatione habere locum pœnitentiam, quia illa alternatiua posita in fi. est repetita in dicto de stipulatione, quoniam dicta in sequentibus declarant præcedentia. l. si seruus plurium. in fi. ff. de lega. primo. & l. si idem cum eodem. in fi. ff. de iurisdictio. omnium iudicum. & una pars declarat alteram. l. 1. ff. de rebus dubiis. & si replicetur quod ibi est dictio (si uero) quæ uenit aduersatiue ad præcedentia, ergo illa alternatiua non erat in stipulatione, respondetur quod illa aduersatiua satis aduersatur in eo quod competit actio præscriptis uerbis, & prius dabatur stipulatio, sed in capite pœnitentiæ idem est in utroque casu.

Tertio

Tertio adducitur, quod in transactione non habet locum pœnitentia. l. siue apud acta. & l. quamuis. C. de transactionibus. ergo fortius in stipulatione quæ est firmior contractus. sed respondetur quod in transactione non habet locum pœnitentia ex speciali causa, ut sit litium finis, ut in d. l. quamuis dicitur, non autem ex natura contractus, & propterea in stipulatione propter naturam contractus non poterimus aliquid attribuere.

372 Quarto † adducitur ratio, quia in contractu innominato ressultante ex contractu nominato & facto non habet locū pœnitentia, quia illud est ex eo quod effectus est pars pretii. l. fundi partem. ff. de contrahend. emptione. & l. si sterilis. §. si tibi. eo. titu. & l. 2. C. de pac. inter empto. & uendito. ergo eodem modo quando stipulatio est apposita super dicto contractu innominato. sed respondetur quod ideo in contractu innominato ressultante non habet locum pœnitentia, quia effectus est pars pretii, dicta l. fundi partem, sed in casu nostro stipulatio est adiecta, & contractus est principalis, uel saltem æque principalis. sed replicari potest, quod contractus totus innominatus efficitur pars uēditionis, quod cōcludit pro communi ut a fortiori non habeat locum pœnitentia, sed stante stipulatione nascitur unus contractus tantū, ideo fortius non habet locum pœnitētia, sed duplicari poterit quod non efficitur unus contractus sed duo contractus constituuntur.

373 Quinto † pro ista opinione facit, quia stipulatio sola operatur ut quis efficaciter obligetur. l. miles. §. decem. ff. de re iudicata. ergo apposita stipulatione obligabitur efficacius ut non habeat locum pœnitētia. sed respondetur, ꝙ in d. §. decem. stipulatio non fuit apposita super contractu, sed super delicto, in quo non est uoluntas partium. ut no. per Bart. in l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iure. item ibi alio modo fuit deducta præstatio pro noxa in stipulatione quam esset in sententia. Vnde ex forma conuentionis aliter tenetur, sed replicari potest, quod licet super delicto esset apposita stipulatio in quo nō est uoluntas, tamen in stipulatione est uolūtas, & implicite non tenebitur. l. si eum. §. qui iniuriarum. supra si quis cautionibus. ergo nec etiam in stipulatione plus debet obligari ut non habeat locum pœnitentia, dupplicari tamen potest quod imo aliud est ibi quia delictum est immutabile & non potest esse pars stipulationis sicut contractus innominatus.

Sexto adducitur, quia contractus nominati aliquādo efficiuntur innominati, ut si fiant ob causam uel condictionem, & tamen non habet locum pœnitentia. l. Labeo. si mihi bibliothecam. ff. de contrahē. emptio. ut dicit Bald. in d. l. quamuis. C. de transactionibus. sed stipulatio dicitur ob causam fieri, ergo cessabit pœnitentia, sed respondetur, quod lex Labeo loquitur in casu quo contractus innominatus tendebat ad interficiendum contractum nominatum, unde tanquàm eius sequela regulatur ab eo, hic uero stipulatio tendit ad perficiendum contractum innominatum, & est eius sequela, unde debet regulari ab eo. sed replicatur, quia quando in parte adhæret mutat naturam suam contractus, fortius erit hoc casu, quia transfunditur in totum, tamen duplicatur negando quod transfundatur in totum cum imo dicātur duo contractus.

374 Septimo † pro ista parte facit, quia quando stipulatio subiicitur contractui innominato fit nouatio ut unicus sit contractus stipulationis, ut per Bart. in d. l. 2. C. de condictio. ob causam. & d. l. cum enim. ff. de nouationibus. cum similibus. ergo non habet locū pœnitentia, quia est firmior contractus qui sit in mundo, sed respondetur, negando quod sit facta nouatio, cum imo sint duo contractus. iuxta. l. duo societatem. ff. pro socio. vel si est facta nouatio, est facta cum qualitatibus ipsius primi contractus. l. 1. §. sub conditione. ff. ut legatorum nomine caueatur. & Barto. in l. aliam. ff. de nouatio. & in l. cum quis. infra eodem nu. 4. Bar. tamen ibi loquitur de nouatione quæ fit causa implendi stipulationem, & ab alia nouatione per contractum. vnde apparet quod fundamenta adducta pro parte negatiua, quod in stipulatione non habeat locum pœnitentia, non concludunt.

375 Contrariam opinionem † tenuit Roma. in l. sciendum. infra eo. & eam late comprobat hic Socci. & sequitur, quod imo stipulatio posita super contractu innominato assumat naturam ut in ea habeat locum pœnitentia, & pro ista opinione faciunt tria præs. pposita. nam in contractibus non habet locum pœnitentia, ex eo quia sint nudi & debiles, quoniam etiā haberet locum in pactis nudis, sed ideo habet locū, quia talis est uoluntas contrahentium propter correspondentiam, sed quando est tacita uoluntas, stipulatio efficitur reuocabilis, ut est stipulatio posita super legatis & super donatione causa mortis. d. §. sub conditione. & l. si eum. §. qui iniuriarum. supra si quis cautionibus. ergo etiam hoc casu stipulatio ex uoluntate contrahentium efficitur reuocabilis.

Et confirmatur secundum Socci. quia pactum prorogandæ iurisdictionis in quo est locus pœnitentiæ l. si conuenerit. ff. de iurisdictione omnium iudicum. habet locum pœnitentia, etiam apposita stipulatione, patet etiam, quia iuramentum quod obligat precise ut per glo. in d. l. si pecuniam. tamen recipit omnes conditiones, ergo insunt in contractu ex uoluntate. l. fi. C. de nō num. pecu. ergo etiam stipulatio, quia si in d. l. fin. esset apposita stipulatio reciperet exceptionem nō numeratæ pecuniæ sicut iuramentum, ergo debet æquiparari, quia stipulatio uidetur fieri sub spe futuræ numerationis sicut & iuramentum. l. cum ultra. C. de non numerata pecunia.

Facit etiam secundum eum, quia lex canonica cōfirmat pactum, & tamen non tollit pœnitentiam in cōtractibus innominatis, ex eo quia illa datur ex uoluntate contrahentium, sed ad istas rationes seu præsupposita responderi potest, quia in l. ex placito non sortitur naturam, & tamen ibi est tacita mens contrahentium, quia dato quod esset unus contractus, etiam in hoc casu non debet habere locum pœnitentia, quando mens contrahentium est in apponendo stipulationem ut fortificetur contractus, uel clarius præsumitur quod contrahentes apponendo stipulationem intendunt

omnimodo uelle tollere pœnitentiam, & intendunt facere stipulationem & unicum contractum, ut ille contractus sit pro adimplemento. dicta l. cũ enim. ff. de nouationibus.

376 Nec etiam † est uerum quod datur pœnitentia propter correspondentiam, quia alioquin haberet locum in aliis correspectiuis, sed necessariò datur pœnitentia propter debilitatem, quia obligatio nõ est tam potens ut possit efficaciter obligare partes ad perpetuandum in ea, & propter correspondentiam mistim, quæ duo non cadunt in pacto nudo nec in aliis contractibus, & unum non sufficit, sed debilitas cessat propter stipulationem, ergo non haberet locum pœnitentia sicut in cæteris correspectiuis, & sic uides quòd tenentes primam opinionem uolunt, quod pœnitentia habet locum ex uoluntate, sed tenentes secundam uolunt quod pœnitentia habeat locũ ex debilitate, quæ debilitas semper tollitur per stipulationem, nec ualet simile de iuramento, quia retorquetur, cũ nos uideamus quod iuramẽtum tollit pœnitentiam, ut per glo. in dicta l. si pecuniam, & tamẽ in aliis seruat naturam contractus. dicta l. fi. C. de non nume. pecun. ergo stipulatio in hac qualitate de aliis seruat propriam, & in contractibus nominatis plærunque seruat naturam eorũ.

Secundo pro ista opinione adducuntur iura quæ in aliis materiis uolũt quod stipulatio regulatur secundum naturam actus. l. si stipulatus. ff. de usur. & l. si ex legati causa. ff. de leg. 1. & l. si cum. §. qui iniuriarum. ff. si quis cautio. & l. 1. §. sub conditione. ut lega. nomine caueatur. cum infinitis in generali articulo adducendis, in quibus stipulatio regulatur à natura contractus. Sed respondetur quod dicta iura loquũtur in alia materia quando stipulatio apponitur super actu perfecto, nos autem loquimur quando apponitur super contractu, & est magna differẽtia, ut infra dicemus. Præterea ille text. loquitur de stipulatione quæ ponitur ex necessitate edicti uel iudicii, & non præsumitur uelle sibi præiudicare in actu tam perfecto, stipulatio uero apponitur ex sola uoluntate.

377 Tertio † adducitur text. in dicta l. cum mota. C. de trans. ubi stipulatio assumit naturã ut liberetur reus præstando interesse in obligatione dandi, & confirmat Socci. quia ibi est transactio in qua non habet locum pœnitentia ex sui natura. dicta l. quamuis. & tamen non ammittit illam qualitatem quod detur actio ad interesse, ergo etiam ex sola stipulatione non debet mutari illa natura, & ipsa debet in hoc regulari à contractu. Sed respõdetur per eundem Soccin. quòd ibi ideo datur ad interesse, quia hæc erat propria natura ipsius stipulationis, cum ille qui tenebatur ad partem bonorum erat obligatus ad factum tradendi, in quo sui natura succedit obligatio ad interesse. l. si quis ab alio. §. fin. de re iudi. & hoc probatur propter uerbum, susciperet, quod denotat traditionem. l. naturalis. §. 1. ff. de præscriptis uerb. in uerbo accipiam, & ibi per Bar. dum respondet ad l. fi. ff. de conditio. ob caus. quod est ualde probabile si tenemus quod ibi hæredes erant obligati ad dãdas res certas hæreditarias in spetie nominatas, sed si tu uis quod tenerentur ad ius uniuersale hæreditatis, seu ad genus bonorum, ut multi uolunt, tunc fortius ad factum tenẽtur, cum teneantur ad ius uniuersale, & ad assignandum quotam hæreditatis, quæ assignatio factum est, uel ad cedendum illam quotam hæreditatis quæ propter testamentum erat erà dicata in persona hæredũ, & cæssio est facti, & per consequens tenebatur ad factum, & erat cõtractus (facio ut facias) idest renuntio liti ut mihi assignes certam quotam hæreditatis, uel quotam bonorum, uel ut cedas mihi ius hæreditariũ, ut sim hæres pro quota, & hæc uidetur esse multum realis responsio sine uiolatione. Vnde facit ad præcedentem qualitatem & etiam hic, & eã confirmat Alc. hic & ibi, quia non potest fieri promissio de dando cum non teneretur de euictione. l. si pro fundo. C. de transactionibus. Idem text. dicit quod ageret actione ex stipulatu, ergo ad incertum, ergò non erat obligatio dandi sed faciendi & cedendi uel assignãdi quotam hæreditatis. Cum igitur ibi teneretur ille ad factũ in stipulatione nulla est alteratio in ea, ergo per illum text. non potest argumentari ad aliam qualitatem alterandam.

Quarto adducit Areti. l. cum quis decedens. §. cũ quis. ff. de leg. 3. ubi per literas quis promiserat soluere legatum quod postea fuit reuocatũ & non tenetur, & sic promissio fortis non mutauit naturam actus reuocabilis, sed respondetur quod ille tex. loquitur de actu perfecto nõ dependente à uoluntate promittentis, nos quando apponitur super contractu omnino uoluntario.

Quinto adducitur lex prima. C. de rerum permutatione cum ibi dictis per Bar. ubi quando contractus innominatus subrogatur loco contractus nominati non habet locum pœnitentia, ergo est etiã e contrario quando contractus nominatus subrogatur loco innominati debet habere locum pœnitentia, quia contrariorum eadem est disciplina. argum. no. in rub. ff. de acq. possessio. sed respondetur quod ibi tractatur de subrogatione, in qua conclusio est quod sapit naturam illius in cuius locum subrogatur, hic autem non subrogatur stipulatio loco ipsius contractus sed interponitur super contractu ut sit eius adimplementum.

Sexto retorquetur text. in dicta l. cum precibus, ubi quando est apposita stipulatio dicitur quod agitur ut fides præstetur & quando non est apposita dicitur quod agitur, ut fides præstetur uel quod data restituatur, & clausula in fine posita debet referri ad omnia præcedentia ut comprehendat etiam casum quando stipulatio est apposita. arg. l. talis scriptura. ff. de leg. primo.

Sed respondetur quod illa lex aperte probat contrarium, & non potest ibi dici quod sit clausula in fine apposita quæ referatur ad utrunque, quia alternatiuam ponit in sequenti casu & in primo casu ponit totam decisionem, & illa aduersatiua (si uero) uenit aduersatiue in totum, & probat quod in stipulatione non habet locũ illa alternatiua, & per cõsequens non habet locum pœnitentia.

Septimo adducitur, quia contractus innominatus est

est coæqualis cum contractu nominato, ergo efficiũtur duo contractus.arg.l. duo societatem.ff. pro socio.& per Bar.in dicta l.singularia.uersic.ueniamus. ergo unusquisque producit suam actionem. Sed respondetur, quia totum contrarium fuit probatum supra, quod imo dicitur cõtractus unus qui creatur.

378 Octauo † adducitur, quia ubicunque stipulatio apponitur super contractu donationis causa mortis quæ est reuocabilis regulatur secundũ naturam eius & efficitur reuocabilis.l.2.& 3.ff. de donatio. causa mortis.ergo eodem modo quando apponitur super contractu innominato reuocabili efficitur reuocabilis, sed respondetur quod donatio causa mortis est reuocabilis sui natura,& quando apponitur stipulatio illa apponitur ex necessitate ædicti.l.1.ff. ut legatorum nomine caueat.& l.1.§.bellissime.& dicta l.si ex legati causa. sed nos loquimur in stipulatione quæ apponitur super actu uoluntario, unde ibi non est uoluntas promittentis uelle sibi præiudicare, hic uero est uoluntas promittentis uelle sibi præiudicare, quia propter fortitudinem adiungitur a contrahentibus stipulatio, & sic apparet quod nec etiam fundamenta pro ista parte concludenter probant, & quod articulus est ualde dubius & disputabilis, & habes recollecta dicta Socci.hic quæ ualde sunt confusa & inuoluta.

379 Pro resolutione † istius difficultatis prius inuestigandum est, an quando stipulatio apponitur super cõtractu innominato creentur duo contractus simul stipulationis & innominati, uel unus tantum contractus stipulationis, quam resolutionem in contractibus nominatis dedimus in præced. quæstione † cõ-
380 cludendo quod si actus super quo interponitur stipulatio potest esse contractus & implementum, inducitur unus contractus tantũ, si stipulatio ualet, & si non ualet ille contractus, quod contingit quia numeratione & in datione rei & in certis cõtractibus qui re contrahuntur.l.certi condictio.§.quoniam.ff. si cer.petatur.& l.cum enim. ff. de nouationibus.cõiuncta.l.si ita stipulatus.§.chrisogonus.infra eod.sed si apponatur ex interuallo semper uidentur duo cõtractus, sinautem apponatur super actu qui semper est contractus, ut est conuentio quæ consensu contrahitur, & tunc siue fiat incontinenti siue ex interuallo apponatur stipulatio efficiũtur duo cõtractus æquales.l.duo societatem.ff. pro socio. & l.si stipulatus. ff. de usur. nisi aliter constet de mente contrahentium.l.non omnis.ff.si cer. petat.uel expresse esset facta nouatio, quæ tamẽ hodie non præsumitur. l.fi.C.de nouationibus.ut per Bar.& omnes in l. singularia.col.9.uersi.assumamus.ff.si cer.petatur. si uero unica est uerborum conceptio cõtinens duas formas contractuum uarias retulimus in præcedentibus opiniones, sed finaliter conclusi quod inducitur in dubio unicus contractus tantum stipulationis, si seruata est eius solemnitas,& si non est seruata, alter contractus remanet.l.si stipuler.§.fi.supra eodem.

381 In cõtractibus † uero innominatis de quibus agimus est dubium an inducantur duo contractus, quia dubium est an eos debeamus iudicare tanquàm re contrahantur uel tanquàm consensu contrahantur, & doct. cõmuniter * tenere uidentur ꝙ iudicentur tanquàm contractus qui consensu contrahuntur & de per se existentes,& sic iudicentur duo cõtractus, per stipulationem, pro qua opinione facit, quia pactum nudum est contractus innominatus. dicta l. siue apud acta.C.de transactioni.sed pactum uestitur cohærentia stipulationis,& producit suã actionem, & retinet suam naturam.l.petens.C.de pactis. ergo & contractus innominatus Idem operabitur ut stipulatio retineat propriam naturam, & inducantur duo contractus.arg.l.si stipulatus.ff.de usur.

Secundo etiam facit, quia contractus innominati ante implementum incipiunt a conuentione.dicta l.ex placito.C. de rerum permutatione, sed contractus ex consensu semper separantur a stipulatione, & faciunt duos contractus producentes duas actiones.l.duo societatem.ff.pro socio.& d.l.si stipulatus. ff.de usur.ergo etiam hoc casu erũt duo cõtractus.

Tertio facit, quia secuto implemento nascitur actio præscriptis uerbis.d.l.ex placito. põderando a contrario.& ibi glos.& Bar. qui dixit expresse, quod quando post contractum innominatum incontinenti subiicitur stipulatio creantur duo contractus, unus stipulationis & alius innominatus producẽs sequuto implemento actionem præscriptis uerbis. Quarto, facit, quia expressio contractuum debet aliquid operari.arg.l.quinquaginta.ff.de probationibus.

Sed in contrarium, quod imo sit unus contractus, facit, quia isti contractus re contrahuntur, & dicuntur differre ab illis qui consensu cõtrahuntur, ut clare dicitur in l.1.in prin.& §.pen.ff. de rerum permutatione. Ideo debent iudicari tanquam implementũ stipulationis.arg. dictæ l. certi condictio.§.quoniã. & dictæ l.cũ enim.ff.de nouationibus.nec quod ante implementum incipiant a conuẽtione aliquid facit, quia illa non attenditur propter debilitatem, & non est secundum propriam naturam rerum.

Secundo uidetur probari in d.l. cum mota. C.de transactionibus.& l.si pro fundo.C. de transactionibus.quæ ponit hunc ordinem, ꝙ si est stipulatio indistincte agitur, si non est stipulatio seruatur natura contractus.& facit etiam tex.in l.cum precibus. & l. emptione.C.de rerum permutatione.

Tertio facit, quia ante implementũ nascitur actio. d.l.ex placito.& illa conuentio debilis debet iudicari tanquam causa stipulationis ut efficiatur solus contractus stipulationis, sicut in d.§.quoniam. & dicta l.cum enim, nec illud de uestimentis pactorum aliquid facit, quia pacta uestiuntur tunc quando fiunt de alia re, sed si fiunt de eadem re nõ cadit uestimentum, ut dixi in d.l.petens. & infra etiam ponam quãdo pacta fiũt de eadem re efficiuntur implementum stipulationis & unicus cõtractus, ut probatur in d.l. petẽs, in primo intellectu.& l.1.§.si quis ita.infra eo. & l.1.§.cum qui.ff.de consti.pecu.& l.an inutilis, de acceptilationibus. unde apparet quod rõnes ab utraque parte sunt urgentes, item ẽt sunt authoritates, quia Soc.tenet quod nascatur unicus contractus, Angelus uero & alii in d.l.ex placito, tenent quod sint duo cõtractus nisi sint per unicã conceptionẽ facti.

382 Sed tu † pro pleniori resolutione considera aliquos

quos casus, primus est, quando stipulatio est apposita ex interuallo post contractum, & tunc oẽs conueniunt quod sunt duo contractus, quia in præterito contractus innominatus susceperat suam formam quæ non potest mutari nisi iure nouationis, & cum hodie non fiat nouatio nisi expresse agatur, remanebunt duo contractus, & unusquisque habebit efficaciam secundum propriam naturam.

383 Secundus † casus est, quando stipulatio est apposita incontinenti, & constat quod partes uoluerunt facere duos contractus formales, uel quod uoluerũt facere unicum tantum, & seruabitur eorum uolũtas. l. 1. §. si conuenerit. ff. depositi. & l. non omnis. ff. si cer. peta. quando tamen uoluerunt facere unicum, in dubio præsumitur quod uelint esse stipulationem, si ualebit, & si non ualebit remaneat contractus ille. arg. dicti. §. quoniam. & l. si ita stipulatus. §. chrisogonus. infra eo. & l. si stipuler. §. fi. infra eod.

384 Tertius † casus est, quando unica fuit conceptio uerborum, ut si dicatur, promittis mihi dare fundũ ut tibi dent domum, & ille dicat promitto, & tunc Bart. tenet quod sit unicus contractus stipulationis, in d. l. ex placito. sed Saly. & Ange. tenent ꝙ imo sint duo, mihi uero placet quod sit unicus contractus tantum, quia hoc supra firmaui in contractibus nominatis, per l. si stipuler. §. fi. inf. eo. secundum ueriorem intellectum, quia tunc ille contractus est tanquàm causa faciendi stipulationem, ergo a fortiori idẽ erit in contractibus innominatis, qui debiliores sunt & reputantur tanquam causa stipulationis. Si tamẽ eueniet quod stipulatio fuisset nulla, tunc non impeditur ualiditas contractus innominati, argumento dicti. §. quoniam, & dicti. §. chrisogonus, non obstante. l. 1. §. si qnis ita. infra eo. & l. 1. §. eum qui. de consti. pecunia, quia ibi non fuerunt uerba denotantia contractum spetialem, hic uerba denotauerunt intẽtionẽ contrahẽtiũ esse equaliter super illo cõtractu.

385 Quartus casus est † quando stipulatio est incontinenti subsecuta post contractum, & fuerunt duæ cõceptiones separatæ, & hic est casus dubius, & Barto. in d. l. ex placito tenet quod sint duo contractus, contrarium uero tenet ibidem Ang. & Saly. & Socci. hic, & uidetur esse magis communis * opinio. Sed tu potes dicere, quod si quidem stipulatio fuit apposita super executione, ut quia ab una parte tantum sit subiecta promissum ab una parte alteri dare, & tunc placet quod omnino sint duo contractus, quia substãtia ipsius remanet, & stipulatio est super executione tãtum. d. l. duo societatem & l. si stipulatus. ff. de usur. sed si esset apposita super tota conuentione tunc uideretur magis dubium propter debilitatem horum contractuũ, & quia eorum natura est ut incipiant a re tradita. d. l. 1. C. de rer. permutatione. tamen magis placet quod sint duo contractus, quia factæ fuerunt duæ conceptiones separatæ, & incontinenti se corrigerent. l. nam ad ea. ff. de conditio. & demonstr. & l. quinquaginta. ff. de probationibus. & hodie non præsumitur nouatio. dicta l. fina. C. de nouationibus, & hodie præsumuntur uelle contrahentes facere plures contractus, & notarius præsumitur rogatus ut apponat stipulationem, per dictam. l. quod si nolit. §. quia assidua. ff. de ædi. ædicto. nec obst. dicta lex ex placito. & d. l. cum precibus. & d. l. cum mota. & l. si pro fundo. quia intelliguntur quando esset una conceptio uerborum, si uis quod sit unicus contractus, uel si intelligis de diuersis conceptionibus, apparebit quod uolebant facere unum contractũ existente ualida stipulatione, uel ea existente nulla aliũ contractum, uel responde ut infra, quia etiam possunt uerificari in duobus contractibus.

386 Quibus hic stantibus † sumas resolutionẽ ad quæstiones præmissas, an in qualitate interesse, & an in qualitate pœnitentiæ stipulatio retineat propriam naturam, uel potius reguletur secundum naturã contractuũ innominatorum, & dicas aut est unicus contractus stipulationis, quod contingit quando fiunt cum una uerborum conceptione, uel cum duplici, & constat quod uoluerunt unum tantum facere, & tũc stipulatio omnino sequitur naturam propriam, non tantum in tribus præcedentibus qualitatibus, sed ẽt in qualitate interesse, & de pœnitentia, quia propter has debilitates subiecta fuit stipulatio, ad finẽ ut cõuentio efficax efficeretur, & cũ sit unicus contractus non potest producere actionem nisi secundum naturam stipulationis, ut probatur in d. §. quoniam. & §. si numos, & d. §. chrisogonus, ubi in mutuo stipulatio oĩno propriam naturam sequitur, & facit quod uoluit Bar. in l. si quis cum aliter. nu. 4. infra eod. qui uult, quod stipulatio retineat propriam naturã quantum ad remedium dictæ l. si quis cum aliter. & non detur ei remedium. l. 2. C. de rescindenda uenditione nisi uirtute contractus emptionis, uel ex officio iudicis. facit l. aliam. infra de nouationibus. ubi per litis contestationem fit nouatio, & durãt priuilegia quæ in sunt ad comodum actoris, & facit etiam. l. 2. §. & parui. ff. de priuile. cred. & hoc modo procedunt dicta iura. & l. cum mota. Non obstat secundum intellectum Socci. qui in se uerus est.

387 Si uero † sunt duo contractus, & tunc si fiunt ex interuallo, uterque contractus habet propriam naturam, & effectus erit, quod si actor eligat actionẽ ex contractu eam habebit secundum eius naturam, si eligat ex stipulatione solidiorem habebit, præualebit tamen stipulatio, ex eo quia est in electione sua eligere eius remedium, & ita cessabit semper pœnitentia in effectu, ut probatur in d. l. cum precibus. & l. emptionem. C. de rerum permutatione, quæ non possunt cauillari. & quod habeat locum pœnitentia contingit propter debilitatem quæ tollitur per stipulationis appositionem. Item ex solo iuramẽto impeditur pœnitentia. glo. in d. l. si pecuniam. ff. de condictio. ob causam. quamuis in aliis sequatur naturã contractus. d. l. fi. C. de non nu. pecu. & in ea militat eadem rõ, non quæ militat in tribus præcedentibus qualitatibus, tamen quantum ad hoc, ut agatur solũ ad interesse, uidetur quod seruetur natura cõtractus cum non amiserit suam naturam, & stipulatio super actu perfecto sequta sumit naturam actus, ut infra dicemus, & d. §. qui iniuriarum, & d. l. 1. §. bellissime, & §. sub conditione, ut legatorum nomine caueatur, & hoc modo procedit lex cum mota, secundum alium intellectum.

Quam

Quam conclusionem puto etiam procedere quã do stipulatio fit solum super executione cõtractus, ut tollatur pœnitentia per eam, sed tamen detur ad interesse arg. d. l. stipulatus. ff. de usur. & d. l. duo societatem, quæ uidentur hoc casu posse probare. Si uero stipulatio apponitur in continenti, & tunc si actum est quod sit unicus contractus, erit tantum stipulatio, si uero sint duo contractus, quod in dubio præsumitur, & tunc stipulatio retinebit suam naturam in tribus prædictis qualitatibus, & etiam in qualitate de pœnitentia, quia propter auferendam debilitatẽ apposita uidetur, sed respectu interesse, quia uterque contractus est principalis, stipulatio seruabit naturam contractus, & dabitur solũ ad interesse.

388 Ex quibus † apparet, quod qualitas pœnitentiæ quocunque casu siue directo siue per indirectum semper erit sublata, sed qualitas quod detur ad interesse non erit sublata quando sunt duo contractus qualitates uero ille tres primæ, quod nascatur actio generalis præscriptis uerbis, & quod solum nascatur post implementum, & quod debeat esse uerum implementum, semper cessabunt in stipulatione, quamuis sint duo contractus, quia semper stipulatio producet actionem, & ante implementum, & sufficiet oblatio, ut supra dixi, sed tamen quando erunt duo contractus, non impedientur interuenire in ipso contractu, ideo ipse producet omnes effectus datos contractui innominato, & actor eas seruare tenebitur si eliget actionem ex cõtractu, sed si eliget actionem ex stipulatione, præualebit stipulatio. arg. not. in l. 1. ff. de leg. 1. & l. cum filius. §. uariis. ff. de leg. 1.

389 Quare † colligendo omnia dicta in articulo, remanet ꝙ in casibus in quibus unicus est contractus, stipulatio in omnibus seruat naturam propriam, si uero sunt duo contractus & tunc primæ qualitates & quarta de pœnitentia semper cessabunt in stipulatione. d. l. cum precibus. & l. emptionem. ff. de rerum permutatio. ex mente contrahentium, sed in qualitate, quod teneantur ad interesse tãtum, sequitur stipulatio naturam contractus innominati, ne eueniat ꝙ in plus teneatur. d. l. cum mota, secundum alium intellectum, sed tamen non impedietur contractus habere suas qualitates, sed præualebit stipulatio si actor eliget eam, & potes facere regulam, ꝙ stipulatio apposita super contractu innominato retinet propriam naturam, quæ omnino procedit quando est unicus contractus, fallit quando sunt duo contractus, & subsecuta fuit stipulatio ex interuallo, & tunc utraque actio competet, sed si eliget stipulationem, habebit effectum stipulationis. Secundo fallit, quantum ad interesse, quia semper quando sunt duo contractus stipulatio competet ad interesse ne in plus teneatur promissor.

390 Secundus † est articulus, quid operetur stipulatio in pacto nudo, quem docto. immiscent simul cũ præcedenti de contractu innominato, & in spetie Ruy. qui distinxit totam materiam in duas partes, tamen necessario debet separari, ex eo quia pactum habet naturam diuersam a contractu innominato, cum in eo non cadat illa qualitas, an actio nascatur ante implementum uel postea, neque an obligetur præcise, uel liberetur præstãdo interesse, neque quod habeat locum pœnitentia, & detur condictio ob causam, itẽ ex cõtractu ĩnominato est spes quod nascatur actio efficax per implemẽtum, sed in pacto nudo nulla est spes quod unquam nascatur actio iure ciuili, ideo cũ ratione nos fecimus de pactis articulũ separatum.

Vnde decimo octauo quæritur, quid operetur stipulatio super pacto nudo apposita, & hæc quæstio habet duas partes principales, una est quando præcessit stipulatio & apponitur pactum iuxta contractum stipulationis, ut in casu l. lecta. ff. si cer. peta. & in l. petens. C. de pact. Alia est, quando præcessit pactum & postea stipulatio super pacto iam facto fuit apposita, ut in casu legis si pacto quo pœnam. C. de pactis, quæ duæ partes continent diuersas resolutiones, & separatim sunt examinandæ.

391 Primo casu † quando pactum apponitur iusta cõtractum stipulationis considerandum est, quod potest apponi quatuor modis, uel contradicendo in totum, uel cõtradicendo in parte, uel quod contineat, quid diuersum a contractu, uel quod in eo cõtineat illud met quod est promissum in cõtractu. In primo casu si pactum ponitur in consequenti, resoluitur in totum stipulatio, tanquam incontinenti semetipsas corrigant partes, & si est factum ex interuallo, resoluitur per exceptionem tantum. nam in continenti potest ipso iure tollere totam stipulationẽ. per no. in l. lecta. uersi. dicebam. ff. si cer. peta. coniuncta l. si unus. §. pactus. ff. de pac. & l. emptio. ff. de rescin. uendi. similiter si pactum contradicat pro parte stipulationi, eam reformet ipso iure si incontinenti apponatur. d. l. lecta. uer. dicebam. & si apponatur ex interuallo per exceptionem, reformat. d. §. pactus. & d. l. cum emptio, & in istis duobus casibus stipulatio regulatur ab ipso pacto, quia uel tollitur in totum, uel pro parte, & præualet pactum eam in totum extinguendo, uel pro parte, quamuis in eo quod remanet stipulatio postea retineat propriam naturam. d. l. lecta. ff. si cer. peta. Tertio modo pactum apponitur iuxta stipulationem ut contineat quid diuersum, ut si quis promittat dare centum, & postea incontinenti faciat pactum de eundo Romam uel aliud simile diuersum compatibile cum stipulatione, & tunc pactum uestitur cohærentia contractus, & producit actionem propriam, atque etiam informat actionẽ ex stipulatione. d. l. petens. C. de pactis. & no. in l. iurisgentium. §. quinimo. ff. de pact. & dixi in præmissis in d. l. petens. & in d. l. lecta. concludendo quod de substantia uestimentorum pactorum est quod contineant quid diuersum, quoniam si contradicit in totum uel in parte non potest uestiri, & si continet idẽ minus etiam uestiri põt, & in hoc tertio casu stipulatio regulatur a pacto, quia augetur per pactũ seu modificatur, & actio ex stipulatu datur ad illud quod continetur in pacto, & dicitur pars cõtractus. l. fundi partem. ff. de contrahen. emp. & è contrario pactum à stipulatione regulatur, quia ab ea uestitur & assumit robur ut propriam producat actionem, tamen illam actionem uidetur producere secũdum naturam ipsius contractus ut si est bonæ fidei, actio ex pacto habeat naturam bonæ fidei. d. l. fundi partem. ff. de

ff.de contrah.emp.cum aliis.no.in d.l.petens. & isti tres casus non proprie pertinent ad præsentem quæstionem ex intentione Docto.

392 Quarto modo † pactum apponitur cōtinens idē quod contractus, & sic est proprie casus pertinēs ex intētione doct.ad quæstionem nostram, in quo etiā considerādum est, quod potest tribus modis factum continere idem, ut per gl.in d.l.petens.C. de pac.nā primo potest continere idem relatiue, ut in stipulatione non exprimo rem, sed de ea me refero ad pactum, & istud secundum glo.ibi appellatur pactum impletiuum stipulationis. Secundo modo potest apponi ut quis promittat illud dare quod declarabit in pacto nudo, & tunc similiter est implementum stipulationis, quia stipulator se uidetur referre ad illud promissum in pacto.l.asse toto.ff.de hæred.insti.ubi si quis instituat in testamento eum quem nominauit in codicillis nominatus in codicillis erit nominatus & institutus in testamēto, & sic codicilli implent testamentum, ita etiam illud promissum in pacto implebit stipulationem a qua assumet uires. Tertio modo potest apponi pactum iux.stipulationem, permittendo in pacto illud quod erat promissum per stipulationem, sed cum illa forma uerborum, constituo me soluturum illud quod tibi debeo per stipulationem, & tunc inducitur constitutum.l.1.in prin.&.§. debitum.el primo, de consti.pecunia.

393 Secundo casu † principali quando stipulatio apponitur super pacto, ut in casu.l. si pacto quo pœnam.C. de pac. & tunc est propriissime casus pertinēs ad istam quæstionem, in quo primo dicas, quod si quis promisit quod in pacto contractus non inducitur constitutum.§.de constituta.instit. de actionibus.sed ipsa stipulatio nouat pactū, & nascitur unus contractus stipulationis. ut not. in d.l.si pacto quo pœnam. si fiat incontinenti, & etiam quod fiat ex interuallo, & ideo stipulatio retinet propriam naturā suam in omnibus, & solum regulatur à re deducta in pacto, & ab illa cōuentione facta ut illa dicatur causa stipulationis, & regulabitur sicut quælibet stipulatio a causa sua.d.l.5.§.conuentionales.infra eod.& sic quando pactum apponitur iuxta contractum, ipse contractus regulatur, alteratur, & modificatur a pacto.quando autem stipulatio apponitur super pacto, tunc ipsa regulat pactum & seruat naturam suam in omnibus, nisi quod habet causam a pacto. Potest etiam & alio modo pactum continere idem quando fit geminatio psomissionis sine relatione, & tunc sumus in illo articulo, an ex pacto gemininato nascatur actio.cōmuniter* doc.uidētur dicere quod sic, sed ego tenui supra contrarium, & tanto fortius quando præcedente stipulatione pactum fuisset subsecutum, quod doc.uidentur etiam consentire, & in hoc quarto casu est dubium inter docto.an nascatur unicus contractus stipulationis uel potius sint duo contractus, unus pacti & alius stipulationis, sed uerior est opinio quod unicus contractus tantum nascatur, ex eo quia nulla utilitas est quod pactum faciat suum contractum separatum, ex eo quia nunquam est spes quod pactū producat actionem, ideo semper erit præsumptio quod contrahentes uelint facere unicum contractum, & propter hanc causam difert iste articulus a præcedenti, cum in contractu innominato præsumantur contrahentes uelle duplicare quæstionem, quia ipse contractus innominatus post implementum producendo actionē potest præstare utilitatem, quia ramanet quod quando stipulatio apponitur iuxta pactū siue præcedat siue sequatur pactum cōtinens idem semper inducitur unicus contractus, & ideo stipulatio seruabit naturam propriam, & non regulabitur a pacto, nisi tanquam pactum sit causa stipulationis sine qua non ualeret, per l.2.§.circa cum gl.ff.de excep.doli. & l. in conuentionibus.infra eo. & l.3.§.cōuentionales.infra eod. fallit ubicūque pactum sequitur stipulationem cum animo constituendi, quia tunc nascantur duo contractus, tamen uterque seruat naturam propriam.

394 Et ita habes † breuem resolutionem, utrum stipulatio posita super pacto reguletur a natura pacti uel potius retineat propriā naturam in quo dicas, quod aut præcessit stipulatio & sequitur pactum, & tunc stipulatio regulatur ab ipso pacto, quia uel tollitur, uel modificatur, uel augetur per pactum, tamen retinet naturam propriam respectu actionis, quoniam semper agetur ex stipulatione, licet pactum quādoque cōtinens diuersum possit producere suam actionem ex uestimento. si uero pactum continet idem, & tunc si ex interuallo, impletur stipulatio per illud quando refert, & si non se refert siue incontinenti siue ex interuallo tunc unicus contractus stipulationis inducitur, & seruabit naturam suam, nisi quod a pacto regulabitur tanquam a causa, ut per eā ualeat. Si uero pactum præcessit & stipulatio sequitur, quo casu proprie dicitur stipulatio pacto nudo apposita, & tūc regula est, quod ipsa stipulatio retinet propriam naturam, quia uidetur illud pactum semper nouare. Quæ cōclusio ampliatur procedere etiā quod apponeretur super pacto de faciendo contractū innominatum, ut est casus secundum unum modum intelligendi in.l.ex placito.C.de rer. permuta. ubi est unus sensus quod erat pactum de permutando, nō autem contractus permutationis, ꝙ pactum differt a permutatione, sicut pactum de uendendo a uenditione.l.si fideiussor.§.meminisse.ff. de leg.1.& ideo si est apposita stipulatio super eo erit unus contractus stipulationis semper, perinde ac si per stipulationem quis promisisset facere contractum stipulationis, & ex ea stipulatione solum poterit agi ut cogatur pars facere illum contractum permutationis secundum tamen suas debilitates.arg.l. si hæres.§.ex testamento.supra de actio.empt. & l. numerationibus.ff.de solutionibus.

395 Solet † aliquando etiam apponi iuxta cōtractum respiciens naturalia contractus & substātialia, & aliquando concipi contra naturalia, & contra substantialia, & siquidem apponatur contra naturalia præualebit pactum ipsi contractui, & regulabitur stipulatio a pacto.l.cum quid.ff.si cer.pet.& si fiat contra substantialia contrahentes agunt ut omnino sit stipulatio, uel præualet contractus, & pactum est nullum. l.cum precario.§.1.ff.de preca.si uero nō habent certam intentionem ad illum cōtractum præualebit pa

ctum

ctum,& mutabitur contractus in aliam formã.l. ubi ita donatur.de donationibus causa mortis.l.2.ubi dixi.ff.si cer.peta.& habetur in d.l. cum quid. eod.tit.

396 Tertius est articulus † quando stipulatio apponitur super cõtractu efficaci seu nominato dum est in fieri,quam ẽt commiscuerunt doc.hic cum aliis articulis præcedentibus & sequentibus & male,quia isti quatuor termini habent uarias formas & qualitates contrarias,& nõ possunt sub eadem determinatione determinari.Ruy. primus perpendit hanc confusionem hic nu.45.unde diuisit totam materiam in duos casus. vnum fecit de cõtractu innominato & pacto, alium de contractu & actu, sed tamen & ipse imperfecte, quia ut supra demonstraui,articulus de pacto non potest determinari simul cum articulo de contractu innominato propter qualitates contrarias,eadem ratione nec articulus de stipulatione apposita super contractu efficaci & nominato potest immisceri cum stipulatione apposita super alio actu efficaci & perfecto, ut infra patebit.

397 Niger hic † adduxit fundamenta loquentia generaliter de omnibus dictis casibus simul cum Ias.ponendo quindecim fundamenta pro una parte & decem pro alia parte sicut & Ias.sed ipse plus addidit, quia dedit responsum unicuique ex tam uariis principiis, & faciendo tam uaria præsupposita,ut appareat manifeste quod disputando, ut ipse fecit, nihil aliud induxit nisi contradictionem, & nullam penitus doctrinam, neque dando neque etiam ipse percipiendo,quia & ipse irressolutus remansit.

398 Bulga.uero † in tota materia uidetur ponere regulã generalem, ꝙ stipulatio imitatur naturã actus uel contractus,per d.l.si stipulatus.ff.de usur. & postea ualde insistit, utrum stante stipulatione super contractu innominato habeat locum pœnitentia,& possit competere condictio ob causam, & finaliter nu.17.ponit conclusionem quod cessat pœnitentia, sed postea respondendo omnib. iuribus de materia quæ uidentur contrariari, ipse quoque dat tam inuolutam doctrinam, ut quid sibi uelit non bene sciuit, neque percipi potest.

399 Alex.quoque † in.l.1.ff.de pact.& in l.sciendum.infra eo.in 1.col.& in l. stipulationes non diuiduntur. 8.col.infra eod. distinguit, quod in stipulationibus sunt qualitates inducentes maiorem efficaciam & ualiditatem,& in cõtractu,& in istis stipulatio retinet propriam naturam.l.ex placito.C. de rer. permuta. & l.miles.§.decem.ff.de re iud.quædam sunt qualitates in stipulatione ut obligetur in plus & in minus.l. si stipulatus.in princ. cum concor.ff.de usur. & quia hæc distinctio non eneruat ea quæ loquuntur de ultima uoluntate ideo Ias.addidit limitationẽ,& uoluit quod quãtum ad qualitates quæ efficacius obligant, stipulatio sequatur naturam propriam in contractibus & aliis actibus,sed quando apponitur super ultimis uoluntatibus,tunc sequatur naturam earum.per l.1.2.& 3.ff.de donatio.caus.mor.& d.l.1.§.bellissime.& §.sub conditione.ut leg.no.cauea.& l.fi.C. de pac.si uero sunt qualitates in plus uel minus obligãtes,tunc sequatur naturam ipsius contractus, tamen Ruy.hanc distinctionem reprehendit hic nu. 57.sed postea allegat iura extra propositum contractus, ut d.l.miles.§.decem.

400 Vnde ipse † reiecta distinctione istorum,alio modo distinguit,aut stipulatio apponitur ex necessitate, & tunc sequitur naturam actus super quo interponitur secundum Paul.in l.si dari.infra eod.per d.l. 1.§.bellissime.& §.sub cõditione. & in l.dãni infecti. stipulatio.de dam.infec,fallit in casu.l.non solum.§. morte.ff.de nou.ope.nuntia.in quo cautio est necessaria necessitate causatiua,& hoc propter rõnem de qua ibi per Bar. si uero stipulatio interponitur uolũtarie,& tunc aut adiicitur actui æque principaliter, aut accessorie,siue subrogatiue, quo casu non sequitur naturam actus regulariter secundum Bart. in l.1. §.hæc actio.si quis testam. lib. esse iuss. fuer. per l.4. §.si ex conuentione.de re iudi.& l. item illa.§. quod adiicitur.de const.pec.& d.l.miles.§.decem.& d.l.ex placito.& d.l.emptor.de pact.& l.ratio.§.1.de actio. emp.Fallit quando conceditur causæ uel rei.l.2.§. & parui.ff.de priuil.cre.Secũdo & quãdo stipulatio apponitur super dote,quia ĩ dubio ẽ cõis patri & filiæ. Tertio fallit in casu de quo per gl.ĩ l.si quis cũ aliter. infra eo.Quarto fallit in l.cum mota.C. de transact.

Secundo casu quãdo stipulatio accedit accessorie ad alium actum, & tũc assumit naturam actus super quo interponitur,secundũ Bar.in d.§.hæc actio, per l.si eum.§.qui iniuriarum.ff.si quis cau.& melius secundum eum in l.si legati serui nomine.ff.de leg.1. & l.inter stipulantem.in prin.infra eo. & dicitur stipulatio accessorie cumulari quando non continet idẽ quod erat in principali actione, sed aliud quod erat illi accessorium, sed quando continet idẽ quod erat in alio coutractu,dicitur esse æque principalis.d.l.itẽ illa.§.quod si adiicitur. Fallit tamen quando in stipulatione accessoria est diuersa ratio.l. stipulatio ista. §.alteri.infra eo.declarando ut per Bar.in l. ita stipulatus.12.oppositione.infra eo. Sec ndo fallit quãdo stipulatio est circa eandẽ rem promissam,sed si circa rem diuersam puta pœnam, quia tunc non sequitur naturam actus.Bar.in l.stipulatio ista.§.si quis dolũ. infra eod.& Alex.in l.5.§.fi.infra eo.

Tertio casu quando cumulatur subrogatiue, & tunc sapit eãdem naturam quo ad hoc ut promissor in plus non obligetur,& est expressum in d.l. si stipulatus.in prin.inquantum loquitur de nouatione, sed quo ad executionem non sapit eandem naturã si prima habeat ex actionem paratam,secundum Bart. in d.§.hæc actio.per l.si causam.C.de exe.rei iud.& d. l.4.§.si ex conuentione.quo uero ad alia. Bart.se remittit ad no. in l.aliam. C. de nouatio.& ita residet ipse,dicẽs resolutas esse quasdam filaterias mod.hic, & in d.l.cum mota. quia adducunt multa pro & contra.& nihil concludunt. sed tamen hæc sua resolutio nec ẽt est perfecta,quia ipse inculcat articulũ,quando apponitur super actu & contractu, quæ duæ materiæ sunt uariæ & contrariæ, & recipiũt decisiones contrarias,& quãdo stipulatio est æque principalis, prout cõiter est in contractibus, tunc nõ resoluit iura inuicem pugnantia, quæ uolunt quod sequatur & non sequatur naturam contractus,de quibus infra dicam.unde de ea non est etiam curandum.

Rippa

401 Rippa †uero hic nu.54.distinguit, aut agitur de obseruatione contractus, & tunc procedit regula doc. quod sequatur stipulatio naturã contractus, sed ubi agitur de impugnando contractum uel ab eo discedendo, tunc est attendenda natura stipulationis excludens impugnationem contractus, & ita probat tex.in d.l.emptio.de rescind. uendi. & ratio est, quia si dixerimus duos esse contractus, tunc si a contractu super quo interposita est stipulatio discedendum est, oportet a stipulatione quoque discedi, merito consideranda est eius natura, quæ est, ut ab ea non discedatur nudo consensu, sed mediante stipulatione.d.§.item propter acceptilationem. & hæc ratio.l. emptio. & ratio quare non sit locus pænitentiæ, procedit, si uero dicemus contractum totum esse transfusum in stipulationem, cum uel unus sit contractus stipulationis uel principalis contractus sit, nimirũ si tunc attẽdenda est natura ipsius stipulationis.regula cum principalis.de reg.iu. itẽ intelligitur ut procedat si stipulatio fuit interposita super eo quod deuenit in contractu principali, secus si super alio, puta super pœna uel usuris, tunc magis attendẽda est natura stipulationis, secundum Imol. in l.4.§. cato.infra eodem & ibi Are.colum. 9. per.l. si prægnans.& l.uaccæ, iuncta l.uenditor.ff. de euictionib.

Tertio intelligit procedere quãdo stipulatio fuit simpliciter interposita, secus si aliter quam natura cõtractus requirat.l.damni infecti quidam.§. cũ parietem.sup.de dam.infe.& ita residet, sed tamẽ hæc distinctio, dum præsupponit in obseruatione contractus regulari ab ipso contractu secus in impugnatione, confunditur per decem fundamenta infra allegãda, & precise per ea quæ adducuntur in alio articulo per l.1.2.& 3.ff.de donatio.cõiuncta.l.Papinianus. ff.de donatio.inter uir.& uxo. & l.si stipulata. infra eod.ubi stipulatio quantum ad reuocationem assumit naturam contractus, & ipsa irreuocabilis efficitur reuocabilis, facit.l.si eum. §. qui iniuriarum.ff.si quis cautio.& l.1.§.bellissime.& §.sub conditione. infra ut leg.no.caueatur.

402 Ideo †Decius in rub.de iud.ponebat aliam distinctionem & dicebat, aut sumus in iis quæ se compatiuntur cum ipsa stipulatione, & stipulatio sequitur naturam ipsius contractus, aut uero nos sumus in iis quæ non se compatiuntur cum ipsa stipulatione, & tunc sequitur naturã propriam, & ex eo quia stipulatio habet certa substantialia, ut quod fiat interrogatio & sequatur responsio, quod non sit bonæ fidei & ꝙ producat actionem ex stipulatu, nam tunc non obstãte, ꝙ sit reuocabilis, ipsa stipulatio seruabit naturam propriam ut non habeat locum pœnitentia, & quod non detur ad interesse. Sed Rippa hic eam reprehendit, quia falsum est quod de natura contractus innominati sit posse pœnitere. imo eius natura est ut seruetur fides, quæ efficacius obseruatur per stipulationem, quod parum stringit, sed fortius obstat tex.in d.l.1. 2. & 3.ff. de don.causa mor.coniuncta.d.l.Papinianus. de don.inter uirũ & ux.ubi stipulatio cõtra propriam naturam efficitur reuocabilis, & probatur in d.l.1.§. bellissime. & §.sub conditione.& d.§.qui iniuriarum.& patebit ex infra dicendis.

403 Ideo † Alciatus ponebat duas conclusiones, prima est, ꝙ in cõtractibus innominatis addita stipulatio propriam naturam seruat.l.ex placito. C. de rerum permuta.l.siue apud acta.C.de transactio. Bar. in d.l.2.C.de condi.ob causam.et dicta.l. Labeo. cũ no.per Bal.& Paulum in d.l.quãuis.C.de transactio. & ratio est, quia isti contractus sunt debiles & uidetur actum ut fortificentur per stipulationem, & ad tex.in dicta.l.cum mota.C.de transactio. respondetur ut per Socci.ꝙ ibi erat obligatus ad factum. Secundo respondet, ꝙ ibi non erat actum ut trãsferretur dominium, quia debetur.nam tenetur de euictione.& l.si pro fundo.C.de trans.& cõfirmat, quia competit actio ex stipulatu, ergo nõ erat obligatus ad dandum.sed ad faciendum, idest ad incertum, ut insti.eo.in princ.

Secunda conclusio est, quod in contractibus nominatis stipulatio imitatur eorum naturam.d.l. si stipulatus.& d.§.bellissime cum similib.& rationem dicit esse, quia tunc uidetur adiecta tanquã accessorium, ex quo omnes contractus nominati de se sunt efficaces.nec obstat d.l.emptio, quia respondet, quando stipulatio non interuenit tanquam accessoria sed tanquam principalis ex post facto. item stipulatio imitatur naturam contractus circa effectus non circa rescissionem.arg.l.legata inutiliter.ff.de adim.leg. nec obst.l.1.§. 1. de actio.empti. quia intelligit eam ut per Ias.nec obst.doctrina Barto.in l.singularia. dum uoluit, quod stipulatio sit stricti iuris.& d.l.in bonæ fidei.in uerbo cõdicturũ. ff. de eo quod certo loco. quia respondet negando assumptum, quod imo efficitur bonæ fidei, uel respondet quod in d.l.in bonæ fidei. stipulatio fuit interposita super illo solo exemplo extrinseco, ut certo loco solueretur. & ideo nemini contractui accedit, sed de per se stat sicut stipulatio pœnalis.& ad tex.in d.l.miles.§.decem. respondet ipse quod illa lex non uidetur loqui quando stipulatio apponitur super sententia, & sic in casu mixto, sed arguit de uno eorum ad aliud spetialiter, & sic ibi non est uerum dicere quod stipulatio fuit interposita super contractu uel obligatione aliqua, quod apparet etiam ex ratione tex.ibi, in ea singula stipulari possumus, & de natura actionis noxalis nõ est ut dentur singula, quæ opinio nec etiam est bona, primo quatenus tractatur de contractu innominato circa intellectum dictæ l.cum mota. Secundo quatenus tractatur de pacto nudo, per ea quæ supra diximus.item non est bona quantum ad contractus, quia ut statim dicemus, debet dari regula in contrarium, nec etiam est bona quantum ad alios actus, ut dicemus in seq.artic.

404 Quare † ommissis aliorum dictis in hac ardua & subtili quæstione non sine ratione duxi separandos esse dictos quatuor articulos, & per dicta in præcedentibus remota fuerunt multa iura quæ poterant turbare decisionem in sequentibus, & per sequentẽ articulum de stipulatione apposita super actu perfecto seu extrinseco remouentur multa iura quæ turbarent præsentem discussionem de contractibus cũ habeãt diuersum finẽ & diuersas rationes & nõ possunt unica determinatione determinari, propterea.

Decimo-

405 Decimonono † quæritur, quid operetur stipulatio apposita super contractu efficaci seu nominato, in qua quæstione ex tot adductis per docto. in tota materia, decem tantummodo sunt quæ in terminis præsentis articuli loquuntur. quinque ab utraque parte, quæ fortiter inter se pugnare uidentur, & pro parte quod reguletur stipulatio secundum naturam contractus, facit primo tex. in d. l. si stipulatus. ff. de usur. qui in duobus probat, primo quod stipulatio assumit naturam bonæ fidei, dum uult quod in ea deueniant fructus & partus contra eius naturam. arg. l. si filius. §. cũ fundum. infra eo. & l. uideamus. §. si actionem. infra de usur. Secundo, dum in §. 1. dicit, quod si in stipulatione quis promisit rem uenditam dare, exponitur, id est tradere, propter naturam emptionis & contra suam naturam. l. ubi autem non apparet. §. si. infra eod. & plus etiam dicit quod procedit facta nouatione, ita quod non sit nisi unicus contractus stipulationis, & sic ille tex. multũ uidetur stringere, & fuit causa quod doc. posuerunt regulã, regulari stipulationem a natura contractus. Secundo facit gl. cõiter approbata in l. si quis cũ aliter inf. eo. quæ dicit, quod quando apponitur stipulatio super uenditione cui dolus dedit cãm contractui, sicut uenditio est ipso iure nulla, ita ẽt stipulatio erit nulla. Tertio facit tex. in l. 5. §. conuentionales. & l. in conuentionalbus infra eo. ubi stipulationes pendent a negotio contracto. Quarto facit text. in l. fi. C. de non nu. pecu. ubi iuramentum accipit omnes qualitates & conditiones contracctus, & sic regulatur a natura contractus, ergo & eadem ratione & fortius ipsa stipulatio debet regulari. Quinto facit. l. 1. 2. & 3. ff. de don. caus. mor. ubi donatio cau. mor. reuocatur & tamen quando fit in uita ipsius donãtis sæpe fit per stipulationem. l. si stipulata. & l. Papinianus. ff. de donatio. caus. mor. & no. in l. 2. ff. de leg. 1.

406 Pro † contraria parte, quod imo retineat propriã naturam, facit primo lex ratio. §. 1. ff. de actio. emp. ubi stipulatio non datur ad fructus, sed debent peti per actionem ex uendito, ergo non regulatur a natura contractus. Secundo facit lex emptor. ff. de pact. & l. emptio. ff. de rescin. uen. ubi apposita stipulatione super uenditione non potest amplius ipso iure dissolui per pactũ, sed est opus quod fiat per exceptionem ex natura stipulationis. Tertio facit doctrina Bar. in d. l. si quis cũ aliter. nu. 4. infra eo. qui uoluit, quod apposita stipulatione super uenditione non rescindatur per remedium. l. 2. C. de rescind. uendi. sed per remedium proprium. d. l. si quis cum aliter. quãuis ipse contractus uenditionis ex officio iudicis rescindatur per remedium d. l. 2. & sic non efficitur bonæ fidei sed remanet stricti iuris. ut probat tex. in d. l. in bonæ fidei. ff. de eo quod certo loco. Quarto facit tex. in l. si stipulatus. §. Chrisogonus. infra eo. ubi licet ex numeratione ex causa mutui facta acquiratur actio alteri, tamen stipulatio ex illa met causa facta non acquiritur alteri, imo potius efficitur nulla. & sic ibi est stringens fundamentum, quod sequatur propriam naturam, quia stipulatio apposita ad confirmandum potius efficitur nulla qnam quod seruet naturam contractus contra suam propriã. Quinto facit lex unicã. C. de rei uxo. actio. ubi probatur, quod actio rei uxoriæ ex propria natura hẽbat multas qualitates, & primo in ea dabatur retentio propter mores, & propter res donatas, uel propter res amotas, uel ob liberos uel ob impensam, quæ tamen qualitates cessabant quando dos erat promissa per stipulationem. d. l. 1. §. maneat. cum seq. & in actione de dote lucrũ acquirebatur marito, secus si erat promissa ex stipulatione. item post annum fiebat ex actio, & annua bima trima die debebatur, & promissa per stipulationem in consequenti debebatur. d. l. 1. §. illo proculdubio. & in §. cumque, & in d. §. cumque refertur etiam differentia de fructibus & partũ, & multa alia similia ponuntur per totam legem, & sic apparet quod stipulatio retinet propriã naturam ẽt in materia fauorabili, & fuit opus quod Iustinianus expresse disponeret, quod actio ex stipulatu subrogata efficeretur bonæ fidei, alioquin etiã post subrogationum remaneret stricti iuris, & hæc sunt quæ faciunt in terminis huius articuli, reliqua uero quæ per Docto. allegã. & Ias. hic pertinent ad alios articulos & non ad istum. sed tamen tãtam repugnantiam inter se habere uidẽtur ut appareat manifeste quod non resoluuntur per aliquam ex prædictis distinctionib. ultra quod & oẽs prædictæ distinctiones per dicta in quolibet artic. cõfunduntur.

407 Quare † ad conciliandum dicta iura, oportet primo repetere distinctionem supra bis positam, an stipulatio apposita super contractu nominato constituat unicum contractum, uel quando constituantur duo cõtractus, de quo per Bar. in d. l. singularia. uer. assumamus, & alium casum addidi. per l. si stipuler. §. si. infra eo. & quia sæpius fuit dictum, nõ est opus repetere, item oportet cõsiderare quod aliquãdo stipulatio apponitur super toto contractu, aliquando super una particula, uel super aliquo actu extrinseco, & quando apponitur super toto contractu efficiuntur duo contractus regulariter, & dicitur uenire æque principaliter. quando uero fit de aliqua particula contractus tunc dicitur uenire accessorie pro executione illius particulæ. & propterea oportet ẽt præmittere, quod aliquando stipulatio apponitur æque principaliter, aliquando accessorie, quod exẽplificatur aliter quam diceret Ruy. ẽt quando apponitur super contractu, sed intellige quando apponitur super particula contractus, quia tunc remanet per se ualidus, & principaliter consideratus, & præstat cãm dicẽdi quod est subiecta materia super qua apponitur stipulatio. similiter ẽt inuestigandum est, qũo concordetur d. l. rõ. §. 1. de actio. emp. cum d. l. si stipulatus. de usur. & in hoc placet concordia quæ cõiter tenetur & ponitur ibi per gl. quod in d. l. si stipulatus. fuerunt duæ clausulæ expresse, una rem dari, & alia uacuam possessionẽ tradi, & propter unionem hẽt locum decisio illius tex. ut ibi clare dicitur, in fi. & in d. l. ratio. fuit expressa unica tantũ, licet uideatur dicere quod alia tacite subintelligitur. unde apparet, quod propter prægnãtiam uerborum in d. l. si stipulatus. ueniunt fructus in stipulatione, non quidem ex natura cõtractus, sed uirtute pacti quod põt ualere. l. lecta. §. fin. ff. si cer. peta. & quando sunt

uerba prægnantia inducitur illud tacitum pactum quod fructus & partus debeantur. adde etiam circa d.l. si stipulatus, quia aliqui uolunt, ut Viuianus ibi. quod in minima parte fieret solum stipulatio & in alia parte fuerint apposita super contractu emptio- quod est contra formā illius literæ, ideo dicas, quod in tota lege fuit apposita super contractu uenditionis, sed in prima parte simpliciter, ut nascatur uere actio, & tunc subdistingue, an dicta clausula fuit apposita uel non, ut statim dictum fuit, in secunda parte fuit facta nouatio, & nascatur sola actio ex stipulatu, sublato contractu tamen reguletur a contractu, cuius uirtus præsumitur durare, quoniam noluit ille uenditor nouare cū suo dāno, ut cogatur dare dominium rei, quia ipsa uenditio fuit causa stipulationis a qua semper solet regulari. In 3. parte stipulatio fuit facta ex interuallo, ut patet in illis uerbis ante interpositam stipulationem, & tunc seruat naturam suam in futuris & in præterito competit actio ex empto, quod nota.

408 Quibus sic stātibus † tu distinguas, aut apposita stipulatione inducitur unicus contractus, & tunc stipulatio omnino sequitur propriā naturam, per ea quæ diximus in aliis articulis, & probatur in terminis in d.l. si ita stipulatus. §. Chrisogonus, infra eo. & uidentur multi sentire in prædictis distinctionibus.

409 Si uero † contrahuntur duo contractus, tunc licet uideatur magis dubium, tamen fienda est regula contra doc. cōiter * quod stipulatio sequatur propriam naturam per d.l. unicam. C. de rei uxo. actio. quæ nimis clare loquitur in tot exemplis, ut d. §. fuerat. & d.l. rō. §. 1. & l. in bonæ fidei, non uiolando literam. de eo quod certo loco. & fortius procedit, qudāo fit super alia re, ut super pœna quæ semper petitur actione stricti iuris, licet millies apponatur cōtractui bonæ fidei. d.l. duo societatem. ff. pro socio. Fallit primo quando ex uerbis prægnantibus aliud constat. ut in d.l. si stipulatus, quia tacitum pactum includitur quod ueniant fructus, quam tamen limitationē intellige de naturalibus contractus, quia de substantialibus non ualeret. ut not. in d.l. cum quid. ff. si cer. pet. per l. cum precario. §. fin. ff. de precario. & est limitatio clarissima.

Secundo fallit, quando stipulatio apponitur super particula contractus, quia tunc semper regulatur secundum naturam contractus. per d.l. si stipulatus. §. 1. & est rō, quia tunc uenit accessorie ad ipsum contractum pro seruitio contractus, & ipse contractus ex subiecta materia stipulationis. unde ab ea regulari debet. l. si uno. ff. locati. quod procedit ēt facta nouatione, ut dicitur in d.l. si ita stipulatus. §. 1. per rōnem ibi positam. cum contractus iam esset principaliter consideratus, & hoc modo potest etiam declarari d.l. cum mota. C. de transac. & constitui alia limitatio ad articulum supra positum de stipulatione apposita super contractu innominato.

410 Tertio limitatur † procedere respectu causæ, nam stipulatio sine causa non ualet. l. 2. §. circa, cum gl. ff. de do. excep. & causam assumit a contractu per quā efficitur ualida, & propter causam ipsius contractus efficitur lucratiua uel onerosa. & ita procedit tex. in l. 5. §. conuentionales. infra eo. dum dicit, quod pendet a negotio contractus, quia stipulationis rem ipsam & causam a negotio assumunt sine quib. non ualeret, & per hanc rationem procedit d. gloss. in d.l. si quis cum aliter. infra eo. dum uoluit quod dolus dās causam contractui etiam afficiat stipulationē, quia si contractus est nullus, & causa remanet nulla, & per consequens stipulatio, quamuis posit dici ꝙ illa gl. nō sentit quod stipulatio annulletur ipso iure, sed solum per exceptionem.

Quarto limitatur non procedere quando stipulatio apponitur ad perficiendum contractum quoniā non potest perfici sine stipulatione. nam tunc stipulatio regulabitur ab illo actu, quia necessario ponitur et efficitur reuocabilis. l. 1. 2. & 3. ff. de donatio. caus. mor. ubi donatio causa mortis reuocatur quandocunque & tamen ipsa perficitur per stipulationē. l. Papinianus. & l. si stipulata. de donatio. inter uir. & uxo. & no. in l. absenti. de dona. & in l. 2. ff. de le. 1. unde stipulatio ibi efficitur reuocabilis, quia nō cōsideratur ut stipulatio, sed est contractus donationis qui perficitur per stipulationem quæ accessorie uenit. *

411 Quinto † limitatur nō procedere quantum ad conditiones cōtractus, & ꝙ posit opponi exceptio nō numeratæ pecuniæ per l. fi. C. de non nu. pecu. quæ procedit etiam in stipulatione apposita super chyrographo secundum docto. cui tamen obstare uidetur tex. insti. de literarum obligatione. §. 1. dum dicit, cessante. s. uerborum obligatione, ergo ea interueniente non procederet illa exceptio, & ita contrarium limitationis uidetur probare, sed tu teneas limitationem, & intellige ut ibi no. per gl. quæ uoluit ꝙ possit opponi exceptio. sed tamen post solutionem factam simpliciter, non faceret stipulatio quia donatio posset reuocari. per l. si unquam. C. de reuo. donatio. de quibus cōditionibus intelligatur d.l. fi. uideas Decium in l. si donatione. C. de collatio. nu. 26. & l. ex iis. C. de testa. milita. nu. 30. & l. si quis hæredum. C. de insti. & substi. nu. 6. & l. 2. §. mutuum nu. 37. & l. quod te. nu. 39. ff. si cer. pet. in quibus locis habes ēt declaratam hanc limitationem in stipulatione.

412 Et prædicta † uera sunt in actibus inter uiuos. in ultimis autem uoluntatibus dicas, quod stipulatio semper seruat naturam propriam quantum ad modum obligandi, licet Doct. aliter arbitrentur. nā primo producit actionē in uita testatoris, nascitur contractus in testamento, nascitur obligatio in uita, & aliquando fit traditio in uita, quæ omnia sunt cōtra naturam ultimæ uoluntatis. l. 1. ff. de testam. & §. 1. insti. de legatis. & l. a Titio. ff. de fur. sed quantū ad effectum obligationis retinet naturam ultimæ uoluntatis, quia efficitur reuocabilis sicut ultima uoluntas. d. l. fi. C. de pact. cum similib. & per Bart. in l. cum quis decedens. §. codicillis. ff. de leg. 3. & l. pen. ff. de solutio. Fallit tamen quando est coniectura quod uoluit facere actum inter uiuos, ut per Bar. in l. legatum. & l. Lucius. ff. de leg. 2. qui distinguit, an fiat sub commemoratione legati uel non, ut ibi per eum, iuncta l. nam ad ea. ff. de conditio. & demonstra. Ex quibus apparet, ꝙ nulla de prædictis distinctionibus fuit bona neq; recte determinauit hanc arduam quæstionē.

Quartus

413 Quartus † est articulus, quando stipulatio apponitur super actu perfecto seu per se existenti, & nõ dependenti a præsenti uoluntate cõtrahentium, quẽ Doct. immiscent cum præcedentibus, & male, quia habet diuersam rationem, & contrahentes stipulationem habent aliam intentionem quam in præcedẽti articulo, quoniam quãdo actus est iam perfectus, & a quacunque intrinseca causa dependens, contrahentes intendunt solum assecurationem quãdam nouam facere creditori, seu maiorem certiorationem de actu, & maxime quia plæraque exempla sunt de stipulationibus prætoriis quæ ex necessitate præstãtur, ut dicemus in §. Cato super 2. quæst. principali Bar. & ideo semper intendunt adhibere stipulationẽ accessorie deseruientem subiectæ materiæ, non autẽ recedere ab actu, ut dixi promittens moueatur plærunque ex necessitate, ut potius æque principaliter utrunque contractum facere præsumantur. vnde nõ sine ratione dixi separandum esse hunc articulum a præcedenti, & ideo.

414 Vigesimo † quæro quid operatur stipulatio apposita super actu perfecto extrinseco & ex se efficaci, in qua quæstione accommodantur quasi plæraq; iura allegata hic per doc. quæ sunt duodecim, quorũ decem probant quod stipulatio sequitur naturam actus cui apponitur, & pro ista parte primo facit tex. in l. 1. §. bellissime. supra ut lega. nomine cauea. ubi stipulatio fuit apposita de soluẽdo legato, & sic super actu extrinseco de se ualido, & tamen ipsa regulatur secundum naturam legatorum, ut hæres cõueniri possit ex ea uel fructus & usuras post morã, cum ex propria natura non tenebatur nisi post litis contestationem. l. uideamus. §. si actionem. supra de usur.

Secundo facit tex. in d. l. 1. §. sub cõditione, ubi stipulatio apppósita super legato conditionali quamuis ex ea conditionali spes sit debitum uiri, quæ transeat ad hæredes. §. ex conditionali. instit. eod. tamen ubi non transit ad hæredes legatarii sequendo naturam legati, ꝙ extincta conditione uel mortuo legatario ante conditionem non transit ad hæredes. Tertio facit tex. in l. si legati serui nomine. ff. de leg. 1. ubi similiter stipulatio apposita super legato efficitur inutilis sequendo naturam legati, quæ est ut hæres teneatur dare seruum legatũ talem qualis est, & sic stipulatio assumit naturam legati, etiam quod ipsa efficiatur inutilis. quarto facit tex. in l. si eum. §. qui iniuriarum. ff. si quis cautionibus. ubi si reus conuentus actione iniuriarum præstat cautionem de stando iuri, si moriatur actor ante litis cõtestationem, quia ipsa actio per mortem corruit etiam ipsa stipulatio, & sic stipulatio sui natura transitoria ad hæredes regulatur secundum naturam actionis cui apponitur.

Quinto facit tex. in l. cum quis decedens. §. 1. ff. de leg. 3. ubi grauatus per fideicommissum soluere legata, si scripsit se uelle soluere non tenetur, si ea fuerũt reuocata, & sic illa scriptura promissionis simplicis regulatur secundum naturam legatorum de quibus est facta.

Sexto facit text. in l. damni infecti quidam. ff. de dam. infec. ubi stipulatio de dãno infec. soluendo intelligitur solum de damno proueniente ex uitio operis, non de alio damno, quia natura cautionis de dãno infec. est ut præstetur tantũ propter uitiũ operis.

Septimo facit lex. 2. §. parui. ff. de priuile. cre. ubi debitore existente non soluendo præferuntur creditores qui habẽt actiones priuilegiatas, & ibi dicitur quod si stipulatio fuit facta de debito propter actionem funerariam, recipit eius priuilegia etiam facta nouatione, & sic regulatur secundum eius naturam.

Octauo facit tex. in l. 4. §. ex conuentione. ff. de re iud. ubi stipulatio posita super debito ex condemnatione habet priuilegium executionis sicut & sententia, & sic regulatur secundum eius naturam.

Nono facit quia stipulatio efficitur diuidua uel indiuidua propter rem quæ apponitur. l. stipulationes non diuiduntur. infra eo. ergo regulatur secundũ naturam rei.

Decimo facit regula generalis, quod uerba intelliguntur secundum subiectam materiam. l. si uno. ff. loca. et c. intelligentia. ex de uerb. signi.

415 Pro contraria parte † quod imo non reguletur, facit tex. in l. miles. §. decẽ. infra de re iud. ubi stipulatio apposita super sententia condemnatoria propter delictum serui in qua dominus obligatur ad æstimationem damni & hẽt facultatem dandi seruum pro noxa, tamen si promisit per stipulationem soluere alternatiue utrunque, obligatur ad utrunque cõtra naturam sententiæ. Secundo facit tex. in l. si minor 25. ann. ff. de mino. ubi facta nouatione de debito & sententia, perit natura sententiæ, & non potest amplius fieri executio, sed est necessarium quod de nouo fiat iudicium, ideo propter hoc damnum competit minori restitutio in integrum.

416 Pro resolutione † doc. posuerũt prædictas distinctiones, quæ ut ad sensum patet non sufficiunt, tu autem in hac quæstione facias regulam cõtrariam præcedentibus, & dicas quod stipulatio apposita super actu extrinseco & perfecto regulatur secundum naturam actus, per prima decem iura quæ eam concludenter probant, quæ regula procedit sine difficultate in stipulatione quæ apponitur super legatis & aliis similibus ex necessitate cogente iudice. d. §. bellissime. & d. §. sub conditione. & in d. l. si legati serui, & d. l. si eum. §. qui iniuriarum, & d. l. damni infecti quidam. in quibus ex necessitate præstatur fideiussio, ut per Azo. in summa infra de prætori. stipulationibus. & habetur in d. §. Cato. super 2. quæst. Bar. ubi etiam ego dixi, & ideo non est credendum quod reus uelit in plus teneri, neq; creditor aliquid remittere de eo quod sibi debetur, & succurritur promittenti qui ex necessitate actum facit. l. si fideiussor. §. si necessariũ. ff. qui satisd. cogan. no. per Bar. in l. aliam. ff. de nouatio. cum suis concordantibus.

Sed ampliatur etiam procedere quando actus est uoluntarius, tamen in casu quo possit cogi ex necessitate facere, quia eadẽ rõ est, & ita intelligitur d. l. si legati serui nomine. secundum alium intellectum. Item procedit quando stipulatio est penitus uoluntaria, per alia iura allegata, quoniam uidetur semper apposita accessorie animo assecurãdi & nouam cautelam faciendi, seu maiorem certitudinem, secundũ

modum prioris obligationis, & naturam actus, & cũ sit perfectus efficitur subiecta materia stipulationis, secũdum quam uerba debent interpretari. d. l. si uno ff. locati & c. intelligentia. de uerb. signi. cum simil. etiam quod sit facta nouatio in totum, quo casu stipulatio uidetur subrogata in locum prioris obligationis & seruat naturam ipsius, si priuilegium causæ erat concessum uel habeat executionem, d. l. 2. §. & parui. & d. l. 4. §. ex conditione.

417 Fallit primo † quando facta est nouatio plene ex uoluntate libera, & nulla sunt priuilegia causæ, quia tunc regulatur secundum naturam propriã. per tex. in l. si minor. ff. de minori. qui hoc modo cõcordatur cum tex. in d. l. 4. §. ex cõuentione. ff. de re iudi. & ibi sentit ẽt litera. Secundo fallit in iis quæ sunt de substantia stipulationis, ut quod ea non posit fieri nisi inter præsentes & unico contextu cum interrogatione præcedente & uerbali locutione, & quod ex ipsa nascatur actio ex stipulatu & certi condictio propria, & sit stricti iuris in substantia, oĩa. n. ista in quocũq; actu apponãtur semper remanẽt salua, & in eis retinet propriã naturã, de quibus sensit Dec. in d. c. 1. de iud. & ita restringẽdo bene dixit ĩ illa parte, quãuis ĩ alia parte nimis generaliter locutus fuit, ut sup.

418 Non obstat † lex miles. §. decem. ff. de re iu. quia secundum cõem intellectum, ibi facta fuerat nouatio per stipulationem, cũ fuerit facta promissio alio modo quam esset in obligatione, unde continetur in prima limitatione, & si stipulatio fuisset facta promittendo dare decem cum facultate dandi noxam, tũc sola decem fuissent in obligatione, & sequeretur naturã actus, sed ibi ideo euenit, quia ita placuit contrahentibus, & si per errorem aliter fuisset facta intelligeretur secundum naturam actus. d. l. si legati serui nomine. Secundo respondetur, ꝙ ille tex. nihil facit, ut dicebat Alex. hic, & refert Niger, quia ibi nõ dicitur quod post sñiam condemnationis promiserit soluere decem aut noxam dare, ut præsupponunt doc. sed ibi fuit quæstio sub nube de duobus casibus in diuersis personis, quia in uno euenerat quod erat condemnatus ad decem cum facultate dandi noxam, secundum quod mandant iura, alter uero non expectata sñia promiserat per stipulationem dare decẽ aut seruum pro noxa, fuit dubitatum utrum istæ obligationes essent æquales, & uidebatur dicendum quod sic, quia uidebatur esse idem effectus, tamen contrarium ibi determinatur, quia uerba in sñia alio modo concipiuntur ex natura illius iudicii, & solum condemnatur ad decem, quamuis a lege habeat facultatem dandi noxam, sed in stipulatione utrunque fuit deductum in obligatione alternatiue, & ideo utrunque alternatiue peti potest, quod probat tex. quia si uoluissent contrahentes poterant singula promittere, & de uno tantum obligare, ergo ẽt simul alternatiue potuerunt, sed iudex in sententia propter naturam iudicii non potuit condemnare nisi ad æstimationem damni, & ad eam solam condemnatum obligare, unde apparet quod obligationes sunt uariæ, & propter hanc causam habent diuersos effectus, & sic apparet quod in proposito qõnis nostræ nihil facit, & ex hac decisi. inferri põt resolutio, quid iuris esset quãdo post cõdẽnationẽ esset facta stipulatio, quia si esset cõcepta eo mõ quo erat sñia lata stipulatio haberet eãdem naturã, & sequeretur naturã actus, si uero esset facta alternatiue, retineret naturã propriam.

419 Ex quibus † habes resolutam totã quæstionẽ in qua doct. tam confuse locuti fuerunt, & oĩa simul colligẽdo potes constituere breuiter quatuor casus separatos. Et primus est casus, quãdo stipulatio apponitur super contractu innominato, & tunc si inducitur unicus contractus, stipulatio seruat in omnib. naturam propriam, & procedit doctrina Bar. in d. l. 2. ff. de cõdi. ob cãm, quod hodie nullus contractus innnominatus reperitur. Si uero inducuntur duo contractus, & tunc in quatuor qualitatibus similiter stipulatio seruat naturam propriam, & in spetie in illa qualitate quod non habeat locum pœnitentia & cesset condictio ob cãm. l. cũ precib. & l. emptionẽ. C. de re. permu. sed in illa qualitate quod soluendo interesse semper liberetur in obligõnibus dandi semper stipulatio regulatur a natura cõtractus. d. l. cũ mota. C. de trãs. secundũ ueriorẽ intellectum, & hoc casu doct. Bart. in d. l. 2. quod nõ reperiatur cõtractus innominatus, procedit in oĩbus excepta ista qualitate interesse.

420 Secundus est casus † quãdo stipulatio apponitur super pacto nudo, & tunc aut pactum apponitur iuxta contractũ, aut stipulatio apponitur super pacto. primo casu si pactum continet quid contrarium uel totum contrariũ, stipulatio regulatur ab eo, ut modificetur & reformetur, sed in eo quod remanet sequitur naturam propriã. d. l. lecta. ff. si cer. pet. si uero pactum continet quid diuersum & uestitur cohærentia cõtractus, & tũc stipulatio ampliatur per pactũ & pactum ampliatur per stipulationem. d. l. petens. C. de pac. si uero continet idẽ, & tunc semper est unicus cõtractus stipulationis. siue præcedat siue sequatur, ut per gl. in d. l. petens. & ideo semper stipulatio seruabit propriã naturam. Fallit quando inducitur constitutum, quia tunc seruatur natura utriusque. l. item illa. §. si. ff. de const. pecu. si uero pactum præcessit & stipulatio apponitur super pacto ut in casu l. si pacto quo pœnam. C. de pac. & tunc semper stipulatio seruat naturam suam, quia dicitur nouare illud, ẽt quod apponatur ex interuallo ex mẽte cõtrahentium propter ipsius debilitatem. unde seruatur quod supra dictum fuit ut remaneat stipulatio facta ex cã contenta in pacto, & ab ea reguletur, sed postea in reliquis seruet naturã propriã ut nascatur actio & efficax efficiatur. d. l. si pacto quo pœnã. C. de pact.

421 Tertius casus est † ubicunq; apponitur stipulatio super contractu noĩato efficaci, & tunc similiter si inducatur unicus contractus semper seruat naturã propriam, taliter quod efficitur nullus, nec ualidatur a contractu d. l. si ita stipulatus. §. Chrisogonus infra eo. Si uero sunt duo contractus, & tunc uterque seruat naturã propriam, & iõ regula erit, quod stipulatio seruat naturã propriam, licet cõtrarium dixerint doc. per illa quinq; iura. Fallit quãdo uerba sunt ualde prægnantia, ut præsumatur pactum de seruando naturã cõtractus. Secũdo fallit, quãdo apponitur super particula cõtractus, quia tũc regulatur secũdũ naturã cõtractus, & utraq; limitatio probatur in d.

l. si

l.si stipulatus.de usur. Tertio fallit respectu cāæ.l.5. §.conuentionales.inf.eo. Quarto fallit, quādo stipulatio apponitur ad perficiendū contractū, ut sine ea contractus induci non posſit, quia tunc non est stipulatio, sed ille cōtractus qui seruat naturā propriam, ut quandocūq; posſit reuocari.l.1.2.& 3.ff.de don. cau.mor. coniuncta l.Papinianus. §.si stipulata.ff.de usur. Fallit quinto quantum ad condōnes extrinsecas contractus.l.fi.C.de non nu.pec.& de exceptione illa dicas ut per gl.insti.de literarum obligatione. & hæc quando apponitur in actu inter uiuos, si uero apponitur in actu ultimæ uoluntatis, tunc quantū ad modū obligandi, seruat naturā propriā ut nascatur actio & obligatio, & transferratur dominiū in uita testatoris, sed quantū ad effectū obligationis, & an fiat reuocabilis, distinguitur ut per Bart. in l.legatū. & l.Lucius.ff.de le.2. an præsumetur mutare in actū inter uiuos, & sic habes 6.limitationem.

422 Quartus est casus † quando super actu iā perfecto stipulatio apponitur, & tunc regula est cōtraria præcedenti, ꝙ stipulatio sequitur naturā actus cui apponitur, siue apponatur ex necesſitate præcisa, seu cogitata, siue ex mera uoluntate, per illa decē iura. Fallit quando fuit facta nouatio plena, & non sunt priuilegia cāæ, & ex uoluntate.l.minor.25.annis.ff.de min. & no.in d.l.4.§.ex conuentione.ff.de re iud. Fallit in iis quæ sunt de substantia stipulationis. Fallit in casu d.l.miles.§.decē.secundum uarios intellectus. tamen secundum uerum intellectum nihil facit, ut dixi, & secundum communem inducitur ibi nouatio, & continetur sub prima limitatione.

Ex quibus simul congestis tu bene cognoscere potes quātū doct. imperfecte loquti fuere, & oēs necessario in multis male loquti fuere, ex eo quia uides ex regulis & limitationibus traditis quā uaria sit resolutio tradēda, & sub una regula & limitationibus nō pōt determinari, & habes ēt ꝙ illa uulgata regula, ꝙ stipulatio reguletur secūdū naturam actus, ad quā semper Doct. hic recurrunt, dicentes semper stipulatio regulatur secundum naturam actus, quā uarie procedit, & solum potest sustineri quando apponitur super actu efficaci iā perfecto, cum tunc illa plærunq; procedat paucis exceptis, ut stipulatio regule tur secundum naturam actus.

423 Potes ēt † breuius perstringendo totā materiā coniungere & in eā facere tres cōclu. generales. una est, ꝙ quando stipulatio apposita facit unicū contractū tantū semper seruat naturā propriā siue per nouationē uel alio modo, nisi contractus hēat aliqua priuilegia quæ remanent. Secunda est regula ēt generalis, ꝙ respectu cāæ semper stipulatio sequitur naturā actus, siue sit contractus innominatus, uel pactum nudum, uel contractus noīatus, uel alius actus, quia semper est cā stipulationis, & iō seruat naturā ipsius actus. Tertia est regula ēt generalis, ꝙ stipulatio semper retinet naturā propriā quantū ad actionē nascēdam, & ꝙ sit stricti iuris, & ꝙ requirat propriā formam sine qua esse non posſit, quoniam propter contractum appositū uel actū non potest fieri quod stipulatio sine sua forma fiat, in reliquis uero oportet distinguere inter prædictos quatuor casus, qui necessario sunt separandi, & dici ut in eis.

424 Vigesimoprimo † quæritur, quæ actio nascatur ex stipulatione. tex.insti.eo.in prin. dicit ꝙ duæ nascuntur actiōes ex stipulatu si incerta sit stipulatio, & certi condō si certa sit, & sequuntur cōiter * doc. sed in contrarium facit tex.in l.1.C.de rei ux. act. qui dicit oēs dotes per actionē ex stipulatu peti debere, & tamē dotes plærūq; sunt certæ.l.cū post.§.gener.ff.de iur.dot. ergo uidetur ꝙ unica tantū actio ex stipulatu nascatur, pro quo ēt facit, quia sola actio ex stipulatu habet nomen sui contractus, sicut actio ex uendito, locato, deposito, & cōmodato, & certi condō est actio generalis, & habet nomen generale prouueniens a certo, non aūt a contractu.l.certi condō.ff.si cer.pe. præterea si promittatur pœna quia semper ē certa.§.fi.inst.eo.& in tex. nostro. ibi, pœna certæ pecu.promissa, & tamē ad eā petendā cōpetit actio ex stipulatu.l.prædia.sup.de act.emp.l.si reus.ff.de eo per quē factū erit, & l.si pacto quo pœnā.C.de pac.

Ad prædicta contraria dantur duæ solōnes, una fatendo contrariū, ꝙ sola actio ex stipulatu descendat a stipulatiōe quæ datur ad incertū, & ēt datur ad certū, quoniā factū dationis certo mō pōt dici factū.l. in facto.ff.de cond.& demon.& no.in l.2.in prin.infra eo. & quāuis cōpetat condō certi illa non nascitur ex stipulatione sed est condō certi generalis quæ datur pro oī certo, ex quacūq; causa. d.l.certi cōdō. ff.si cer.pet. nec insti.eo.in prin. dicitur ꝙ certi condictio nascatur ex stipulatione, sed solū ꝙ proficiscitur, i. propter eam datur, idcirco tenent multi, ꝙ nūquā certi condō sit specialis, & nascatur ex contractu speciali, sed semper sit generalis, & datiua a lege, taliter ꝙ ēt ex contractu mutui non nascitur aliqua specialis actio, sed datur illa certi condō generalis, de qua in d.l.certi condō.ff.si cer. pet. quæ solō, licet in disputatione uideatur multum probabilis, tamen non est de mente iurium, neq; ēt est uera, quia est inconueniens ꝙ ex contractu mutui habente nomen a certitudine nulla certi condō specialis nascatur, sed solum per eā competat illa generalis, similiter est inconueniens ꝙ ex contractu stipulationis, qui fortior est oībus aliis & firmior ut denominetur a firmitate. d.§.1.insti.eo.& ꝙ ex eo non nascatur actio specialis, quando promittitur certū, cū plærūq; contingat ꝙ promittatur res certa, & eueniret in effectu ꝙ plærūq; ex stipulatione nulla specialis actio nasceretur, & competeret tantum illa generalis certi condictio, quæ uidetur innuere quod non sit contractus nominatus, & in aliis contractibus quādo cōpetit illa generalis nascuntur etiam speciales.

Et propterea tenenda est oīno alia opinio, ꝙ ex stipulatione nascatur illa certi condō specialis, & ꝙ ēt ex cōtractu mutui specialis certi condō nascatur. & text.insti.eo.in prin. uidetur dicere expresse, quia æqualiter dicit proficiscuntur duæ actiones, & cum sit vera natiuitas in actione ex stipulatu, eadem rōne debet esse & in certi condōne. arg.l.1.ff.de reb.dub. & l.iam hoc iure.ff.de uulg.& pup. Nec obst. contraria, quia respondetur ꝙ actio ex stipulatu capitur in genere & in specie, in genere cōprehendit sub se certi condictionē et actionē ex stipulatu, in spē differt

a certi condõne.arg.d.l.1.ff.de adop.& dum tex.ibi dixit, ex stipulatu, intellexit de ista in genere sumptá, i. ex stipulatione, & ita procedunt contraria, & quãdo capitur in spetie pro illa sola actione ex stipulatu differt a certi condõne. arg.d.l.1.ff.de adop.& plærũq; leges sub noie actionis ex stipulatu continent utranque actionem referrẽdo se ad stipulationẽ, & ultra prædictas duas actiones additur quod competunt duæ aliæ generales nã datur certi condictio generalis quæ cõcurrit cum certi cõdictione spãli & actio ex stipulatu, sicut datur ex l.Aquilia, & cõcurrit cum illa actione speciali, ut ex uendito, locato, & deposito.d.l. certi condictio. item ẽt competit generalis condictio incerti quæ concurrit cum actione ex stipulatu spãli, sicut etiam concurrit cum aliis actionibus aliorum cõtractuum ut no.in d.l.certi cõdictio.

Et ita habes, ꝙ certi condictio generalis est datiua non aũt natiua. ut plene probaui in rubr.in fi.q. ff.si cer.peta. & per ibi dicta suppleas resolutionem positam hic, quod ex contractu stipulationis compe tat certi condictio specialis, sicut ex mutuo, quoniã plenius hanc quæstionem ibi examinaui.

425 Vigesimo secundo † quæritur, qũo stipulatio efficiatur nulla seu irrita. Doc.hic uidẽtur adducere quatuor cãs.sed tu plenius dicas, quod stipulatio efficitur irrita ex sex causis, sicut ad eam ualidandã requiritur cõcursus sex causarum, & habilitas naturalis & ciuilis in unaquaq; ut cã efficiens, materialis, formalis, subiectiua, solemnitatis, & finalis, ut supra dixi. & statim repetã super l.1.& no.in l.nemo põt.ff.de le. 1.unde ubicunque est aliquis defectus in uno ex istis substantialibus stipulatio redditur nulla, & non põt bene considerari aliqua alia cã per quam efficiatur nulla stipulatio quæ non contineat defectum interuenientẽ in aliqua ex dictis sex causis, tamẽ ĩ hoc est differentia, quia nõ semper ex defectu illarũ cãrum annullatur stipulatio in totũ.nã quædã sunt in quib. defectus annullat ĩ totũ, & quædã sunt quæ annullãt ciuilem tantũ & naturalem, nam cã formalis & causa materialis in consensu annullat in totũ stipulationẽ, ut nec ẽt naturalis obligatio nascatur, aliæ uero annullãt de iure ciuili, sed nõ impeditur nasci obligõ naturalis.ut.l.1.ff.de nox.& in l.stipulatio ista.§.alteri.infra eo.& ẽt defectus ĩ subiecto aliquãdo, ut dicitur.inf.l.1. & plenius ĩ §.si quis ita, ubi ẽ locus suus.

426 Vigesimo tertio † uidendum est, quare hæc rub. hoc loco sit situata.gl.rubricæ dicit, supra uisum est de obligationibus in genere sequitur ut uideamus de obligationibus in spetie, & sequuntur cõiter doc. tamen contra eam facit, quia supra tractatum fuit plene de oĩbus spetiebus obligationum separatim, cum in d.l.1.in prin.per duas columnas dictum fuit de obligationib.ex contractibus qui re contrahuntur, oẽs enumerando, & postea in col.fi.dictum fuit qũo cõtrahatur obligatio uerbis, & in l.ex consensu.qũo cõtrahatur ex consensu. & in l. ex maleficiis qũo contrahatur ex maleficiis.& post princ. qũo cõtrahatur ex quasi maleficio & quasi contractu.& in l.non figura literarum, qũo contrahatur literis. & in oĩbus spetieb.tam plene posita fuit materia, quod in instõnib. factis pro eruditione iuuenũ non plus fuerit dictũ, & postea multa generalia de oĩb.obligõnib.& actionibus posita fuere, ut plenus uideatur tract.& de uer. oblig.in tribus locis dictum fuit, ut in d.l.1. col.fi.& in l.obligõnum substãtia.& in l.obligamur.§.uerbis. supra tit. 1. unde uidetur ꝙ superflua fuerit situatio hoc loco istius rub. uel si plenius de hac spetie uolebat dicere, conueniens erat ẽt ꝙ de aliis plenius diceret, sicut in simili factũ fuit de seruitutibus quia positus fuit tit.generalis, & postea sequũtur tit.spãles seruitutũ, & in usucapione positus fuit titu.generalis, & postea suppositi fuere alii tit.spãles usucapionũ, & in multis aliis similibus titulis factum fuit.

Ad hoc contrarium respon. doc.quod nõ erat hic necessariũ tractare de aliis spẽbus contractuũ quia de eis supra plene dictum fuerat, cum ante tract.de reb.cred.in digesto uet.esset dictũ, de quasi cõtractibus, & postea subiectus fuit tract.de reb.cred. ĩ quo dictum fuit diffuse de oĩbus spetieb. contractuũ qui re contrahũtur, & postea diffuse de oĩbus spetiebus contractuũ qui consensu contrahuntur, & ẽt de contractu matrimonii, & ẽt de donatio.dictum erat, unde solũ restabat uidere de obligõibus quæ uerbis cõtrahũtur, ut merito post tit.præce.generalẽ subsecutus fuerit tit.spãlis de contractib.qui uerbis cõtrahũtur per multas rub.tractãdo, & hæc est cõis declarõ.

Quæ tamen resolutio auget inconueniens, quoniã inducit aliud nouũ, ꝙ supra tractatũ fuerit de uariis generibus contractuũ, & antequã tractaretur de contractibus ĩ genere, postpositus fuit tit. generalis aliis spãlibus titulis trac.de spetieb.cõtractuũ, ꝙ est incõueniẽs & cõtra præceptũ gl.in l.1.ff.si cer.pet.uolẽtis ad cognitionem spẽrum debere præcedere cognitionẽ generis, & seruatũ fuit in d.tit.de seru. & in d. tit.de usuc.& in tit.de testa.cũ seq.& licet aliquando tit.generalis uideatur postponi, ut in illo tit. cõia de seruit.& tit.cõia utriusq; iudicii.respon.ꝙ ibi tractatur de cõione spẽrũ ĩ qualitatibus nõ aũt de cõione generica, quia quãdo tractatur, de ea sẽper dẽt præcedere cognitio generis, & in d.tit.sup.de act.& obl. tractatũ fuit de cognitiõe generica, quia positæ fuerũt diffinitiões & substãtiales differẽtiæ oĩum spẽrũ unde uidebatur uel quod tit.de act.& obl.poni deberet in ff.uet.& præcedere totũ illũ tract.de reb. cre. & cõtinere sub se oẽs spẽs & cũ aliis congregare ẽt istũ trac.stipulationũ, uel e cõtrario oẽs d.trac. spẽrũ cõtractuũ debuissent reseruari in hoc loco, & poni post tit.illũ generalẽ, & cõmiscere ẽt trac. nostrũ de stipul.sicut factũ fuit instit.de obl.cũ 20. tit. seq.

427 Pro resolutione † istius urgẽtis difficultatis, primo præsupponendũ est, ꝙ nõ uitiatur situatio rubricarũ quãuis ĩ alio loco cõmode potuisset poni, & sufficit ꝙ cũ rõne in uno loco fuisset situata, licet potuerit æquali rõne in alio loco poni & secũdũ uarias rõnes uario modo situantur, ut patet in C.de mili. test.ubi præcedit.& in ff.postponitur.& tit.de usuc.præcedit tit.de acquir.poss.in C.postponitur.facit tex.inst.de leg.in prin.& de usu.& habi.§.fi.& insti.per quas per so.nob.acqui.§.fi.quo stante respondetur, ꝙ licet bonũ fuisset ponere hunc tract.in ff.uet.& tit.de act.& obl.uel ẽt bonum fuisset reseruare oẽs tract. positos in ff.veteri, tamen ẽt bonũ fuit facere hunc ordinem

positum

positũ hic, ex eo quia oẽ ius nostrũ ad personas, res, & actionis pertinet, ut insti. de iur. na. §. fi. & de act. tract. ult. loco debet poni, ut ẽt seruatum fuit in inst. & si propositus fuisset non fuisset seruatus iste ordo, neq; rõ prædicta, & in ff. ueteri trac. fuit de illis con tractibus occasione iudiciorum, & quia ẽt cõtractus in quibus est creditũ, & fidem alterius sequimur, frequentius uersantur in iudiciis quando per se facti fuerũt, unde occasione iudiciorũ ibi cõmode dictũ fuit de contractibus qui re & consensu contrahuntur, & ante illum trac. de quasi contractibus itẽ ẽt cõmode supradictũ fuit de do. quia oportebat saparatim tract. de contractibus in quibus non sequimur fidẽ alterius, qui tractatus debuit poni post ult. uol. quia in eis sequimur fidẽ alterius, & cũ per oĩa prædicta fuisset d. de personis & de rebus, & ad cõplemẽtũ in tit. de acq. rer. dom. & de acq. poss. & usucap. erat ponendus ille 3. tract. de act. & obl. in quo generaliter dicitur de oĩbus obl. & act. unde ẽt de nouo plenius erat tractandũ de aliis contractibus, sed tamẽ quia stipulatio ex usu subrogata fuit loco oĩum contractuũ, taliter ꝙ hodie non reperitur contractus innoĩatus, ut dixit Bar. in d. l. 2. ff. de cond. ob cau. & ẽt hodie notarii semper apponunt stipulationem, ut propter cõsuetudinẽ præsumantur semper rogati apponere eã, ut dixit Bal. nouellus in prin. & confirmat Niger nu. 120. & sup. sæpius approbaui. itaq; oĩno stipulõ subrogata fuit loco oĩum cõtractuũ, & de ea tractãdo dicitur de oĩbus cõtractibus. hinc est ꝙ de stipulationibus in numeri libri cõpositi fuere, ut habetur in l. 2. §. septimus. C. de uete. iud. enucl. merito ponendo hunc trac. post tit. de obl. & act. dicitur generaliter ponere de oĩbus generibus cõtractuum, & sic est satisfactũ utriq; parti cũ ponendo prædicta genera in ff. ueteri satisfactum fuit naturæ iudiciorũ, hic uero ponendo trac. stipulõnis satisfactũ fuit tit. generali præce. de act. & obl. cũ sub noĩe stipulõnũ in effectu tractetur de oĩbus generibus cõtractuũ. arg. l. 5. §. conditionales. & l. in conuentionalibus. inf. eo. cũ suis concor. & sic apparet ꝙ tam situatio rub. quã ẽt tit. præce. dicitur esse recte facta, & summa est, illud bonũ fuisset, & hoc ẽt bonũ fuit & rõabile ꝙ sufficit.

428 Vltimo † ponunt hãc aliqui Doc. qõnem. hæc materia sit utilis, & hoc fuit actum ab illis qui pauca in hac rub. dixere, nimis se delicate exercendo, & parũ penetrando difficultates, cum tamen tam notoria est & euidens utilitas istius tractatus ꝙ uanũ est & insulsum ualde de hoc dubitare, & iõ si placet tibi hoc ẽt tangere uideas Rip. hic in fin. qui respondet quibusdam motiuis moderno. & tangitur per nouissimos in prin. Et hæc sufficiant pro generali cognitione terminorum. In xx. lectionibus expedita.

Io. Bolognetus Salerni legens & Messanæ repetita die 3. mensis Decembris. 1569.

S V M M A R I V M.

1  *HAEC lex uidetur esse extra propositam materiam posita.*

2 *Rubrica denotat ea quæ in nigro sunt dicenda.*

3 *Solutio communis quod stipulatio sit uerborum obligatio refertur & reprehenditur.*

4 *Stipulatio differt a uerborũ obligõe sicut cã a causato.*

5 *Quicquid est causa causæ est causa causati.*

6 *Stipulatio licet sit diuersa a uerborum obligatione tamen non est extra propositam materiam, quia est necessarium antecedens ad eam.*

7 *Modus agendi compilatorum quis fuerit declaratur.*

8 *Quem ordinem seruauerint compilatores in hac lege traditur.*

9 *Stipulatio habet sex requisita substantialia sicut cæteri actus ciuiles.*

10 *Habilitas causæ efficientis, triplex requiritur in stipulatione quæ ponitur in principio legis.*

11 *Solẽnitas in stipulatione requiritur quod fiat inter præsentes & unico contextu, q̃ ponitur in §. qui p̃sens.*

12 *Causa materialis in stipulatione consistit in cõsensu, quæ implicite ponitur per totam legem.*

13 *Causa formalis stipulationis consistit in interrogatione & congrua responsione.*

14 *Quadruplex requiritur congruentia in responsione, quæ a §. si quis ita, usque ad finem legis traditur.*

15 *Congruentia in responsione debet esse, in uerbis, in qualitate, in re ipsa, & in lingua, uel in sensu quando est diuersa lingua.*

16 *Quatuor igitur requisita ad stipulationem in hac lege declarantur, causa efficiens, materialis, solemnitatis, formalis.*

17 *Causa subiectiua stipulationis subijcitur in l. 2. cum quatuor sequentibus quæ multiplex est, & per eam causantur multæ diuisiones stipulationum.*

18 *Quinque substantialibus stipulationis subijcitur rescriptio iurisconsulti.*

19 *Sextum requisitum de causa finali traditur in l. stipulatio ista. §. si. infra eod.*

20 *Diuiditur & summatur per Bar. & doc.*

21 *Casus figuratur in duabus partibus.*

22 *Casus figuratur in tertia parte.*

23 *Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente, cum uocibus lingua figuratis, quia uoces sunt de forma cũ auditu & intellectu.*

24 *Formæ legis non possunt priuati renuntiare, neque alijs substantialibus.*

25 *Pactũ cõtra substãtialia cõtractus regulariter nõ ualet.*

26 *Lex cõstituit certos limites contractus qui præterire nõ possunt, sicut limites mari datur ne cõfundatur spẽs.*

27 *Negatiua præposita uerbo potest an tollat omnimodã potentiam, late discutitur referendo opiniones.*

28 *Opinio Alciati distinguentis refertur et reprehenditur.*

29 *Negatiua præposita uerbo potest de proprietate sermonis non tollit omnimodam potentiam, sed secundum subiectam materiam, uel alio modo hic posito.*

30 *Negatiua præposita uerbo potest quomodo inducit formam, nouiter declaratur.*

51 *Negatiua præposita in ijs quæ sunt de forma an tollat omnimodam potentiam.*

32 *Contrahentes an possint facere quod stipulatio ualeat sine uerbis, discutitur late.*

33 *Solemnitati introductæ, in fauorem suum possunt partes renuntiare.*

34 *Si non ualet stipulatio an partes teneantur eam obseruare declaratur.*

35 *Stipulatio an possit fieri per epistolas inuicem datas inter præsentes late discutitur, respōdendo adductis pro utraque parte.*

36 *Epistola licet sit loqutio quædam, tamen est improprie loquutio, & secundum quid. secundum doct.*

37 *Intellectus ad l. miles ad sororem. de leg. 2. secundum alias responsiones traditur.*

38 *Argumenta ꝙ stipulatio possit fieri per epistolam referũtur & eis respondetur.*

39 *Intellectus l. non figura literarum. de act. & obli. per uarias responsiones declaratur.*

40 *Mutus sciens scribere potest donare causa mortis.*

41 *Iniuria fit per literas, & quid sit condictio.*

42 *Stipulationem non posse fieri per epistolā concluditur.*

43 *Stipulatio an possit fieri per epistolam, quādo uerbaliter exprimitur uerbũ promittis ꝓmitto, late discutitur.*

44 *In stipulationibus sufficit primordium esse uerbale, et reliquum potest esse per interpretationem.*

45 *Surdi & muti sine uerbis & auditu possunt contrahere matrimonium.*

46 *Iuramentum nō potest facere ꝙ stipulatio sine uerbis ex sua forma ualeat.*

47 *Tres habilitates in contrahentibus stipulationem sunt necessaria.*

48 *Defectus uisus non impedit stipulationem si aliter se cognoscunt.*

49 *Cecus non iudicat de colore, tamen pōt facere stipulōnē.*

50 *Stipulatio potest fieri de nocte & sine luminaribus si se cognoscant.*

51 *Ex loqutione & ex auditione præsumitur intelligentia.*

52 *Ex præsentia præsumitur intelligentia quando negotiũ pertinet ad præsentes.*

53 *Ex præsentia non præsumatur intelligētia quando negotium non pertinet ad præsentes declaratur.*

54 *Noua traditur distinctio constituendo quinque casus, an ex præsentia præsumitur intelligentia.*

55 *In stipulatione ficta non requiruntur uerba.*

56 *Intellectus ad l. iis uerbis. ff. de adopt. an nascatur actio ex stipulatione ficta uel ex alia causa discutitur.*

57 *Communis intellectus, ꝙ nascatur actio ex stipulatione ficta tenetur & comprobatur.*

58 *Stipulatio an fingatur uel præsumatur in l. 1. C. de rei uxo. act. declaratur.*

59 *Stipulatio an præsumatur uel fingatur in l. cum de in rē uerso. ff. de usur. declaratur late.*

60 *Obligatio & actus perpetuus præsumitur ex cursu tanti temporis cuius initij memoria non extat.*

61 *Stipulatio fingitur quando iussus cauere procrastinando non dat seu prætor decernit actionem dari.*

62 *Stipulatio an fingatur in casu legis cum ostendimus. §. fi. ff. de fideiuss. tutor. late discutitur.*

63 *Ratio quare in d. l. cum ostendimus fingatur stipulatio inquiritur examinando quot qualitates requirantur.*

64 *Tria necessaria esse ad fingendā obligōnē cōiter tenetur.*

65 *Accusatus de aliquo crimine si nominauit fideiussores an fingatur stipulari, referuntur opiniones.*

66 *Præsentia cum calore iuditij an sufficiat ad præsumendā stipulationem discutitur.*

67 *Manumissio hodie fieri potest sine solennitate in præsentia iudicis.*

68 *Fundamenta ꝙ solo calore iudici fingatur stipulatio, referuntur, quibus tamen respondetur.*

69 *Intellectus uarij ad d. l. cũ ostēdimus. referũtur et discutiũtur.*

70 *Stipulatio hodie ex consuetudine cōficitur per notarios sine uerbis partium.*

71 *Consuetudo remittens solennitatem stipulationis ualet.*

72 *Stipulatio in regno Siciliæ & alij contractus fiunt inter absentes, & qui nunquam simul iunguntur, & notarius solus ualidat partes.*

73 *Patientia in iudicio an inducat stipulationem breuiter epilogatur.*

74 *Pactum nudum an uestiatur calore iudicij breuiter discutitur, & ordinatur.*

75 *Stipulatio fingitur fauore rei publicæ.*

76 *Stipulatio fingitur in l. si ita. ff. de oper. liber.*

77 *Stipulatio an fingatur quādo promittitur res sub pœna.*

78 *Stipulatio an fingatur quando quis dicit, scribo me tibi debere centum ex tali causa, uel in fisco.*

79 *Stipulatio fingitur quando consuetudo hoc inducit.*

80 *Stipulatio fingitur in augumento dotis.*

81 *Stipulō an fingatur quando ꝓmisisti te obligare ad decē.*

82 *Stipulatio uel uenditio, an fingatur quando promisit uendere fundum pro centum.*

83 *Stipulatio quando reperiatur sine uerbis.*

84 *Mutus stipulari non potest ex quacunq; causa naturali, uel accidentali loqui non posset.*

85 *In stipulatione non attenditur an sit impedimentum naturale uel accidentale.*

86 *Mutus tarde loquens stipulari potest.*

87 *Mutus non potest facere actus spirituales in quibus uerba pro forma requiruntur, qui hic enumerantur.*

88 *Mutus an possit esse testis, declaratur.*

89 *Corpore uitiati an possint celebrare missam.*

90 *Mutus an possit præstare authoritatem minoribus.*

91 *Mutus an possit esse testis.*

92 *Surdus non potest stipulari, siue naturaliter siue per accidens impediatur loqui.*

93 *Surdus & mutus ficte stipulari non possunt.*

94 *Surdus cũ clamore audiens sonũ tantũ uerborũ stipulari non pōt, secus si tarde uerbũ lingua figuratũ audiat.*

95 *Surdus aliquos casus spirituales facere non potest, qui requirunt auditum pro forma.*

96 *Infans stipulari non potest, & de ratione discutitur.*

97 *Infans sex annorum plus loquitur quàm decem senes.*

98 *Infans nescit loqui cum intelligentia negotiorum.*

99 *Fari est plusquā loqui, et demonstratur error Varronis.*

100 *Infans non habet intellectũ circa negotia naturaliter, et in intelligentia negotiorum æquiparatur furioso, et post septennium.*

101 *Pupillus non potest esse testis in iis quæ consistunt in subtili intelligentia negotiorum.*

102 *Nullus tex. dicit infantem fari, sed solum hoc iura dicunt de pupillis.*

103 *Infans in iocalibus hēre pōt intelligentiam et stipulari.*

104 *Infans surdus & mutus quomodo æquiparantur, discutitur & concluditur quod non.*

105 *Aequiparatio nō inducitur quando leges multa genera rerũ uel personarũ cōprehēdunt iu una dispositione.*

106 *Aequiparatio muti & surdi fieri potest ad infantē quādo habent defectum in intelligentia.*

107 *Muti & surdi etiam senes possunt petere restitutionem in integrum, quando sunt læsi.*

Absens

naturaliter, uel sufficiat quod ordo intellectus præcedat, declaratur.

171 Si notarius scribat stipulationem ordine peruerso sustinetur per ordinem intellectus, sed non illa quæ fit a contrahentibus.

172 Infans an possit stipulari rem suam saluam fore discutitur referendo opiniones.

173 Intellectus. l. si seruus. ff. rem pupil. sal. fo. inquiritur, & de ratione.

174 Consequentia non tenet, multa sunt introducta fauore pupillorũ, ergo & istud, sicut nec in dote & alijs priuilegiatis.

175 Iterum intellectus. d. l. si seruũ. substãtialius inquiritur, arguendo quod loquatur de proximo infantiæ.

176 Contraria argumẽta referuntur, quod imo loquatur de uero infante qui recte potest stipulari, quibus Respõ.

177 Infans dicitur qui est minor. 7. annis. & infantia durat usque ad septennium completum.

178 Infans naturaliter post quinque annos loqui potest, ut hoc ignorare infantiæ sit.

179 Infans an possit fari, id est cum intelligentia negotiorum loqui est dubitabile & late examinatur.

180 Nulla lex dicit quod infans loqui non potest, sed solum quod fari non potest.

181 Errauit Varro & alij qui dixerunt fari esse minusq; loqui, cum imo fari est solum cum intelligentia negotiorum loqui.

182 Nulla lex dicit infantem fari posse, solum iura hoc dicunt de pupillo.

183 Infans proximus infantiæ neq; ẽt proprie fari põt, sed dispensatio fuit utilitatis cã ut posse fari censeatur.

184 Intellectus. §. si pupillus. inst. de inuti. stipu. declaratur.

185 Resoluitur infantem nullo casu stipulari posse.

186 Absens per epistolam an possit stipulari dicitur & declaratur. l. ea quæ. ff. de dona. inter uir. & uxor. referendo uarios intellectus.

187 Opinio communis confirmatur, quod ibi præcessit stipulatio inter præsentes quando fuit facta numeratio.

188 Scriptura priuata non probat præsentiam partium.

189 Stipulatio per epistolam inter præsentes fieri nõ potest.

190 Intellectus ad l. primam. C. de contrah. stip. ponitur.

191 Per scripturam priuatam præsumitur solemnitas intrinseca stipulationis.

192 Præsentia partium non præsumitur ex scriptura priuata nec publica.

193 Surdus & mutus intelligẽs ad motum labiorum an possit stipulari.

194 Surdus & mutus simul an possit stipulari insulsum fuit dubitare.

195 Surdus tantum cum illa perspicatia, uel mutus tantum stipulari non possunt.

196 Surdus tarde exaudiens uerba articulata stipulari põt.

197 Surdus audiens sonum, & non uerba articulata, an possit stipulari referuntur opiniones.

198 Defenditur communis opinio, quod surdus audiens sonum tantum nec etiam cum signis stipulari potest, & Respondetur aductis pro opinione Bartoli.

199 Surdus qui sonum non audiat non reperitur in natura.

200 Auditus cum intelligentia sillabarum per organum aurium requiritur ad stipulationem.

201 Præsentia in stipulatione qualis reperiatur, & an existentes in turribus diuersis, stipulari possint.

202 Præsentia & absentia in iure secundum uarios fines uarie consideratur.

203 Stipulatio potest fieri de nocte sine luminaribus.

204 Audiẽtes diuina extra ecclesiã consequũtur indulgẽtiã.

205 Statutum puniens alloquentes moniali an incidat in pœnam si alloquatur ad fenestram.

206 Infans an cõprehendatur in remedio stipulãdi per seruũ posito in tex. & tradũtur tres expositiones ad text.

207 Tertia expositio comprobatur ut intelligatur siquis ex ijs uelit per se uel suum administratorem.

208 Infantibus & alijs sine eorum uoluntate & inuitis per seruum acquiritur.

209 Infans quomodo possit uelle scribere declaratur.

210 Concluditur quod iubebunt per se uel suum administratorem, secundum quod in alijs actibus permittitur.

211 Quæ qualitates debeant interuenire in contractibus, & qualiter breuiter epilogatur.

212 In testibus quæ requirantur etiam declaratur in probãda stipulatione.

213 Mutus & surdus furiosus & infans an æquiparentur, latissime discutitur, & quod æquiparentur multa aducuntur.

214 Econtrario quod imo non æquiparẽtur plura aducũtur.

215 Bartoli theorica refertur & examinatur.

216 Mutus & surdus nullo modo intelligentes æquiparantur infanti secundum omnes.

217 Mutus & surdus æquiparantur pupillis, si aliqualiter intelligunt, et si plene intelligunt, maioribus, secundũ Bar. qui tamen imperfecte loquitur.

218 Mutus & surdus & infans regulariter non æquiparantur tam in effectibus quam in actibus.

219 Aequiparatio istarum personarum solũ admitti potest quando carent intellectu.

220 Mutus & surdus infans & pupillus quomodo æquiparentur quando existunt in diuersis ætatibus.

221 Mutus & surdus minores 25. an. quando æquiparentur infanti uel pupillo uel adulto, nouiter declaratur.

222 Muti & surdi possunt haberi duplicem defectum unum naturalem in organo linguæ uel aurium & alium accidentalem in organis intellectus.

223 Mutus & surdus habentes omnes meatus occupatos æquiparantur infanti.

224 Mutus & surdus habens occupata aliqualiter organa intellectus æquiparatur pupillo.

225 Mutus & surdus non habens organa intellectus occupata an æquiparentur pupillis, late discutitur, referendo argumenta uaria.

226 Muti & surdi possunt contrahere matrimonium, testari, delinquere in ommittendo, & donare, quæ nõ possunt pupilli.

227 Doctores in hac distinctione fuere diminuti, & ommisere hunc casum, quando non habent organa intellectus occupata, tamen subijciuntur exceptionibus.

228 Muti & surdi non habentes organum intellectus occupatum debent æquiparari adultis, quia per defectum auditus uel loquelæ non perfecte intelligunt.

229 Tertius iste casus ommissus quõ procedat declaratur.

230 Mutus et surdus regulariter æquiparantur adultis, sed si habent plenissimam intelligentiam, æquiparantur maioribus, quod tamen raro contingit.

Lex

Lex Prima. ff. De uerborum oblig.



SEQVITVR lex prima, in qua tractatur de stipulatione, quo concipi debeat, & quæ ad eius ualiditatem ne-
1 cessaria sunt. † ipsa tamen uidetur esse extra propositam materiam, nam cum Rub. designare soleat quod in nigro
2 dicitur, ut no. in l. 1. ff. si cer. pe. & hic ponatur † Rub. ff. de uerb. obli. per eam designari debet tractatus de ipsa obligatione uerborum, & cu in ea tractetur de stipulatione tanquam rem diuersam cotinens, extra propositum posita esse uidetur.

3 Hoc contrarium † sentiunt omnes docto. hic, & in Rub. tollere curauerunt, dicedo quod stipulatio post quam est inesse deducta dicitur esse uerborum obligatio, unde tractando de stipulatione, dicitur tractare de uer. oblig. & facit lex obligamur. §. uerbis. supra tit. 1. ubi uerbis obligamur quando præcedit interrogatio & responsio, & ponuntur quasi eade uerba quæ in hac lege referutur, quam solutionem nos in Rub. reprobauimus, ex eo quia falsum est quod stipulatio & uerborum obligatio sint idem, item falsum est quod in principio istius legis tractetur de stipulatione prout est inesse deducta.

4 Nam † uerborum obligatio est ius proueniens a stipulatione, & dicitur causatum, & stipulatio causa & probatur inst. de obliga. §. pen. & l. 1. supra titu. 1. & §. 1. inst. de obligatio. quæ ex delicto nascuntur. ubi dicitur, quod obligationes nascuntur ex contractibus, & cum stipulatio sit contractus ut supra probatum fuit, uerborum obligatio ex ea descendit, ut expresse dicut d. iura. nec obst. d. lex obligamur. §. uerbis, quoniā non metaliter cocordat, cu si stipulatio ex interrogatione & responsione contrahatur, eadem ratione & obligatio ex ea descendens dicitur ex interro-
5 gatione & responsione contrahi. † Quia quicquid est causa causæ est causa causati. l. manumissiones quoq;. de iust. & iure. similiter, ut dixi, no est uerum quod hic tractetur de stipulatione prout est in esse deducta, quia demonstrantur modi quo ipsa concipi debeat, qui interueniunt donec est in fieri, ut patet in tota lege a principio usque ad finem. non autem dicitur de ea prout est facta, sed eam inesse deductā diffiniuit Pomponius in. l. 5. §. stipulatio. infra eo. dicedo quod est uerborum conceptio, quæ denotant perfectionem, ideo est totum contrarium eius quod ipsi uoluerunt.

6 Ideo tu † aliter soluas contrarium, ut etiam dixi in d. Rub. fatendo quod stipulatio & uerborum obligatio sunt diuersa, quia differunt tanquam causa a causato, tamen per hoc non est extra propositam materiam, imo ualde adhærens materiæ Rub. ex eo quia uerborum obligatio non potest neque induci in rerum natura, neque aliquos effectus producere, nisi stipulatio ipsa sit ualida & cum omnibus suis requisitis concepta, & dicitur esse necessarium antecedens ad ipsam obligationem sine quo materia ipsa intelligi non posset, unde cum ratione compilatores uolentes tradere plenam cognitionem uerborum obligationis præposuerunt istam legem primam cum multis sequentibus declarando ipsam materiam stipulationis, & quæ sint necessaria ad eam concipiendam, & efficacem constituendam.

Et si dicatur quare non fuit formata Rub. de stipulationibus sicut in plærisque contractibus factum fuit, dictum fuit supra in principio Rubr. quia postquam compilatores tractauerant de personis, & de rebus, debebant tractare de actionibus, ideo posuerunt generalem Rub. de actionibus, & obligationibus, & cum postea uerborum obligatio & actio ex ea descendens requireret altiorem indaginem, cum esset subrogata loco omnium cotractuum, & in plærisque negotiis usitata, spetialis Rub. de ea constituēda erat, ut conueniret præcedentibus, tamen quia plene postea tractari non poterat de ipsa uerborum obligatione sine præcognitione stipulationis. ideo in nigro posuit plærasque leges de stipulatione loquentes, propterea Iustinianus in l. 2. §. septimus. C. de ueteri iur. enucleand. dixit quod in hoc articulo tractatur de stipulationibus seu uerborum obligatiouibus quia mixtim de utrisque tractatur.

7 Est igitur † modus agendi compilatorum, & authoris legis nostræ tractare in ea de ipsa stipulatione, quomodo concipiatur, & quæ sint necessaria ad eā perficiendam, quoniam est necessarium antecedens ad præcognitionem uerborum obligationis, de qua Rub. formata fuit.

8 Quo stante † succedit postea alia præuia inspectio, quem ordinem seruauerint tam compilatores quam author legis nostræ in declarando ipsam stipulationem. in quo tu dicas, quod cum ipsi cognouissent ad
9 substantiam stipulationis † sex substantialia requiri, sicut in cæteris actibus ciuilibus ut dicemus in. l. sciēdum. infra eodem, scilicet causa efficiens, causa materialis, causa formalis, causa subiectiua, causa solemnitatis, & causa finalis. de istis omnibus qualiter in stipulatione interuenire deberēt tradendum erat. unde hoc etiam in hac lege ipsi seruauerunt.

10 Et primo † de causa efficiente in principio legis posuerunt, quæ consistit in contrahentibus, & in habilitate eorum, nam contrahentes ipsi faciunt stipulationem, & habere debent habilitatem ciuilem & naturalem, habilitas ciuilis consistit in iure stipulandi concesso a lege, de quo habetur institu. de stipulatione seruorum, in principio. habilitas autem naturalis consistit in tribus, ut habeant habilitatem loquendi, item habilitatem audiendi, atque etiam intelligendi, & si unum ex istis deficiat, stipulatio concipi non potest tanquam deficiente causa efficiente, ideo omnes illæ personæ quæ carent una ex istis habilitatibus stipulationes facere non possunt, unde mutus qui non potest loqui, surdus qui non potest audire, atque absens & infans qui non potest intelligere, stipulandi facultatem non habent, nisi per interpositam personam.

11 Et cum hoc † tradidisset author legis, cognoscens quod in stipulatione sicut in aliis actib. ciuilib. requiritur solẽnitas, seu causa solẽnitatis. de ea tractauit. in §. 1. statim subiiciendo illum, dicẽs quod pro solẽnitate stipulationis requiritur quod interueniat præsentia, ut per aures proprias audire se possint & intelligere, atque etiam quod unico contextu fiat, & continuus dicatur actus. l. continuus infra eod.
12 † in quib. duobus implicatur & tertium requisitum scilicet causa materialis quæ consistit in consensu, nam ex istis præsuppositis implicite determinatur, quod ipsi contrahentes debent inuicem consentire in iis quæ per uerba exprimunt, & facere contractũ l. 1. supra de pact. coniũcto. §. adeo. dũ dicitur quod & sine consensu stipulatio nulla est, cõsensus autem est materia omnium cõtractuum consistens in genere, ut dixi in Rubrica super diffinitione.

13 Postea † cognoscens author legis & compilatores quod forma dat esse rei. l. Iulianus. §. sed et si. ff. ad exhibendum. & per formam unus contractus distinguitur ab alio, ideo postea subiecerũt qualis debeat esse forma stipulationis, quam declarauerunt usque ad finem legis, & dixerunt pro forma requiri quod præcedat interrogatio uerbalis & sequatur cõgrua responsio.

14 Et quoniam † congruentia omnimoda requiritur, eã per quatuor paragraphos qualis debeat esse
15 declarauerunt, dicendo quod † pro forma stipulationis requiritur responsio congrua in uerbis, ut sicut interrogatio debet esse uerbalis, ita et responsio debet esse uerbalis, & solus consensus sine uerbis nõ posset facere stipulationẽ, quia non diceretur congrua responsio in eius prolatione, ut habetur in. §. si quis ita. secũda debet esse cõgruentia in qualitate, ut cum illa qualitate cũ qua fit interrogatio cũ illa fiat responsio. ut si interrogatur pure respondeatur pure & si sub cõditione uel in diem respõdeatur sub cõditione uel in diem. & ideo si interrogatio est pura & responsio conditionalis, uel è contrario, stipulatio non ualet, ut dicitur in. §. si quis simpliciter cũ uers. cum adiicitur declarando ut ibi.

Tertio requiritur congruentia, circa rẽ deductã, ut si interrogatio fiat de una re de eadẽ fiat responsio, & si interrogatus de una re respondeat de alia re stipulatio non ualet, quia non est congrua responsio. ut subiicitur in. §. si stipulante, & in. §. sed si mihi. Quarta quoque debet interuenire congruentia circa linguam seu identitatem uerborum. nam antiquitus erat necessarium respõdere per eadẽmet uerba directa ut insti. eod. in prin. qua sublata tempore Iustiniani remansit ut respondeatur saltem per uerbum habens significationem denotantẽ congruã responsionem, & quod liceat diuersa lingua respondere, tamen quod habeant sensum congruentem, & quod contrahentes se inuicem intelligant per se uel saltem per interpretem, de qua congruentia habe-
16 tur in. §. fi. istius legis, taliter † quod in effectu author legis & compilatores docte & ornate tradiderunt quatuor substantialia requisita ad stipulationem, ut causam efficientem, causam solemnitatis, causam materialem, & causam formalem.

17 Et cum † adhuc cognoscerent necessariã esse causam subiectiuam, quæ consistit in eo quod promittitur in stipulatione & ualde longam requirat indaginem, de ea tractauerunt in. l. 2. unde dixerunt, quod causa subiectiua stipulationis est ut aliquid detur uel fiat, & ideo stipulatio consistit in dando aut faciendo, & postea in. §. sequenti addiderunt quod potest promitti res in spetie uel in genere, item quod potest promitti res diuidua uel indiuidua propter quam causam subiectiuã causatur alia diuisio, quod stipulationum quædam sunt diuiduæ & quædam indiuiduæ, de quo dicitur in uerbo, & harum. uerum quia hæc causa uariatur inter hæredes, & principales, de ea dicitur, & ponuntur exempla in §. item si in facto, per totam legem, cum sequenti. & quoniã quoq; in hac causa subiectiua subiicitur pœna, quæ uariatur inter stipulationes diuiduas uel indiuiduas, & inter principales & hæredes, de ea tractatur in l. 4. §. Cato. infra eod. item etiam quia hæc causa subiectiua potest esse iudicialis & extra iudicialis, per quã uariantur stipulationes subiicitur in l. 5. in principio. de alia diuisione stipulationum, quod quædam sunt prætoriæ, iudiciales, & conuentionales, & ita per ordinem compleuit hoc quintum requisitum de causa subiectiua.

18 Propterea postea † istis prænarratis, ut cum breuioribus uerbis quæ requirerentur ad stipulationem intelligerentur, subiecerunt compilatores descriptionem stipulationis traditam à Pomponio, quæ cognitis prænarratis dedit quoque cognitionem facilem de tota stipulatione, & eius substantia & ualiditate, ut appareret quæ essent necessaria ad introducendam uerborum obligationem.

19 De qua † postea tractauerunt per uaria accidentia usque ad l. stipulatio ista. §. alteri. ubi subiecerunt sextum requisitum consistẽs in causa finali, ut quod unusquisque deberet stipulari id quod sua interest, atque si hoc non interueniret, stipulatio esset nulla, subiiciendo postea plæraque contingentia in utraque materia.

20 In præsentiarum † autem uidendum est de habilitate causæ efficientis, quæ ponitur in principio legis primæ, quod diuiditur in tres partes, pro ut tria separata ponit, nam in prima parte ponit tria necessaria ad habilitatem contrahentium, scilicet loquelã, auditum, & intellectum. in secunda infert ad personas quæ stipulari non possunt, quoniam deficiunt in una ex illis habilitatibus. in tertia docet modum quõ personæ non habentes illorum habilitates possint stipulari dicendo ꝙ hoc faciunt per certas personas interpositas, secunda est ibi & ideo, tertia est ibi si quis igitur.

Summatur secundum Bart. stipulatio non potest confici nisi utroque loquente & sermonis efficaciam intelligente. in quo Bartol. apparet quod addidit ultra authorem, uerbum sermonis efficaciam intelligente, quam subauditionem fecit Bartol. quia surdus potest loqui, & infans, & absens, & tamen non possunt facere stipulationem ex eo quia uel non audiunt, uel non intelligunt efficaciam sermonis, & alterius loquentis

Docto.

auditionem dicunt fuisse superfluam, ex eo quia in tex. mentaliter subintelligitur, dum dicit quod debent se inuicem exaudire, l. 2. in fi. supra titulo primo. & cum ibi prædixerit etiã hoc in hoc text. uidetur repetitum, sed tu dicas quod Bar. propter hoc non meretur reprehendi, neque etiam debet summarium superfluum reputari, quoniam ipse non ignorauit Iurisconsultum habuisse hanc intentionem, & tacite inclusiue, sed ipse uoluit uerbis expresſis hoc demonstrare, ut facilius legentes intelligerent paucis uerbis habilitatem requisitam in ipsis contrahentibus, non enim fuisset tã temerarius ut uoluisset ipse supplere Iurisconsult. quasi nesciuerit declarare mentem suam, sed tantummodo hoc fecit ut breuibus uerbis expresſis tota hæc habilitas cognosceretur, solum autẽ potest dici quod fuit defectiuũ non summando duas partes nisi primam partem, unde tu plenius potes summare & dicere, ad conficiendum actualem stipulationem ualidam opportet quod contrahentes habeant habilitatem loquendi, audiendi, & se inuicem intelligendi, ideo inhabiles ad eas stipulari non possunt nisi per interpositam personam, cum modis hic traditis.

21 Casus ita† breuiter fingi potest. Fuit quæsitum ab Vlpiano an mutus & surdus infans & absentes stipulari posſint, & ratio dubitandi erat & uidebatur dicendum quod sic, & de muto uidebatur tex. in cap. tuæ, & cap. cum apud. extra de sponsalibus, & matrimoniis. nam in cap. tuæ dicitur, ꝙ ecclesia uoluit quod in matrimonio requirantur uerba, tamen dispensatur in muto & surdo ut posſint contrahere matrimonium sine uerbis, & in capi. cum apud. hoc expresſius determinatur, per rationem, quia licet non posſint uerbis exprimere intentionem, signis tamen exprimere possunt, & sic apparet quod in muto dispensatum fuit ut actum requirentẽ uerba conficere posſit, ergo idẽ uidebatur procedere generaliter in stipulatione. & de surdo quod ipse posſit stipulari faciebant dicta duo iura per rationem suam, quia licet in matrimonio requiratur auditus, tamen dispensatum fuit ut sufficiat signis demonstrare intentionem, & faciebat etiam ratio, quin ipse potest loqui omnino & etiam audire saltem per clamorem quoniam nullus est surdus quin per clamorem altum audire posſit. ut habetur in l. j. §. fi. supra titu. primo. & de infante quod posſit stipulari facit, quia alia negotia gerere potest & acquirere possessionem. l. donatarum. C. de acquir. possess. & no. in l. si infanti. C. de iur. delib. & de absente, quod posset stipulari, faciebat tex. in l. Lutius. infra de fideiussoribus. ubi fideiusſio inter absentes fieri potest quæ tamen stipulationem requirit. l. blanditus. C. de fideiussori. & idem dicitur in l. optimam. C. de contrahen. & committ. stipula. ubi personæ egregiæ & mulieres ratione pudicitiæ absentes possunt stipulari, & generaliter postea quod per dictas personas posset fieri stipulatio faciebat tex. in l. omnes, C. de contrahen. & commi. stipulatio. ubi reiecta solemnitate uerborũ permittitur quibuscunq; uerbis stipulari, ut signis quoq; permitteretur. iux. l. certũ. ff. si cer. pet. & l. singularia. eo. tit. Item faciebat tex. in l. j. C. de rei uxoriæ actione, ubi stipulatio inter absentes omnino fieri potest & sine uerbis. l. 1. §. 1. & l. cum ostendimus. §. fi. de fideiuss. tutorum. atq; faciebat tex. in l. Paulus. ff. rem ratam haberi. ubi stipulationẽ ab alio factam potest quis solo actu ratificare, ergo eodẽ modo & ipsam stipulationem solo actu facere poterat. Item faciebat tex. in l. non figura literarum. supra tit. 1. in fi. dum dicitur quod tantum inducitur per orationem quam exprimunt literæ quantum uocibus lingua figuratis exprimeretur. ergo ualet stipulatio quomodocunque intentio contrahentium exprimatur, sicut si uocibus lingua figuratis exprimeretur.

Iis tamen non obstantibus contrarium fuit determinatũ in tex. nostro, quod imo prædicti quatuor stipulationem facere non posſint, & ratio decidendi ponitur in principio, quia de essentia stipulationis est quod in cõtrahentibus interueniat triplex habilitas cum actu subsequenti, uidelicet habilitas loquendi, & ipsa locutio, habilitas audiendi & ipsa auditio, & habilitas intelligendi & ipsa intelligentia. & qui carent una ex istis habilitatibus non posſit facere stipulationem. Vnde cum mutus non posſit loqui, & surdus non posſit audire neque absens, & infans non posſit intelligere, sequitur quod ipsi stipulationem contrahere non possunt.

Non obstãt contraria, & primo tex. in d. capit. tuæ. & d. cap. cum apud, quia loquuntur in matrimonio, quod ad sui essentiã contentatur de solo consensu etiã sine uerbis. l. nuptias. de regu. iur. & licet ecclesia mandauerit ut uoluntas etiam uerbis exprimeretur. iux. tex. in l. 2. & 4. ff. de sponsalib. & matrimoni. propter maiorem certitudinẽ uoluntatis, tamen non disposuit quod ad assentiã matrimonii necessario requirãtur uerba, ideo eis deficientibus (si aliis modis apparet de consensu) inducitur matrimonium, maxime in iis qui non possunt illa proferre, sed in stipulatione pro substantia requiritur quod interueniant uerba, & sine eis nunquam fieri potest, ideo dispensatio nulla uidetur esse adhibita, & per consequens nullo modo mutus poterit stipulari, non obstat de surdo, quia eod. modo respondetur ad dictũ ca. tuæ, & cap. cũ hac. & ad legẽ 1. in fi. sup. tit. 1. in fi. dr̃ ꝙ loquitur in surdastro qui clamãdo põt intelligere uerba alterius. sed uerus surdus licet per clamorẽ audiat quẽdã sonũ, tñ uerba cũ explicatione literarũ audire no põt, & ꝓpterea generaliter stipulationẽ facere nõ põt, secus aũt eẽt ĩ surdastro.

Non obst. ꝙ infans intelligat & aliqua negotia gerat, quia intelligĩ de læuibus & quæ nõ reqrũt formã uerborũ. nã ea potest perficere, sed stipulationẽ quæ requirit pro forma expresſionem uerborum & intelligentiam plenam de actu qui geritur facere nõ potest, maxime quia præsumptione legis infans fari nõ potest, prout infert nomen infantis in sua etymologia, ut infra declarabitur.

Non obstãt iura de absente, qa tex. in l. Lutius. nõ probat, quoniam ibi fideiusſio per epistolã nõ

fuit inducta sed tm̃modo extitit mandatũ,&mã-datum inter absentes fieri potest,de quibus mandatoribus loquitur ille titulus.ut patet in rub. de fideiusso.& mandatoribus.Non obstat.l.optimã. quia illa non dicit quod inter absentes possit fieri stipulatio,cum ibi fiat inter præsentes, scilicet per seruum & procuratorem,& hoc non prohibetur, prout etiã dicit tex.noster hic in 3. parte. qui generaliter uoluit omnes dictos inhabiles per seruum uel aliã personã habilem interpositam stipulari posse.non obstat lex omnes.cõiuncta lege certum,quia requirit omnimodo uerba,& non sufficit digitus,& in stipulatione est necessariũ. quod intentio uerbis claris demonstretur.non obstat l. prima.C.de rei uxoriæ actione. & l.cum ostendimus.§.fi.quia loquuntur de stipulatione ficta,quã lex fingit fieri sine uerbis, quia & uerba interuenisse quoque fingit,nos loquimur in stipulatione uera quæ sine uerbis per contrahentes fieri nõ potest,Non obstat lex Paulus.quia ibi agitur de ratificatione quæ solo consensu fieri potest,nos loquimur in stipulatione quæ uerba ad sui essentiam requirit.Non obstat lex non figura literarum. supr. tit.primo. quia loquitur de contractu literarum secundum communem intellectum, & nos in stipulatione, uel saltem loquitur in aliis actibus in quibus non requiruntur uerba,cum ille generaliter loquatur de omnibus contractibus, & intelligitur de cæteris contractibus.

22 Quare remanet†quod mutus, surdus,infans,& absentes per se stipulari non possunt,sed tunc postea instat, utrũ ipsis aliquo modo sit succursum, ut possint stipulari saltem per alias personas, & uidebatur dicendum quod non, quia qui nõ potest per se nec etiam potest per alium, cum fictio non cadat super impossibili.ut no.in l. qui ad certum.ff.loc.& facit lex oratio.ff.de sponsalibus. & le.si communis seruus.ff.de donatio.inter uirum, & uxorem.ubi maritus qui prohibetur per se donare uxori prohibetur etiam & per seruum. Iis tamen non obstantibus aliter determinatur in hoc tex.quod iure istis personis succursum sit ut stipulari possint per seruum proprium,procuratorem, uel aliam legitimam personam, & si uolunt obligari iubeant istis personis qui promittant, & ex eorum promissione erunt quod iussu obligati, & ratio decidendi est, quia ad ualiditatem stipulationis sufffcit quod interueniat naturalis locutio & præsentia eorum qui naturaliter faciunt cõtractũ,ut adimpleatur forma stipulationis,qua interueniẽte ius ex stipulatione potest acquiri aliis etiam inhabilibus, & seruus ex persona domini acquirit ius stipulandi & promittendi.ut insti.de stipulatione seruorum.in princ.

Non obstant allegata in contrarium, & primo quod qui non potest per se neque potest per aliũ, quia illud procedit quando causæ impedimenti etiam militant in alio.ut in l.si seruus communis. ff.de stipul.seruo.nam affectio maritalis ita militat in seruo mariti promittente sicut in ipso marito.secus ubicunque causa impedimenti cessat in persona alterius, quia tunc qui non potest per se potest per alium per quem cessat causa impedimenti, sed cum seruus stipulans nomine domini loquatur & audiat adhibet solemnitatem requisitam ad stipulationem & propter eius personam cessat impedimentum in forma stipulationis, & cum ipsa sit completa postea per eius personam acquiritur omne ius rei in stipulatu deductæ ipsis personis inhabilibus. Non obstat quod fictio non cadit super impossibili,quia istæ personæ inhabiles non finguntur stipulari, sed per stipulationem cum suis requisitis factam a personis legitimis acquirunt ius in ea deductum, hic est casus in toto hoc principio.

23 Notandum est†ex isto tex.quod dictum fuit in summario,quod stipulatio non potest concipi nisi utroque loquente & exaudiente naturaliter, & in consequentiam quod sine uerbali locutione stipulatio fieri non potest,in tantum quod ampliatur procedere etiam quod interueniant signa expressa,& coniecturæ claræ de uoluntate contrahẽtium,quia sine uerbis talis uoluntas nullius est efficaciæ,ut probatur in §.si quis ita. infra eodem, & rationem assignat,quia negatiua præposita uerbo(potest) tollit omnimodam potentiam & demonstrat illud requisitum esse de forma, ut per glo.in cap.primo.de reg.iur. in 6. & habetur per docto.& Ias.in l.Gallus.sup.de lib.& posthum. & in l.nemo potest.supra de legat.primo.quod non habet difficultatem in ipsa stipulatione, quia de ea sunt uerba multum clara,ut in §. si quis ita, & quod dicitur(uerba esse de forma)intelligi debet ut non sufficiant ipsa nisi interueniat etiam auditus utriusque & intelligentia plena,ut potius cõceptio uerborum uideatur esse de forma cum interrogatione & responsione quam ipsa uerba, &

24 cum † sint de forma, sequitur quod non possunt partes renuntiare, neque facere quod stipulatio ualeat sine dicta prolatione uerborum, quoniam nedum partes non possunt renuntiare formæ, sed nec etiam alicui ex aliis substãtialibus requisitis.

25 Et ideo pactum contra† substantiam cõtractus generaliter non ualet.l.cum præcario.ff. de præcario.& neque etiam ualebit pactum ut alteri stipulari possit si sua non interest, licet non sit de forma,quia sufficit quod sit de substantia finis.l.stipulatio ista.§.alteri.infra eo.& eodem modo nõ ualeret pactum quod stipulatio sine præsentia & diuerso contextu fieret,per regula generalem,quod nemo potest facere quod leges non habeant locũ in actu suo.l.nemo potest.sup.de leg. j.

26 Et lex constituit†inter contractus certos limites qui præteriri non possunt,ne postea in substantia confundantur,ideo resistit omni conuentioni in contrariũ,& hac de causa solet dici, quod formæ sunt de iure publico.iux.l.j.& 3.ff. de testa.unde generalis sit conclusio,quod cũ ad stipulationẽ req̃rat̃ habilitas in sex substãtialibus supra declaratis,nõ poterũt cõtrahentes facere ut sine eis uel aliquo ex eis stipulatio ualeat,p no.in d.l.ij.ff. si cer.pet.solũ aũt p suã cõtrariã uolutatem poterunt non seruãdo formã unius contractus facere quod alter qui non requirit illam solemnitatem nduca-

inducatur, quasi uelit facere actum suum omni meliori modo quo ualere possit, ideo & non seruata forma stipulationis uoluntas in uim pacti seruabitur, sed si intendunt omnino facere solam stipulationem, & eam sine solemnibus requisitis introducere nunquam eam facere poterunt, quia resistit lex, & neq; etiam in uim pacti ualebit, ut probatur in §. si quis ita. inf. eo. ubi etiam dicetur, & ego plene declaraui in dict. l. ij. & l. cum quid. ff. si cer. peta. dando responsionem ad legem. ubi ita donatur. ff. de donationib. causa mort.

27 Sed dum † dicunt doct. negatiua præposita uerbo (potest) tolli omnimodam potentiam, taliter quod ex tali actu non nascitur neq; naturalis neque ciuilis obligatio, inferrentes propter hoc, quod sine uerbis ex stipulatione non nascitur nec naturalis neque ciuilis obligatio. In contrarium facit tex. in leg. stipulatio ista. §. alteri. infra eodem. ubi præponitur negatiua uerbo (potest) & tamen nascitur naturalis obligatio sine illa qualitate. Bar. in l. cum lex. ff. de fideiu. dicebat regulã prædictã procedere qñ negatiua præponitur uerbo (possit) in futuro tempore, quia tunc negat omnimodam potentiã, cũ lex sit ita dicens assistat actui, secus quando præponitur uerbo præsentis tẽporis. d. le. stipulatio ista. §. alteri. sed utrunq; membrum distinctionis suæ imperfectã est, nam dictum de uerbo præsentis tpis confunditur per istũ tex. ubi est uerbum (potest) & tollitur omnimoda potentia per dictum. §. si quis ita, & dictum de uerbo possit confunditur per tex. in cap. literas. secundo respõso. de rest. spoliatorum. ubi dicitur Papam nõ posse dispensare in gradu prohibito, & tamen potest. ut in cap. sicut 15. distinctio. & licet uideatur loqui per uerbum (potest) præsentis temporis, tamẽ uidetur summi ex uerbis legis prohibẽtis, quę necessario locuta fuit per uerbũ futuri tẽporis (non possit dispensare) facit etiam text. in leg. in celebrandis. C. de nup. unde Roma. in dicto. §. alteri reprehendit hoc dictum doct. hic, dicens generaliter ex negatiua præposita uerbo (potest) nõ colligi quod tollatur omnimoda potentia, & idem sequitur Alc. in lib. 3. paradoxo. ca. 4. p tex. in ca. nõ potest. ij. q. 7. ibi, nõ potest esse fidelis hominibus qui est infidelis Deo, & tamen Turcæ Barbari, & Iudæi possunt esse fideles suis, hanc quoq; opinionẽ tenuit hic Corr. qui more suo multum irascitur contra doct. & dicit hoc esse fantasma uulgatum doct. & contra regulam eorum. allegat. l. pater. C. de pact. conuen. ubi dicitur quod ille non potuit quærere actionem nepotibus, & tamen utilem ei quærit. facit etiam tex. in cap. potuit, & in cap. literę. de præsumptio.

28 Alci. tamen hic † uidetur distinguere, aut uerbũ (non potest) apponitur iis quæ sunt de forma, & tunc tollit omnimodam potentiã, per istum text. aut uero apponitur solemnitati, & tunc non tollit omnimodã potentiã, d. l. stipulatio ista. §. alteri. & l. obligari. in princ. de authoritate tuto. ubi tractatur de qualitate pertinente ad solemnitatẽ actus, sed tamen adhuc contra regulam facit. l. nemo potest. ff. de leg. primo. ubi negatur potentia & tamẽ potest per exceptionem ultima uoluntas testatoris ualere. Idem probatur. insti. quib. non est permissum fa. testa. §. pterea. & §. mutũ, & §. furiosum. & §. post mortẽ. usq; ad finẽ. cõiũctis iis quę posuit Bar. in l. j. C. de sac. sanc. eccl. facit ẽt lex nemo põt mutare. & l. nemo alieno. & l. nemo plus iuris. & l. nemo qui condemnare, de reg. iur. cũ suis gloss. & materia & dictis per Deci. ibi. & l. non potest uideri. & l. non potest dolo. & le. non potest uideri improbus. cum suis glo. & dictis doct. de reg. iur. & cap. non potest plus. de reg. iur. in 6, cum centũ similibus quæ laboriosum esset magis quam subtile cumulare, & quod extra formam etiam dicta negatiua possit tollere potentiam, facit, quia deffectus rei in stipulatione impedit omnem obligationẽ, ut inst. de inutili. stipulatio. §. j. uersi. at nec. & per totum titulum. & idem quando esset defectus consensus. per tex. in l. j. in fi. sup. de pact.

29 Breuiter † resoluendo concludas, quod negatiua pręposita uerbo (potest) de pprietate sermonis non tollit omnimodam potestatẽ, ut propter hoc nos debeamus ita necessario inferre, sed solum illa negatiua tollit illam potentiam, quæ erat demonstrata in illo actu a contrario sensu, per uerbum (potest) quia negatiua quicquid inuenit destruit, & totum contrarium inducit. l. 3. §. pe. cum glo. ff. de acquire. possess. ubi non bona fides plus negat quam mala fides, unde negatiua tollit omnem potentiam quia in illo actu a contrario per uerbum (potest) omnis potestas includebatur. si uero aliqualis potentia tãtum includebatur, solum illa potentia negatur, in dubio autem si illa qualitas de qua agitur in illa oratione est de causa materiali uel formali uel subiectiua, tunc uerbum (potest) denotabit omnimodam potentiam, & in consequentiam negatiua præposita inducit omnimodã potentiã, sed si illa qualitas respicit causam efficientem, uel solemnitatis, uel finalem, tũc uerbum (potest) a contrario denotabit solam potentiam ciuilem, merito si præponatur negatiua illa sola ciuilis erit negata & remanebit potentia naturalis, si uero ponatur in uerbo futuri temporis, & tunc in dubio lex iudicabitur uelle resistere actui, & ita uelle tollere omnimodam potentiam, ut per Bar. in d. le. cum lex. de fideiussori. Fallit in utroque casu, quando appareret aliter per subiectam materiam, uel per alias leges declarantes, quia cum hæc negatiua dependeat a uoluntate negantis, stabimus claro, & illa potentia negabitur quæ erit de intentione. arg. legis non omnis. ff. si certum peta.

Quare remanet quod hæc regula seu hoc dictũ doc. nõ procedit ex necessitate pcisa, sed tãtummodo psumitur pcedere ex mẽte pferrẽtis in certis casibus, ut qñ apponit in orone denotãte causam formalẽ, uel materialẽ, uel subiectiuã actus, uel quando apponitur futuro tẽpori, alioquin non præsumitur mens, neque procedit dicta regula ut tollat omnimodam, sed solum quod aliqualem potentiam tollat, & probatur in dicta l. nemo potest. ff. de lega. j. ubi referendo ad institutionẽ tollit etiã naturalem obligationem, & referendo ad cætera

non tollit taliter quod adhoc ut inducat præsumptiua probatio est necessarium aliũde habere certitudinem uoluntatis, sed ea probata corruet in totũ, uel ꝓcedet, & sic est argumẽtũ præsumptiuũ in certis qualitatibus, & nõ necessario cõcludens.

30 Rursus † per hanc regulam sicut non possumus argumentari necessario quod una qualitas sit de forma informante actum, cum hæc negatiua soleat apponi aliis qualitatibus quæ non sunt de forma, ita etiam ex ista regula non possumus argumentari quod tollatur omnimoda potentia deficiente illa qualitate, cum soleat apponi aliis qualitatibus, per quarum defectum non tollitur omnimoda potentia. neque etiam in eis denegetur omnimoda potentia. Ideo concludenter non probat, quia non probat hoc esse quod ab hoc contingit abesse. l. non hoc. C. unde legi. & l. neque natales. C. de probationib. & ideo docto. male argumentantur hic, quod ex ista negatiua præposita uerbo (potest) probetur uerba esse de forma stipulationis, cum possit apponi alia qualitas. Sed hæc conclusio probatur per tex. infra eod. in. §. si quis ita. & dicta l. quinta. §. stipulatio. infra eodẽ. Ita male argumentantur quod ex ista negatiua tollatur omnimoda potentia, quia de facto hoc euenit & probatur per alia iura, & stante uera per dicta iura, sequitur quod in tex. nostro hæc negatiua p̃posita uerbo (potest) tollit omnimodam potentiã, & quod doctor. hic, & aliis concordantibus locis ualde æquiuocauerunt in modo argumentãdi de uerbo (non potest) quia uirtus illa tollendi omnimodam potestatem non inducitur a uerbo (non potest) sed solum inducitur a natura qualitatis implicitæ in oratione cui apponitur, & cuius certitudo aliunde haberi potest, & in quacunque materia appareat de certitudine illius qualitatis quod defectus in totum uitiat actum, probabitur quod uerbum (non potest) in illa oratione positum tollit omnimodam potentiam, & si de contrario constabit non tollit omnimodam, & prope redditur inutilis hæc argumentatio, cum si cõstat per alia iura quod illa qualitas est de forma seu materia actus, & tunc sine uerbo (non potest) constabit quod ea deficiente actus nullo modo ualebit, & cessabit omnimoda potentia. si uero non constabit an sit de forma uel materia, & tunc a uerbo (non potest) nõ colligitur aliqua certa probatio, quæ semper negari poterit, & euitari, & solum concludenter probatur quod hæc negatiua demonstrat tolli in illa oratione aliquã potentiam de illo actu.

31 Præterea † quod dicitur, quando illa negatiua apponitur in iis quæ sunt de forma uel materia, quod tollit omnimodam potentiam, intellige si illa qualitas est de forma uel materia in omnibus casibus, & omni iure, alioquin negant omnimodam potentiam in illis casibus tantum & iuribus in quibus est de forma. unde si dicatur non potest testamentum ualere nisi testator propria manu, scribat uel ore proprio nominet hæredem, iuxta legem iubemus. C. de testamen. non tollitur potentia quin ualeat in casu quo est dispensatum ut ualeat de iure gentium, quia illa solemnitas non requiritur de iure gentium ut per Barto. in l. j. C. de sacr. sanct. eccles. & le. prima. ff. de milita. testa. & si lex nouiter diceret quod uenditio non possit fieri nisi utroque loquente, non impediretur nasci obligatio naturalis, quia de iure gentium non est necessaria illa forma uerborum, unde non tolleretur illa potentia de iure gentium. negatiua igitur præposita uerbo (potest) tollit concludenter omnem potentiam illius iuris, & non alterius iuris, & in casibus in quibus deffectus illius qualitatis uitiat actum, & non in casibus dispẽsatis, quia hæc non uidetur intentio proferrentis. unde magis propter subiectam materiam, quam propter se uerificatur illa regula, quod negatiua præposita. tollat omnimodam potentiam, & pauci ut dixi remanent effectus illius argumentationis. In tex. autem nostro sine dubio procedit, quia per alia iura probatur quod uerba sunt de forma stipulationis, & eorũ defectus tollit omnimodã potentiã. per dictũ. §. si quis ita. cum concordantib.

32 Propterea infertur † ad quæstionem an contrahentes possint facere quod stipulatio ualeat sine uerbis, præmissa protestatione expressa quod uolunt uerba haberi pro expressis in stipulatione, ut sine eis ualeat, & uidetur primo dicendũ quod sic. per l. primã. §. quod si adiicitur. inf. eod. ubi si non est responsum ad interrogata, & postea placeat diuersitas, inducitur stipulatio sine uerbis responsionis, quod non potest esse ex alio nisi quia partes conuenerunt quod habeatur acsi esset responsio congrua facta. Secundo facit, quia lex potest fingere uerba interuenire ut statim dicemus cum Bar. ergo & etiam partes, cum homo possit fingere sicut lex. cap. afferte. extra de præsumptioni. & dixi in. l. si is qui pro emptore. in diffinitione fictionis. supra de usucapioni. & ualet argumentum a statuto ad pactum. gloss. in rubr. C. de decret. decurio. lib. 10. & eo magis, quia in rebus suis plus possunt partes disponendo quam lex. le. fi. §. fi. C. de tempo. appellatio. & cap. uenientes. de iureiur. quæ allegat Ias. in §. fi. & Rippa. infra ad aliam quæstionem.

33 Quarto facit † quia solemnitati introductæ in fauorem suum potest renuntiari. cap. tuis. ubi Ab. plene ex. de testibus. Ias. multa concord. allegans in l. nemo potest. ff. de leg. primo, col. 7. hæc autem solemnitas seu forma uerborum uidetur inducta in fauorem partium, ut magis deliberata uideatur responsio, ut supra dictum fuit.

Contrarium tamen tenuit Alcia. hic & communiter * doct. per text. in le. insulam. de præscriptis uerbis, ubi contrahentes non possunt facere quod uenditio sit sine prætio. facit tex. in §. j. qui clarius hoc dicit, insti. locati. quia limites certi constituti sunt in contractibus a lege qui præteriri non possunt, ne confundatur materia omnium contractuum. l. secunda. & ibi notat. ff. si certum petatur. Secundo facit, quia uerba stipulationis ut dictum fuit sunt de forma, quæ forma est introducta de iure publico ad finem ut stipulatio sit firmior cõtractus in iure, & omnes formæ sunt de iure publico

blico,ut per gloss.in. leg.tertia. & ibi nota. ff. de testam.& no. in dicta l.ij.unde iuri publico neque formæ propter ius publicum introductæ renuntiari potest.ut in dicta leg.3. & gloss.in l. a Diuo Pio.dige. de ritu nup. cum similibus adductis per Alexandrũ & Iason.in l. prima.ff. de lib. & posthumis.Tertio facit, quia quod actio nascatur ex stipulatione non potest per partes fieri, quia non dependet ab earum uoluntate, sed actio & obligatio descendit a dispositione legum, & ex eis constituta fuit.l.ij.§.deinde ex iis legibus.ff.de ori.iuris.unde partes non poterunt facere quod forma habeatur pro perfecta,& ex earum arbitrio nascatur remedium iuris. quod lex uoluit nasci tantũmodo certis solemnibus seruatis.

Nec obstat quod partes possint fingere,quia uerum est permittente lege, seu in casibus non prohibitis,in forma autem semper lex prohibet, & resistere dicitur,ut no.per Alex. & alios in dicta l. j.& ij.& l.inter cætera.ff.de liber.& posthum.non obstat dictus.§.quod si adiicitur.quia ibi præcesserat interrogatio & una responsio licet non congrua,& ita forma certo modo prolationis uerborum interuenerat, & solum obstabat incongruentia responsionis quę poterat ex sola uoluntate tolli,hic uero nulla solemnitas prolationis uerborũ interuenerat, & primordium ueritatis in forma cessabat, & eodem modo respondetur ad. §. si quis ita. ubi sufficit dicere quid ni, quia ibi interuenerat primordium ueritatis in obseruantia illius formæ.

Non obstat quod plus possit homo in sua re quam possit lex in alienis, & quod possit formæ introductæ in sui fauorem renuntiare quia procedit in iis quæ sunt meri iuris priuati, hæc autem forma & natiuitas obligationis & actionis ex stipulatione dicuntur esse iuris publici,cui renuntiari non potest.ut per glo.in d.l.3. de testam.

34 Subdebat Alciatus† tamen hic, quod licet stipulatio nõ ualeat, nihilominus partes cogentur obseruare dictam conuentionem ex æquitate consensus.l.j.ff.de pact.& arg.no.per Bar.in l. non dubium.in fi.C.de testa.saltem in uim pacti. Abb.cõ si.44.uol.j. quæ limitatio est contra omnia prædicta iura quæ non uolunt dictam conuentionẽ seruari in uim illius contractus.sed tantummodo seruari poterit in uim alterius contractus cuius forma seruata fuerit,quoniam uidentur ex illa conuentione uoluisse ualere actum omni meliori modo, quo casu si erit conuentio simplex ualebit in uim pacti, ut nota.in §.si quis ita. & si erit conuentio correspectiua, ualebit in uim contractus innominati,cuius forma erit seruata, taliter quod poterit habere locum pœnitentia.

Propterea distinguendum est ut dixi supra,Aut partes egerunt quod esset contractus stipulationis sine uerbis, & quod nullus alius contractus crearetur,tunc eorum uoluntas nihil ualebit, & nulla nascetur obligatio etiam naturalis ex illo actu,tanquam continente repugnantiam.leg. ubi repugnantia.ff.de reg.iur.etiam in foro conscientiæ.cum nulla sit conuentio.argumen. dicendorum in dicto §.si quis ita.& lege cum præcario. ff. de præcario. §. primo. sed si esset appositum iuramentum posset ualere in uim pacti, quia præsumeretur contrahentes apposuisse clausulam omni meliori modo,& uoluisse quod si non ualeat in uim stipulationis ualeat in uim alterius contractus, cuius forma erit seruata, quasi recesserint ab illa conuentione,arg.l.cum pater. §. filius matrem.ff.de leg.2. si uero non se restringebant ad aliquem contractum præcisum, tunc inducetur ille contractus cuius forma erit seruata, & si non erit inducta stipulatio seruabitur illa conuentio in uim pacti,per legẽ ubi ita donatur.ff.de donation.causa mortis. & ideo tunc cogerentur partes in uim illius contractus obseruare. ut dixi in dicta lege secunda. & lege cum quid. supra si certum petatur.

35 Sed succedit secunda† dubitatio, quid si interrogatio, & responsio saltem fuisset scripta in cedulis, & actum esset inter partes, quod illa scriptura fungeretur uice uerbalis locutionis,& unus scriberet, promittis dare centum, & tradere cedulam,& alter diceret promitto tibi dare centũ, & daret cedulam, utrum tunc esset inducta stipulatio propter illam scripturam ostendentem formam stipulationis per literas, & communiter* docto.etiam concludunt quod talis stipulatio nõ ualet.&Bald.primus cogitauit hanc quæstionem, & Areti.spetialius formauit,& Socc.examinauit. & pro communi opinione,quod non ualeat ut stipulatio,inducitur iste tex.qui uult, quod locutio uerbalis interueniat taliter quod inhabiles ad loquendum non possunt stipulari,sed per epistolam scribendo non dicitur quis uerbaliter loqui, ergo non ualet, ad istud tamen fundamentum respondent tenentes contrariam partem, quod imo per epistolam uidetur seruata illa forma, quoniam & quis scribendo dicitur loqui.l. solet. §. penu.ff. de offi. proconsul.& leg.ubi imperator in epistola dixit, audi quid sentiam. ergo est locutio & auditus. facit tex. in cap. legis diuinæ. Vigesimaseptima quæstione secunda. ibi, affatus est nobis literis suis & percontatus est. ergo cum interueniat locutio, uidetur quod sit seruata forma tex.nostri, quod utroque loquente sit concepta stipulatio,&maxime propter præsentiam quę fortius uidetur operari esse locutionem uerbalem argum.l.si procuratori præsenti.inf. eo.

36 Sed replicatur † defendendo argumentum, quod licet per epistolam scribentes certo modo uideantur loqui & audire, tamen non est locutio neque auditus naturalis, sed est secundũ quid, scilicet per epistolam. Vnde non dicitur proprie locutio, & textus iste requirit propriam, & ueram locutionem uerbalem ut concipiatur stipulatio, ergo non fuit seruata forma & non ualebit.Secundo adducitur hic per Socci.ratio talis. nam si induceretur stipulatio per epistolam, sequeretur quod muti & surdi scientes scribere possent facere stipulationem, sicut in simili uidemus, quod ualet testamentum. lege discretis. Codice qui testamenta facere possunt; quod est contra

istum tex. qui expresse dicit, quod mutus & surdus stipulari non possunt, respondent tenentes contrariam partem, quod tex. noster restringitur ad illũ casum ut eũ non comprehendat, sed replicat Socci. quod hoc destrueret istum tex. & cætera iura. ut in l. prima. supra tit. primo. & §. pupillum. institu. de inuti. stipulatio. quæ generaliter dicunt quod mutus & surdus non possunt stipulari, nec potest dici ꝙ per fictionẽ dicuntur posse loqui, quamuis enim ipsa epistola possit denotare animum scribentis. l. Labeo. in fine. de supplectili legata. tamen non dicitur cum naturali loquella hoc facere, & ideo non ualebit.

37 Tertio † etiam ponderatur iste text. dum uult quod se inuicem exaudiant, quod non potest esse quando tantummodo scribunt & naturaliter non loquuntur, & ficte tantummodo dicantur se audire. l. miles ad sororem. inf. de leg. 2. ibi, perinde est acsi cum eo loqueretur, ergo non uere loquitur, & in forma fictio non procedit, quia per æquipollẽs neque per fictionem forma adimpleri potest. l. qui per salutem. ff. de iur. iura. respondetur quod imo quis dicitur uere interrogare & uere audire, ex eo quia scriptura illa loquitur. d. cap. l. diuinæ. & tex. in d. l. miles ad sororem. qui nihil facit, quia ibi dicit perinde acsi cum hærede loqueretur ad quem illam scripturam non miserat, non autem dicit ꝙ ficte loqueretur cum sorore, imo uidetur dicere ꝙ uera locutio sit cum sorore, item illa epistola fuit lecta post mortem testatoris, quo tẽpore ipse mortuus loqui non poterat uerbaliter, ideo similitudo uerbi (perinde) refertur acsi esset uiuus, sed replicari potest, quod licet ille tex. euitari possit, tamen uerum est in se quod non dicitur exaudire, quia alias absens quilibet posset exaudire, & inter absentes indistincte per epistolam scribendo posset contrahi stipulatio, quod expresse negat iste tex. cum multis concordantibus. & sequeretur quod leges uolẽtes differentiam esse inter stipulationem & alios contractus, ut illi possint fieri per nuntium uel epistolam & non stipulatio, essent uana, & iura dicentia quod non possit fieri inter absentes seruirent de uento. Item consilium traditum a iurisconsulto, ut per seruum stipulari posit esset uanum, & quod deberet emi seruus, cum facilior modus esset ut per scripturam stipulatio fieret, & sic apparet quod hæc tria fundamẽta adhuc urgent pro communi opinione.

Quarto principaliter Aretin. allegat tex. in le. Titius. cum glossa. ff. de constituta pecunia. ubi quis asseruit se debitorem in epistola. & tex. subdit, quod tenetur certa actione, nisi sit interposita stipulatio, ergo cum dubitetur an sit interposita stipulatio præsupponitur quod partes erant præsentes, & tamen tex. uult quod per epistolam datam præsenti non inducatur stipulatio nisi per suam formam constituatur. ergo per epistolam inter presentes non constituebatur. sed respondetur quod ille tex. retorquetur, quoniã si dicit quod nõ est interposita stipulatio, præsupponit hoc deficere a uoluntate. sed tamen a præsupposita materia induci poterat. Item præsupponit quod per epistolam inter absentes posset fieri stipulatio. Sed replicatur quod imo probat quod stipulatio fieri non posset, quia tex. solum subiiciens de stipulatione præsupponit præsentiam interuenisse & habilitatem in reliquis. tamẽ duplicatur, quod imo nihil facit, ex eo quia nihil impedit quod inter absentes missa fuerit, quod postea cõuenerint simul ut potuerint facere stipulationem. Secundo, dato quod ibi fuerint præsentes tamen non probat ꝙ non potuit fieri stipulatio per epistolam, quia ibi erat missa ab una parte tantum, & nihil erat factũ ab alia parte, ideo ibi deficit ex defectu responsionis, non autem ex eo quod non posset per epistolã fieri, & sic uere iste tex. qui dedit Areti. occasionẽ formandi quæstionem nihil penitus facit.

Quinto Cro. adducit tex. in §. si quis ita. inf. eo. ubi præcessit interrogatio, & tamen per nutũ ex consensu partiũ nõ inducitur stipulatio, ut supra dictum fuit, ergo tanto minus respondendo per epistolã & nulla facta interrogatione, nisi per scripturam. Respondet Niger, quod argumentum nihil ualet, quia ibi nulla loquela interuenit, cum nutus non sit loquella neque proprie neq; improprie. l. nutu. ff. de leg. 3. sed epistola est loquella, & cum fiat inter præsentes uidentur simul loquuti, di. l. solet. de officio proconsulis. dicto. cap. legis diuinæ. ideo argumentatio de nutu ad epistolam nihil ualet, & per consequens non probat, & propterea uidetur quod hæc fundamenta non probent communem.

38 Pro contraria † tamẽ parte, quod stipulatio per epistolam inducatur, allegatur tex. in l. Lucius. infra de fideiussor. ubi qui uolebat intercedere pro alio scripsit epistolam ut daret pecuniam fratri fide & periculo suo, & tamen ibi dicitur quod obligatur, ergo stipulatio fit per epistolam, cum sine stipulatione fideiussio fieri non possit. le. blanditus. C. de fideiussoribus, sed respondetur quod ille text. non dicit fideiussionem esse factam per illam epistolam, sed solum uult quod teneatur actione mandati, & sic solum probat quod fuit mãdator & non fideiussor, quod etiam patet, quia ibi non fuit interrogatio, & in mandatore sufficit sola uoluntas quomodocunque declarata. lege ex consensu. supra titulo primo, & tanto magis, quia ibi præcesserat obligationem, & de natura mandatoris est ut præcedat obligationem, nec contradicit natura tituli, quia Rubrica fuit inscripta de fideiussoribus & mandatoribus. unde non probat.

39 Secundo † adducitur textus in lege non figura literarum. supra tit. primo. in fin. ubi dicitur postquam receptum est non minus ualere quod scriptura, quam quod uocibus lingua figuratis profertur, ergo æquiparantur literæ uocibus lingua figuratis, & per consequens infertur quod receptũ est ut stipulatio per literas induci potest, sicut per uoces lingua figuratas, sed respondetur, quod textus ille non loquitur de stipulatione, neque dicit hoc inductum fuisse in stipulatione, sed loquitur de contractu literarum post stipulationem introducto, ut possit producere obligationẽ

ad simi-

ad similitudinem stipulationis, sed replicatur ꝙ contractus literarum de iure digestorum nõ erat cognitus illo iure digestorum, & non potest de eo loqui, & ideo necessario intelligitur de stipulatione quæ tantummodo illo iure erat introducta. Sed duplicatur, quod imo & obligatio literarũ erat inducta iure digestorum ut no. in l. ij. §. creditum supra si cert. petatur. & sensus est in illo tex. quod eo modo quis obligatur per literas permittente lege sicut obligatur per stipulationem interueniẽte sua forma uerborum. Secundo respondetur dato quod non loquatur de contractu literarum, tamen non probat concludenter quod loquatur de stipulatione, ex eo quia ille titulus est generalis ad omnes contractus, ut patet in l. j. & in eis determinat quod poterit fieri per literas sicut possunt fieri per consensum uerbis explicatum non habito respectu ad interrogationem uel responsionẽ sed solum ad consensum qui per uerba solet demonstrari, ideo demonstrat, quod omnes cõtractus inter absentes possunt fieri per epistolam sicut inter præsentes uoce, tamen non includit stipulationem, in qua iam dixerat quod requiritur præsentia & forma responsionis & interogationis l. obligamur. §. uerbis. eodem titulo, ideo Alcia. exponit ibi dictionem (quatenus) idest in quibus casibus placuit non minus ualere quod scriptura quam quod uocibus lingua figuratis, idest in contractibus iurisgentium, & non includit stipulationem, & propterea non probat.

40 Tertio † adducitur lex discretis. C. qui testam. facere possunt. ubi mutus donare potest causa mortis, & tamen iure digestorum illa fiebat per stipulationem. l. mortis causa, & l. senatus. §. primo, & Bart. in l. prima. ff. de donatio. causa mortis. ergo per epistolam & scripturam potest stipulari. Respondetur quod non loquitur de illa donatione causa mortis inter uiuos facta. sed de illa quæ fit sine solemnitate stipulationis, quæ licet non ualeat tempore quo fit tamen postea ex testamento assũmit uires ut seruetur tanquam legatum, iuxta tex. in l. fi. Cod. de donationi. causa mor. & in l. illud. dum uoluit etiam iure digestorum æquiparari legatis. Secũdo respondetur quod loquitur de donatione q̃ potest incipere a datione iure digestorum inter uiuos, quo casu non requiritur stipulatio. l. secunda. ff. de donatio. causa mor. & no. in l. iurisgentium. §. primo. ff. de pactis, & sic non concludit de stipulatione.

41 Quarto † adducitur, quia iniuria fit per conuicium. l. item apud Labeonem. §. conuicium. inf. de iniuriis. ubi dicitur ꝙ conuicium fit quasi conuocium seu per uoces hinc inde, & tamen uerificatur illud uerbum etiam in iniuria quæ fit per scripturam, quasi sit uerbale cõuocium, & æqualiter text. uult quod fiat inter præsentes & absentes per epistolam, ergo eodem modo uidetur quod stipulatio quæ est quoddam conuocium fiat inter præsentes & absentes per epistolã. pro quo facit etiã tex. in cap. constitutionem. cũ glos. de sententia excommunicationis. & cap. ego episcopus. de iur. iurand. & Roma, consi. 388. quo ad primum. Sed respondetur quod omnia prædicta loquuntur de actu non requirente pro forma necessaria uerba, in quo tunc æquiparantur scriptura & uox. hic uero uerba requiruntur pro forma, & non potest induci illa equiparatio.

Quinto inducitur lex solet. §. primo. de officio proconsul. ubi imperator in epistola dixit, audi quid sentiam, ergo loquitur, & auditur. & in dict. cap. legis diuinæ dicitur affatus est nobis literis suis. sed responsio data fuit, quod dicitur loqui tacite & improprie, idest secundum quid, ut per epistolam uel scripturam non autem proprie, cum uera locutio fiat per uoces lingua figuratas, quæ inuicem audiuntur, & cum hoc pro forma fuerit introductum, non potest uerificari in æquipollenti ut habetur in l. fi. ff. mand. & in l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de lib. & posthum. Pro ista quoq; opinione adducũtur per Alciat. not. in l. ea quæ. ff. de donat. int. uir. & uxor. & l. j. C. de cõtrahẽ. & com. stipul. quæ uidentur concludenter probare hanc opinionem. tamen eis respondet Bar. ut in 3. oppos. ubi doct. ponunt. & ego ibi quoque plenius respondebo.

42 Propterea † apparet quod fundamenta aducta contra communem non probant. resolutiue autem loquendo tenenda est opinio communis quę concludenter probatur ex illis tribus, quia non interuenit locutio uera lingua figurata, neque auditus uerus per aures assumptus, neque etiam intelligentia per aures assumpta, quæ tria sunt de forma stipulationis, cui per partes renuntiari nõ potest. l. 3. ff. de testa. & habetur in l. nemo potest. ff. de leg. primo.

43 Limitabat † tamen eam Socci. hic non procedere quando in epistola tãtummodo esset scriptum, dare tibi æquum, & in alia dare mihi equum, & postea unus dixit promittis, dando illam scripturã, & ille dixit promitto dando aliam scripturam, nam tunc inducetur stipulatio, ex eo quia in interrogatione & responsione interuenit uerbalis locutio, & in reliquis interuenit scriptura, & sufficit ꝙ uerbis exprimatur promissio, & res signis, ꝑ glos. in l. quæ extrinsecus. infra eodem. & l. triticum, & ibi Bar. infra eodem. qui dixit quod uerba promissiua sunt de substantia stipulationis non autẽ aliæ circunferentiæ tam in re quam in aliis qualitatibus quæ uoce non debent exprimi.

Alciatus tamen tenebat contrarium reprehendendo limitationem, quia expressio uerbalis est de substantia in tota interrogatione & responsione dicta l. 5. §. stipulatio. ibi, se daturum facturum ue id ad quod interrogatus est, & faciunt not. in l. illa institutio. per Bar. de hæredi. insti. & uidetur probari licet non alleget in l. prima §. si quis simpliciter. & §. si stipulanti. infra eodem. ubi diuersitas in re & qualitate uitiat sicut & in uerbis principalibus, & ad glo. in dicta l. triticum. respondetur, quod ibi substantia stipulationis erat uerbis expressa, & idem in dicta l. quæ extrinsecus. ubi per digitum erat demonstrata, uel per aliud nomen æquipollens. unde Alcia. distinguit, Aut dictum fuit, promittis mihi illud quod est scriptũ

in hac carta, & tunc ualet, ut no. per Bar. in l. si ita scripsero. ff. de conditio. & demonstrationi. & est glo. q̃ expresse hoc dicit licet doct. hic nõ allegent in l. petens. C. de pactis. & probatur in l. asse toto. ff. de hæredibus instituend, Aut uero dictum fuit tantummodo, promittis, & dat epistolam, & ille dicit promitto non exprimendo cætera, & tunc dicit non ualere, quia fuit promissio indeterminata, & res ipsa debet exprimi cum aliqua demonstratione uerbali, & in hoc contrarium non dixit glo. in dicta l. quę extrinsecus. ubi exprimebatur res per aliud nomen, & hæc distinctio in prima parte est uera.

44 Sed in secunda parte † est dubitabilis, ex eo quia non requiritur quod proprie nec improprie exprimatur reliquum interrogationis uel responsionis quando primordium ueritatis est uerbale, ut probatur in dicto. §. si quis ita. in uerbo (quid ni) ubi reliquum uenit per interpretationem, & tamen responsio dicitur esse perfecta, ita si dicit (promitto, & dat cartam per quam loquitur) improprie per literas potest compleri tota responsio & interrogatio per interpretationem, sicut habetur in l. si ita quis. de euictionibus. cætera complentur per interpretationem nulla interueniente locutione propria uel impropria, ergo tanto fortius interueniente totali interrogatione & responsione improprie per epistolam. item supra dictum fuit quod si exprimatur uerbum (dabis dabo) subintelliguntur per interpretationem uerba dispositiua & econtrario quando exprimuntur uerba dispositiua, & tacentur uerba executiua, ergo tanto fortius illud erit quando sunt expressa uerba per epistolam saltem perficientem totam interrogationem licet improprie, ideo tota uis consistit an adsit aliquod primordium ueritatis habile, & tũc sufficit quod reliqua per interpretationem ueniant, nec obstat quod uideatur indeterminata promissio, quoniam imo per epistolam dicitur determinata propter uerba in ea scripta, & sufficit. l. certum. ff. si cer. petatur. & sic habes unã ampliationem ad regulam tex. nostri & unum casum in quo stipulatio sine uerbis ualet, quia sufficit quod pars interrogationis literis exprimatur.

45 Secundum casum † habes in matrimonio. iuxta. cap. tuæ. & capitulum apud. de sponsali. quamuis possit dici quod in matrimonio non requiritur stipulatio quando fit cum muto uel surdo, quia dispensatum fuit ab ecclesia ut ibi præpositus no. & glo. in l. cum notissimi. Codic. de præscriptio. 30. uel quadraginta annorum. quæ dispẽsatio fit propter ius naturale quod non requirit illam solemnitatem uerborum & esset inconueniens ut mutus & surdus priuarentur potestate creandi filios legitime & communiter* tenent canonistę in cap. locum, ex. de sponsalibus. uolentes quod imo matrimonium in omnibus etiam ualeat sine uerbis, quia uerba non sunt præcise de forma, & Bal. sequitur infra. §. si quis ita. & confirma ut hic per Nigrum.

46 Tertius est † casus in iuramento, secundum Alex. hic. & Ias. in l. qui iurasse. supra de iur. iurand. cũ concordanti. adductis hic per Nigrum. sed contrarium tenuit Abbas in rub. de iur. iurand. quæstio. 6. quam Corset. dixit esse communem* in rubr. de iur. iurand. & mihi placet, quia iuramentum non facit ut stipulatio sine forma ualeat, sed solũ operatur ut ualeat tanquam pactum nudũ. quod omnino seruatur de iure canonico. Alios etiam casus enumerãt hic Mod. in q̃bus dic ut hic per eos.

47 Secundo notandum est † ex isto text. quod tres habilitates tantummodo sunt necessariæ inter cõtrahentes, scilicet locutionis, auditus, & intellectus, & quamuis tex. non exprimat de intelligentia, tamẽ subauditur per Bart. hic ex mente ipsius iurisconsulti, & expresse dicitur in l. j. §. fin. supra tit. primo. & infra. §. fin. & sequuntur communiter *docto. unde infertur. quod si iste tres habilitates interueniant non impeditur stipulatio propter defectum aliarum habilitatum, cum qui unum dicit aliud excludit. l. cum prætor. ff. de iudi. & l. nec non §. quod eis, ff. ex quibus cauf. maior. Ideo † se-48 quitur, quod si interueniat deffectus uisus non impeditur stipulatio quæ ualebit inter præsentes etiam non se uidentes.

49 Vnde sequitur † quod cecùs non impeditur facere stipulationem, quia licet non iudicet de colore tamen iudicare potest de locutione, auditu, & intellectu uerborum. unde plenam potest adhibere formam stipulationis, sicut etiam potest facere testamentum. l. iubemus. Cod. de testam. dummodo aliter se cognoscant, & non interueniat deceptio, & tenet Francis. de crema in singul. suo. 46. incipiente. tu scis. secundo infertur quod stipulatio potest fieri inter existentes in una camera, & unus sit in lecto, & alter post cortinam, nam uisus impeditus non faciet quin stipulatio ualeat dummodo se inuicem cognoscant, & non interueniat deceptio.

50 Tertio infertur † quod stipulatio poterit fieri de nocte etiã stante obscuritate, & sine luminaribus, dummodo se cognoscant, quoniam hoc non reperitur prohibitum, ergo permissum, dict. l. nec non. §. quod eis. ideo dixit Bar. in l. testium. Cod. de testibus, quod stipulatio potest probari per auditum, & omnes contractus possunt fieri de nocte l. non minorem. Cod. de transf. Ias. in l. more maiorum. ff. de feriis. nec obstat tex. cum ibi no, in capitulo consuluit. de officio deleg. ubi tria luminaria requiruntur, quia procedit in sententia, in qua potest esse deceptio, & in quolibet alio actu iudiciario, in quibus requiritur hæc solemnitas, nec obstat lex prima. §. tria luminaria. ff. de uent. inspiciend. quia ille tex. loquitur in actu in quo faciliter fit deceptio, ut in suppositione partus, & quoniam uocati sunt homines ad illum actum uidendum propter periculum suppositionis. secus autẽ est in contractibus in quibus non est tantum periculum, & hæc solemnitas expresse iure non fuit introducta, hoc tamen solum est seruandum, quod si testes probant hanc stipulationem, asserãt expresse quod partes se inuicem cognoscebant per uocẽ & alia probabilia signa, & ipsi quoque eos cognoscebant & si notarius scribit, dicat quod ipsi se inuicem

uicem cognoscebant per uocem, & ipse quoque eos per alia probabilia signa cognoscebat, & tūc stipulatio ualebit in totum.

51 Item† dum in tex. nostro non fuit dictum de intelligentia, & docto. eam supplent ex uerbis text. quia interuenit locutio & exauditio, colligitur quod ex locutione & exauditione præsumitur intelligentia, & ideo si testes dicant aliquos inuicem locutos fuisse de aliqua re, præsumetur inuicem se intellexisse, dummodo fuerint eiusdem linguæ, & habuerint eius cognitionem, & si dicatur posse euenire ut inuicem non se intellexerint pro ut de facto sæpe contingit, respondetur quod hæc non præsumuntur per istum text. & no. hic per docto. ideo neganti incubit onus probandi quod non intelligit uel quia locutus fuit latine uel nimis basse, uel propter rumorem, uel propter aliam similem causam contingentem. simile no. de arbitro proferrente sententiam coram partibus, uel de iudice, ut si audiuerunt præsumantur intellexisse. in l. diem proferre. §. coram. ff. de arbitr. iuncta glo. in uerbo (sapientibus) & habetur in. l. coram, de uerborum significatio. cū similibus. ex eo quia negotium ad eos pertinet.

52 Simile quoque† erit in actu extraiudiciali, quā do negotium pertinet ad præsentes, ut si fiat in presentia præsumatur & intelligentia, per text. cū glo. in l. si tutor petitus. Cod. qui petant tuto. quæ dixit, regulam illam (ut ignorantia præsumatur) non procedere quando actus fit inter præsentes, & facit text. in l. Gaius ff. de pigno. Quinimo plus dicunt docto. quod nedum præsumitur intelligentia sed etiam consensus si agitur de eius utilitate, iuxta legem qui patitur. ff. mand. & habetur in l. quæ dotis. in fi. per omnes. ff. solut matrimonio.

53 Sed dubium est † quid si actus non pertinet ad præsentes, an ex sola præsentia presumatur intelligentia, & mod. hic uidentur dicere quod sic, allegando regulam glos. in dicta l. si tutor petitus atque doctrinam Bart. in dicta l. diem proferre. ff. de arbitr. dum dixit. quod notarius scribēs quod aliqui fuere præsentes si negant se scire actum saluatur a falso si probat eos fuisse præsentes. sed Alcia. hic tenet contrarium. per tex. in l. si unus. Co. de testam. ubi testes adhibiti in testamento, quamuis sint præsentes, non debent scire ea quæ continentur in testamento. l. qui testamentum, §. fin. supra de testamentis. sed facilis est responsio, quod ibi tractatur de testamento in scriptis, quod est ocultum & non legitur testibus, & solum testator dicit hoc est meum testamentum, sigillate & subscribatis, & de hoc ipsi testes præsumuntur habere scientiam, & testificari debent proprer præsentiam, & idem esset si esset testamentum nuncupatiuum, quia tunc præsumeretur intelligentia si essent rogati & adhibiti.

Secundo adducit doctrinam Bart. in l. prima. §. primo ff. de autho. tuto. quę dixit, quod si testes deponant se sciuisse actum, si interogati de ratione dicant scio quia fui præsens, non concludūt, quia præsentia non arguit sciētiam actus facti ab aliis, * & est communis opinio docto. in l. ij. §. si. ff. solut. matrimonio. ergo idem debet esse in instrumentis. argum. legis. j. Cod. de usur. sed tu pro hac opinione potes allegare Bar. in dicto §. coram. qui expresse hoc sentit, & dixit notarium male scripsisse, quamuis non possit puniri de falso, quia non interuenit dolus, item glo. in dicta l. si tutor petitus. loquitur de negotiis pertinentibus ad ipsos præsentes.

54 Resolutiue† igitnr dicas constituendo quinque casus, Aut dictum fuit eos locutos fuisse, & procedit omnimodo communis opinio, per istum tex. Aut actus fuit factus a iudice uel arbitro & idem quod supra, Aut actus fuit factus extraiudicialiter & pertinet ad præsentes, & similiter præsumitur intelligentia, & in istis tribus casibus conuenerunt communiter docto.

Quartus casus est quando non pertinet ad presentes sed tamen fuere rogati & adhibiti, & tunc etiam præsumitur intelligentia ut in testamentis, & tunc secundum naturam testamenti in scriptis uel nuncupatiui præsumetur eorum intelligentia in id ad quod sunt adhibiti & rogati.

Quintus casus est, quando nullo modo actus pertinet ad præsentes, & hic est qui disputatur ut si forsam in studio duo scholares faciant rixā quā do legitur, & tunc dicas si clamor fuit magnus & euaginauerunt ensem, & tunc ex præsentia præsumitur intelligentia de illo actu in genere, non in spetie de uulneribus uel nominibus, tum propter multitudinem, tum quia sunt occupati in alio, si uero dixerunt uerba iniuriosa tantum, tūc ex præsentia non præsumitur scientia, si ipsi negarent se sciuisse, iudex tamen in hoc debet esse multum circunspectus, & ex qualitate facti iudicare.

55 Contra† tamen decisionem tex. nostri opponebat hic Bar. quod imo stipulatio fieri potest sine uerbis. de tex. in l. iis uerbis. ff. de adoptioni. ibi, si ommissa sit stipulatio utilis actio competit. & respondet quod ille tex. procedit in stipulatione ficta in qua lex omnia necessaria fingit, nos loquimur in stipulatione uera quam priuati facere debent; & addit postea quatuor alia exempla, in quibus lex fingit stipulationem, ut hic per eum. Primus casus est in dicta l. iis uerbis. ff de adoptionibus. præsupponendo, quod ubicunque aliquis arrogat pupillum omnia bona ipsius acquiruntur arroganti iure patriæ potestatis iure digestorum, quamuis postea sit correctum. inst. de acqui. per arrogationem, per totum. & sic arrogatus efficitur filius familias. unde succedit quod non poterat habere hæredem nisi in castrensibus. l. i. & secunda. digest. de Castrens. peculio. & habetur in l. post dotem in quarta quæstione. digest. solut. matrimonio. propterea sequebatur ex tali arrogatione, ꝙ si ipse moreretur ante pupillarem ætatem uenientes ab intestato non poterant ei succedere, quia nō habebat hæredem, etsi fuisset institutus a patre. & ei datus substitutus, & grauatus dare legata & libertates, per arrogationem extinguebatur illa institutio & substitutio, cum moreretur filius familias, igitur sequebatur quod ex tali arrogatione fiebat preiuditium omnibns istis prætendenti

bus successionem uel ex testamento uel ab intestato, ideo ne fiat ei præiudicium disponitur in dicta l.iis uerbis quod arrogans teneatur præstare cautionem de restituendo dicta bona illis qui prætenderent aliquod ius, si contingeret quod ipse arrogatus moreretur in pupillari ætate, & subdit postea quod si hęc stipulatio fuit ommissa, cõpetet eis qui prætendunt interesse utilis actio, & glo.ibi dicit (ex stipulatione) ergo ibi fingitur inter arrogantem & eos qui prætendunt ius, & sequũtur communiter *docto.& tenetur hoc exemplum etiam per Bar.in l.si is qui pro emptore.colu. 16. uersi.quorundam.ff.de usucapio.

56 Sed contrarium tenuit †glo.in cap.is qui fidem extra de sponsalib. quæ uoluit quod non est ficta sed præsumpta, tamen eam reprehẽdit ibi Abbas & Præpositus, quoniam text.dicit (si ommissa fuit) ergo erat certum quod non fuerat facta, & per cõsequens non poterat esse præsumpta, quia præsumptio cadit in re dubia, & fictio fit in re certa. ut per glo.in l.j.C.de rei uxoriæ actione.& per Bart. late in l.si is qui pro emptore. ff. de usucapionib. Secundo contra dictum exemplum est doctrina eiusdẽmet Bart.in l.si arrogator.colu.5. uersi.oppono quia.ff.de adoptionibus.qui dixit, quod in dicta l.iis uerbis. non competit actio ex stipulatione, neque tex. hoc dicit, sed cõpetit alia actio utilis ordinaria illis quorum interest, ut utilis petitio hæreditatis, uel utilis actio ex testamẽto pro legatis fideiõmissis, & libertatibus datiua ex suppletione legis, & fuit ante eum opinio Iacobi de arena & Alberi. in dicta l.iis uerbis.qui uolebat ꝙ actiones datiuæ prædictæ competerent & non ex stipulatu.per tex.in l.cum causa cognita.ff.de uulgar. & pupillar. in fin. dum dicit in plurali utiles actiones competere, ergo non est actio ex stipulatu quæ unica est, & dum dicitur, quod libertatibus prospectum fuit, ergo præsupponitur testamentum pupillare non fuisse extinctum per arrogationem, seu factum irritum iuxta tex.insti.quibus mo.infir.testam.§.alio quoque modo. & §. ne tamen.quia non posset competere libertas annullato testamento, & per consequens actiones ipsæ ordinariæ utiles ex testamento competere uidentur, & hoc sequitur hic Niger.

57 Sed tamen mihi † magis placet hoc exemplum cum communi opinione, nam si non haberet substitutum & solum succederetur ei ab intestato omnino exemplum uidetur procedere, quoniam ipse non potest habere hæredem & solum potest succurri ei ex prædicta cautione per actionem ex stipulatu, si uero succederetur ei ex substitutione, uel propter testamentum, & tunc opporteret dicere quod per arrogationem non fuit factum irritum testamentum, sed quod omnia iura essent suspensa, quod est contra intẽtionem illius legis, quę noluit impedire effectum arrogationis, sed tantummodo subuenire illis quorum interest.& ita læderentur regulæ iuris, & competerent duo priuilegia, unum quod ille qui nihil habet posit habere successionem contra.l.3.§.fin. de uerborum significatio.Et aliud, quod suppleatur petitio hæreditatis, & actio pro legatis, & fideicommissis. contra legem primam.Cod.de dot.promissio.sed tenendo quod suppleatur stipulatio unum spetiale est tantum & facile, & non est opus sustinere testamẽtum, sed uia directa, quasi stipulatio sit apposita omnibus cum facilitate succurritur. præterea si testamentum cum successionibus conseruaretur nõ fuisset opus cogere arrogatorem præstare cautionem, sed suffecisset quod lex diceret testamentum stare in suspenso, & si moreretur pupillus competerent actiones suæ, quod est contra intentionem illius text. & clarius in. §. cum autem. insti. de adoptioni.

Non obstat quod sit prospectum libertatibus, quia per satisdationem litera illa uult prospectũ fuisse perinde ac si ualida permãsissent legata. nec obstat quod si non possent competere plures actiones, sed unica ex stipulatu, quia imo & plures competunt, quoniam tot sunt stipulationes quot res l.scire debemus.ff.de uerb.oblig.nec obstat quod ex stipulatione ficta non detur utilis actio sed directa & uera, ut per Areti.in l.quod meo. ff.de acquir.possessio.& l.certe.ff.de pręca.ut dicebat hic Rippa.quia imo potest esse utilis, cũ tota hæc stipulatio sit legalis, & sine primordio ueritatis, ideo necesse est quod sit utilis idest legalis, & in dicta l.quod meo.& l.certe.est primordium ueritatis naturale ut posit acquiri uera possessio. uel secũdo & probabilius responde, quod illa stipulatio non præstatur cum illis quorum interest, quia ipsi ignorant præcessisse, sed solum præstatur notario.ut dicitur in dicta l.non aliter. per quem acquiritur sola utilis.ut est tex.in l.iiij.infra rem pupilli saluam fo.ergo si utilis erit quando est interposita uera stipulatio, tanto fortius erit utilis hæc ficta, & fingitur notarium stipulari ab arrogante nomine omnium succedentium. ideo nihil aliud suppletur nisi ꝙ quia notarius ommisit perinde est ac si esset apposita.arg. l. quod si nolit. §. quia assidua.ff.de ædilitio edicto, cum aliis cumul.per Nigrum in stipulatione ommissa per notarium in Rub.supra eod.nu.120. & sic est uerus intellectus ad illum tex.qui etiam confirmatur, dum in.§.cũ autem.insti.de adoptio.dicitur, permitti illis qui uenissent ad successionem, ergo non uenerant, & erant incerti, & propterea exẽplũ remanet bonũ.

58 Secundus casus † ponitur in l.j.Cod. de rei uxo. actio.§.j.ibi omnes dotes actione ex stipulatu peti, & ibi glo.& docto.in l.j. ff. solut. matrimoni. & Bart.in dicta l.si is qui pro emptore. sed contrarium tenuit glo.in dicto capitulo is qui fidem.ff. de sponsalibus uolens quod imo sit præsumpta.& idem Bartol. sibi contrarius in l. Iulianus uerum debitorem.colum.9.ff.de condi.ind. & in l.3. §.j. colum.3.ff.de peculio.& est alia glo.in l.j.§.accedit.Cod.de rei uxor. actio.qui omnes dicũt quod est præsumpta, & est magni effectus, quia si est præsumpta, per probationes in contrarium tollitur, sed si est ficta, non admittitur probatio, quia lex uoluit.Tu tamen dicas ex mente docto.quod utrũque potest esse uerum.nam si est dubium an ipsa interuenerit; & tunc appellabitur præsumpta ex natu-

natura præsumptionis.sed tamen si eueniat quod probationes in contrarium fiant demonstrando quod non interuenit,& tunc amplius nō erit præsumpta, sed necessarium est dicere quod erit ficta, quia tex.generaliter dicit,omnes dotes per actionem ex stipulatu peti & si nos faceremus quod facta probatione amplius non esset stipulatio, sequeretur quod essent multi casus in quibus dotes per actionem ex stipulatu non peterentur, quod est contra intentionem illius text.propterea cum paruæ sit utilitatis dicere quod sit presumpta, cũ facta probatione recurrendũ sit ad fictionẽ, generaliter dixerunt docto.quod fingitur stipulatio,& est opinio tutior & tenenda.Et propterea remanet quod exemplum dicitur esse bonum, & glo.in dicto cap.is qui fidem. reprehendunt Abb. & prępositus ibidem.

59 Tertius casus† ponitur in l.cum de in rem uerso.ff.de usur.præsupponendo quod usurę non possunt deberi nisi per stipulationem.l.quamuis.Codic. de usur. nam ibi tex. uult quod si filius familias accepit pecuniam mutuo,quamuis non teneatur pater propter senatus consultum Macedonianum,tamen si uersa est in utilitatem patris tenetur,& ibi tanquam esset uersa soluit usuras,& cum negaretur ab hæredibus patris,dicitur quod præsumitur uersa ex eo quod soluit & tenebitur in futurum etiam soluere usuras.unde cum ibi interuenerit stipulatio,necessarium est dicere quod fingatur,cum alioquin usuræ deberi non possint, & idem procedit in secundo casu quando soluisset usuras pro dote, & sequuntur communiter *docto.sed tamen contrarium tenuit ibi Bart.in summario & in materia,dicens quod ex diuturna prestatione inducitur tantummodo præsumpta obligatio usurarum & sortis, & idem repetiit colum. penul.uersi.item in hac lege, numer. 12. & infert idem etiam esse in rustico soluente per longum tempus unum par caponum,& hãc ultimam tenẽt hic mod. & Niger quod admittitur probatio in contrarium,& si probaretur quod si ex errore seu ex iniusta causa præstatio facta fuisset,cessaret pręsumptio, & in posterum amplius non teneretur, imo quod soluisset posset repetere per condictionem sine causa,ut per Cy.& alios in l.si certis annis.Cod.de pactis.ubi dixi.& Alcia.hic. & quando est fictio non admittitur probatio in contrarium.l.si duo.ff.de acquir.hæredi.cum glo. & hæc opinio etiam mihi magis placet, esset enim nimis durum & iniquum quod ex præstatione decẽnali tantum unus perpetuo obligaretur ad soluendas usuras & sortem principalem, si per errorem uel sine causa soluisset.

60 Ad hoc autem † ut perpetua sit obligatio, oportet quod soluatur per tempus cuius initii memoria non extat, tunc perpetuo obligatur, tanquam fuerit constituta seruitus.l.j.§.ductus aquæ. digest.de aqua quotidi & ęstiua. & tunc non admitteretur probatio in contrarium propter illud longissimum tempus, simile etiam seruaretur in cap.super quibusdam.§.prętерea. extra de uerborum significatione. & talis allegatio prodest etiã in solutione uel liberatione decimarũ, in quibus non admittitur præscriptio etiam lõgissima, quæ contra Deum non procedit,ideo qui allegata liberationem decimarum non debet dicere se præscripsisse,quia non audiretur,sed debet dicere cõpositionem factam fuisse,& eam probare per tempus cuius initii memoria non extat, contra quod non admittitur probatio, ut per Hosti. in summa de decimis.cum cõcord.ibi adductis igitur cũ in proposito non fuerit cursus nisi decem annorum, admittetur probatio in contrarium.& exemplum remanebit non bonum, quoniam ibi est præsumpta non ficta stipulatio.

61 Quartus casus† ponitur secundum Bar.in l.si finita.§.eleganter.ff.de damn.infecto.ubi si habens domum ruinosam citatus fuerit a uicino ut præstet cautionem de damno infecto, & dum differret eam præstare,ruit domus,& dedit damnum,dicitur quod pretor prouidebit ex officio suo, uel decernet actionem utilem dandam,& ibi glo.intelligit de actione ex stipulatu, & sic fingitur stipulatio,& istud exemplum tenuerũt communiter *docto.hic & ibi.sed tamen opportet quod prætor decernat eam dandam esse,quod cum ratione inductum fuit,quoniam prætor uidebit an ille habuerit iustam causam non præstandi, & tũc prouidebit ex solo officio suo secundum quod uidebitur sibi æquum.sed si uidebit eum iniuste procrastinasse & distulisse sine causa,tunc decernet dandam esse actionem,quasi stipulatio fuisset interposita propter contumaciam, & sic ratio illius fictionis dependet a contumacia, & non inconuenit,cum & multa alia in odium contumacis inducantur.ut habetur in l.de ætate.§.qui tacuit. de interogatoriis actio.& in Rub.& Nigro.ex. de dolo & contumacia.& quod ibi fingatur stipulatio probatur necessario,quia nulla interposita cautione per ruinam domus suæ nemini potest competere actio ordinaria,& tãtummodo ex ædicto prætoris fuit succursum uicinis.l.cum postulassem. ff. de damn.infect.ideo dum dicit dandam esse actionem,necessario intelligitur ex stipulatione seu cautione præstanda,& propter cautionem dilatam, & sic exemplum est bonum.

62 Quintus casus† ponitur in l.cum ostendimus.§. fi.ff.de fideiusso.tuto.ubi si datus est tutor a iudice,& nominauerit fideiussores præsentes, quibus tacentibus nomina eorum redegit notarius in actis,conueniri possunt ex fideiussione, & sic ibi fingitur stipulatio fideiussoria, & ratio assignatur hic per Bar.quia simplex patientia in iudicio, seu præsentia cum calore iudicii inducit illam fictam stipulationem. simile est in pacto nudo in iudicio apposito quod uestitur solo calore iudicii ut hic per Alexand.& in confessione sine causa, quæ calore iudicii uestitur secundum Ias.hic, & in l.post quam liti.Cod.de pact.& idem est in renuntiatione iuri de futuro, ut hic per Ias. & in l. j. Cod. de pact.Sed tamen contra istam rationem ita firmatam est tex.in l.omnes.§.in hac.el, secundo. Cod. de epi.& cleri.ubi clerici non tenentur præstare fideiussores in iudicio,sed solum ptomittere, & ad

ditur postea quod debet interuenire solemnis stipulatio, ergo ex præsentia etiam cum promissione non fingitur stipulatio, sed opportet quod interueniat actualis & solemnis.

63 Bartol. ibi † sentiens contradictionem. dicebat quod solus calor iudicii & præsentia non inducit fictam stipulationem, sed est necessarium aliud secundum, quod concurrat etiam fauor pupilli, & ita intelligit dicta. l. cum ostendimus. aliter declarando quam faciat hic. Sed adhuc contra istam subauditionem instatur, quia nec etiam fauor pupilli cum præsentia sufficit ad fingendam stipulationem & inducendam fideiussionem, est text. in l. si filius. supra de tutelis. ubi si filius familias est datus tutor patre præsente & in iudicio, ipse pater non obligatur ad tutelam, neque tenetur ex administratione filii nisi eam agnouerit, & sic non præsumitur stipulatio neque fideiussio. soluit hic Soccin. quod ibi pater non erat passus scribi nomen suum in actis, & deficiebat unum requisitum, sed si ultra quod datus fuisset tutor filius pater permisisset nomen suum scribi, tunc tanquam fideiussor teneretur ex ficta fideiussione, tamē nec etiam hęc solutio tollit totum contrarium, cum ibi pater fuisset nominatus.

64 Ideo Bartol. usmet † Dy. Iacob. de arena. Ray. & * Nicol. de neapoli & communiter * doct. ibi tenent tertium requisitum esse necessarium adhoc ut fingatur stipulatio, & uolunt quod dicta l. si filius, declaretur per dictam l. cum ostendimus. §. fi. ut ad fingendam stipulationem tria sint necessaria, fauor pupilli, & quod fideiussores sint nominati in iudicio, & quod eorum nomina sint eis præsentibus descripta a notario, & tūc fingitur stipulatio, & sic ille text. procedit in casu suo, ideo Ias. hic dicit, breuiter concludas quod ibi illa fictio procedit dictis tribus cōcurrentibus, & quod uno deficiente non procederet, & hæc est communis opinio & tenenda.

65 Addebat † etiam Bartol. ibidem in secunda & tertia lectura, quod si accusatus de aliquo crimine seu inquisitus nominauit aliquos in fideiussores præsentes, quorum nomina fuerunt descripta in actis, inducetur illa ficta stipulatio, quia licet non interuenerit fauor pupilli, tamen dicitur interuenire fauor reipublicę, qui æquiparatur, & eo interueniente præsentia cum taciturnitate in iudicio stipulationem inducit, sed opportet quod illa tria interueniant ut tenent hic communiter * doct. & per text. in l. secunda ff. ad Municipal. dicebat tamen hic Alcia. posse teneri quod in dicta l. cum ostendimus. §. fin. etiam dictis omnibus concurrentibus non fingatur stipulatio, sed potius detur quædam actio suppleta a lege, perinde ac si esset facta stipulatio, ita quod ibi sit actio datiua, non natiua, quod probat, quia tex. dicit, perinde ac si stipulatio fuerit apposita. ergo nec uere nec ficte ibi fuerat apposita, quia dictio (perinde) importat fictionem tantum quantum ad effectum obligationis non quantum ad stipulationem, sicut in simili dicitur in l. prima. §. nunc tractemus, de tutel. & rationibus distrahend, in fi. dum uult tutores teneri de facto alterius perinde ac si fideiussissent, ibi addit, quod utilis actio datur in contutorem, non tamen sequitur quod fingatur stipulatio, ut uoluit Bartol. in l. reos. colum. ij. de duob. reis. quod confirmat. dum in fin. legis dicitur eandem esse causam affirmaturum, qui tamen obligantur ex simplici affirmatione sine stipulatione. l. & eleganter. §. fi. ff. de dolo. ubi obligat̄ de dolo non actione ex stipulatione. l. ij. C. de dolo.

Sed tamen tu dicas quod in dicto. §. nunc tractemus. non ponuntur uerba quæ ipse refert, ut teneantur perinde ac si fideiussissent, sed solum dari actionem in contutorem, & glo. ibi dicit, quod est utilis actio negotiorum gestorum, & est diuersum in pluribus fideiussoribus, & sic ille text. nihil facit. nec obstat quod in dicto. §. fin. dicitur eandem esse causam affirmaturum, quia in illo casu dabitur utilis mandati, uel alia ordinaria competens contra ueros affirmatores, & similitudo sit, quod sine contractu expresso datur actio, nec ibi potest dari uera actio de dolo, cum non affirmauerint, sed fingātur affirmasse ex sua pręsentia cum patientia. confirmabat quoque ipse suā opinionem per tex. in l. ij. infra ad munici. ubi pater præsens & tacens tenetur tamquam fideiussor & tamen non fingitur stipulatio, quia quando pater approbat nihilominus tenetur. l. ij. Cod. de filio familias. igitur (dixit ipse) erit obligatio ex fideiussione tacita licet non interuenerint uerba l. blanditus. Codic. de fideiusso. quia in fideiussione tacita non requiritur stipulatio, sicut nec requiritur consensus, nec scientia in pacto tacito. l. ij. Co. de pact. sed tu considera, quia si uis quod sit fideiussio tacita, opportet quod sit consensus pręsumptus a lege, sicut in dicta. l, ij, ergo probando quod non consentiebat. extingueretur actio, quod non est de intentione dictæ l. cum ostendimus. nec dictæ l. secundæ. ff. ad municip. melius est ergo dicere & minus offenduntur regulæ iuris, quod fingatur stipulatio ex qua nascatur utilis actio ex stipulatu, & hoc sit introductum fauore pupilli cū aliis requisitis in dicta l. cum ostendimus, & quod in dicta l. secunda ff. ad municipales, similiter fingatur, stipulatio fideiussoria fauore reipublicæ, & ita tenendum est.

66 Habes igitur hucusque † duas opiniones, unam communem. quod non fingatur stipulatio nisi cō currentibus illis tribus supradictis, quam supra firmauimus, & aliam Bartol. quod sufficiat præsentia cum calore iudicii ad talem fictionem inducē dam in dictis locis. unde succedit dubitatio, quæ opinio uerior sit, & pro opinione Bart. hic inducitur tex. in dicta l. cum ostendimus. qui tamen necessario non probat ut dictum fuit, cū ibi interueniant illa tria.

Secundo adducitur tex. in l. prima. §. primo. infra a quibus appellare non licet. ubi ualet renuntiatio appellationis in iudicio facta, & non extra iudicium, quia ut dicit ibi Bartol. præsentia in iudicio inducit stipulationem, sed nec ille tex. probat fingi stipulationem, cum solum confirmet renuntiationē appellationis alias inutilē, & facit

quod

quod illa uestiatur calore iudicii, de quo infra dicitur. Secundo respondetur quod ibi pars erat præsens quę acceptauit, uel saltem iudex, quod ius eis potuit per suum consensum acquiri, ut iure pacti uideatur ualere, secundum Ias. in l. j. colu 6. Cod. de pact facit lex fi. §. fi. Cod. de tempori appellationum.

Tertio adducitur glo. in l. si fideiussor. digest. qui satisdare. coga. quæ dicit fideiussorem pro Titio cum protestatione quod renunciet foro ualet, ut inducatur renuntiatio calore iudicii. sed respõsio est facilis, quod ibi erat fideiussio uere facta, & solum agebatur de renũtiando priuilegio, quod facile est, unde melius facit pro alia quæstione de pacto. præterea ibi agitur de renuntiando priuilegio, quod faciliter fieri potest. l. eius militis. §. militia missus. ff. de milit. testam. item (dicit Niger) pręsentia fuit cum actu præambulo extrinseco, quo casu etiam in extraiudicialibus inducitur obligatio. l. qui patitur. supra mand. & l. si fideiussor, ff. ad municipal. item potest dici quod non est uera ut hic per eum.

67 Quarto † adducitur tex. in l. manumissio per lictores. ff. de manumiss. uindi. ubi manumissio per lictores ualet, & uerba solemnia pro dictis accipiuntur. sed iste nec etiam probat, quia loquitur de actu hodie non requirente uerba. unde non cõcludit de stipulatione pro alio actu iudiciali, nec etiã probat, quia ibi agitur de fauore libertatis, item ibi interuenerat aliquis actus extrinsecus, ut iussio Domini, uel accessio ad locum ex illa causa quæ facit præsumi consensum, cum non sit credendum per lictores in præsentia iudicis factam fuisse illam manumissionem, nisi aliqua causa pręcedente facerent. & solum ibi erat dubium, an stante mandato esset opus ut ipse proferret uerba.

Quinto uidetur tex. in capitulo secundo, de accusatio. in 6. & ibi Dominicus. in fin. super glos. fi. ubi inquisitio facta de præsente & tacẽte sine infamia præcedente ualet calore iudicii. sed respondetur quod nõ probat in stipulatione, nec de iis quæ requirunt uerba, cum ad substantiam sententiæ non requiratur quod infamia præcedat inquisitionem, nec etiam potest dici quod probet de pacto, quia ibi interuenit alius actus, quoniam dedit responsum inquisitioni, & non negauit ius suum, & ei uidetur renuntiare.

Sexto inducitur per Alexand. & Ias. quia cautio nuda a causa æquiparatur stipulationi sine causa quia in utraque obstat exceptio, l. secunda §. circa. digest. de doli exceptione. sed confessio sine causa ualidatur calore iudicii l. j, cum glos. fin. de interrogatoriis actionibus. ergo etiã actus nudus a stipulatione ualidatur calore iudicii, ut inducatur stipulatio, sed respondetur quod ualidatur propter iudicium, quoniam causa præsumitur ex qua in iudicio deliberate uidẽt respondere. sed non infertur per hoc quod stipulatio inducatur quæ requirit prolationem uerborum quin imo nec etiam probat quod pactum uestiatur calore iudicii, quia ibi confessio acceptatur a iudice uel a parte interrogante, & habet uim consensus ex dispositione iuris communis.

Septimo inducitur, quia renuntiatio de futuro non ualet, & tamen in iudicio ualet. glos. fin. in l. in plurium. digest. de Hæredi. insti. sed respondetur, quod nihil concludit de stipulatione, nec etiam probat de pacto, quia per glo. uult, quod sit pars, uel iudex qui acceptet ut efficiatur pactum, & per pactum renuntiari potest iuri de futuro. ut no. in d. l. prima & l. postquam liti. Codic. de pact. unde calore iudicii nihil noui inducitur.

Octauo allegatur lex pacta nouissima. Codic. de pact. & glos. in l. prima. digest. de confessis. quæ dicit, quod confessio mutui in iudicio non recipit exceptionem non numeratæ pecuniæ, & hoc inducit calor iudicii, ergo & stipulationem. Sed respondetur quod etiam non concludit de stipulatione neque de pacto, ut per Decium in dicta l. pacta nouissima. in tertio not. confessio facta in iudicio nõ præsumitur facta spe futurę numerationis, q̃a uidetur facta cũ magna deliberatione.

Nono Soccin. adducit text. insti. de fideiusso. in fin. ubi dicitur quod in stipulationibus fideiussorum quodcunque scriptum fuit quasi actum id uideri actum, ergo uult ille text. quod in stipulationibus fideiussorum semper uideatur actum quod sit stipulatio, ergo non in aliis argum. l. cum prætor, de iudiciis. & dum ponitur uerbum (uideri) denotatur fictio, ergo uidetur in stipulationibus fideiussorum fingi stipulationem quasi accessoria sit. Sed respondetur, quod hoc non defendit Bartol. generaliter, sed solum in stipulationibus fideiussorum. præterea ille text. non loquitur de fictione stipulationis sed de præsumptione solemnitatis, secundum generalem materiam positam in l. sciendum. infra eodem, ubi dicitur quod si a notario scriptum fuit unum uerbum inducens seu denotaus substantiam unius cõtractus cętera pręsumuntus solemniter acta, & repetitur in. §. si scriptum. insti. de inutilibus stipulationibus, & ideo si notarius in actis scripsisset talem nominatum fideiussisse, tunc esset fideiussio, & cætera pręsumerentur solemniter acta. Sed opinio Bar. non ita se habet. Sed solum dicit quod nominatus fuit ut fideiussor in iudicio & absque eo quod notarius scribat eum fideiussisse uult fingi stipulationem. unde loquitur in diuersis terminis, & eius opinio non probatur.

Posses tamen tu dare nouum intellectum ad dictã l. cum ostendimus. §. fi. dum dicit quod ille nominatus passus est nomen suum redigi in actis, & propterea inducitur stipulatio, ut intelligamus ꝙ notarius scripserit hoc uerbum eum fideiussisse, quoniam si redegit in actis nomen suum tanquam fideiussoris non põt bene fieri interpretatio quod aliter scriptũ fuerit quã quod dixerit eũ fideiussisse, & si hoc modo intelligeres redderetur ille tex. sine difficultate, & nullum speciale haberet, quia secundum regulas iuris cõmunis ibi induceretur stipulatio, sed secundum declarationẽ Bart. ille tex. non probat eius opinionem.

68 Contrariam † tamen opinionem, quod imo so

lo calore iudicii ex præsentia & nominatione facta in iudicio sine alia subauditione non fingatur stipulatio tenent communiter* doct. supra relati, & primo adducunt text. in l.mutus.§.is qui,de procur. ubi si petatur curator adulto præsenti requiritur quod ipse adultus consentiat. ergo sola presentia cum calore iudicii non facit. ad istum textum dantur plures responsiones per tenentes opinionem Bartol. hic,primo quod loquitur de presentia, quod est diuinare. Secundo quod illa datio non ualeret etiam adulto consentiente si ne decreto, respondetur etiam quod ille tex.procedit, quamuis interuenisset decretum, quia curator non datur inuito.§. inuiti.insti.de curatori. Tu quarto responde, quod in datione curatoris lex ulterius pocessit, quia uoluit quod non daretur nisi presenti & tacenti, ut insti. de curato. §. fin. ibi, uel absens uel infans it qui petere non possit.

Secundo contra Bartol.facit, quia attenta eius solutione inducerentur duo priuilegia, unum, quod patientia habetur pro cõsensu,Aliud,quod sine uerbis induceretur stipulatio, quod non est dicendum, argum.l.j. Codic. de dot. promissio. sed respondetur quod imo est unum priuilegium tantum de stipulatione, quia consensus uenit in consequentiam stipulationis,& duo spetialia hoc modo concurrunt,ut no. in l.singularia, supra si cert. petatur.

Tertio facit,quia illa uidetur regula cõmunis, quod quando quis processit ad aliquem actum præsumitur consentire etiam in sui præiudicium. l. filius.digest. ad macedonia. sed responde quod non facit ad præsumendam stipulationem. sed solum ad inducendum consensum, item in casu dictæ l. cum ostendimus, non processit ad aliquem actum sed solum fuit nominatus ut fideiussor,seu nomina scripta in actis, & in stipulatione maior spetialitas requiritur, & sic apparet quod nec etiam fundamenta contra Bar.stringunt.

69 Nihilominus † ex prædicta discussione habes multos intellectus ad dictam.l.cum ostendimus. primus est, quod ibi fuit fideiussio tacita.argum. l.secundæ. Codic.de pact. quem supra reprobaui. Secundus, quod ibi præsumitur stipulatio ex communi regula, quia erat scriptum illos fideiussisse, qui tamen non tenetur, quia ibi nulla esset dubitatio, tamen cum ego dixi tutiorem esse, cum non bene possit notarius in actis redigere nomen sine illo uerbo (fideiussisse) Tertius quod ibi stipulatio fingitur calore iudicii, quem doctor. reprehendunt, Quartus quod ibi sit spetiale,sed inducatur ex communi regula, quia interuenit actus extrinsecus, sicut in, l. si filius familias. ad Macedoni. qui etiam reprehenditur, quia procederet quantum ad consensum solum,non autem ad inducendam formam stipulationis. item ibi nõ bene probatur quod interuenerit aliquis actus extrinsecus. Quintus est, quod ibi fingitur stipulatio propter multiplicatum actũ scilicet propter præsentiã, & quia nominati fuere tanquã fideiussores in iudicio,& q̃a postea scripta fuere in actis, & ex illa geminatione inducatur spetialitas, sed non est uerus,quia presentia non est actus sufficiẽs neque ibi bene potest dici duplicatus actus. Sextus est intellectus, quod ibi illud sit propter fauorem pupilli, concurrente quod sit nominatus in iudicio ut fideiussor, & quod ille sciens passus fuerit describi nomen suum tanquam fideiussoris, nã tunc ibi interueniunt duo consensus uniti cũ fauore popilli, qui faciunt ut fingatur stipulatio,& hic est communis intellectus supra firmatus, & etiam procedit quando interueniret fauor reipublicæ concurrentibus illis duobus,arg. tex. in d.l. ij.ff.ad Municipal.& per Bar.in dicta l. cum ostendimus in secunda & tertia lectura.

70 Prædicta † tamen difficultas hodie cessat ex cõsuetudine,quia de facto non reperitur hodie notarius qui scribat integram solemnitatem stipulationis, & sæpissime solum dicat præsenti, & stipulanti, & quando in actis datur fideiussor uel interponitur aliqua stipulatio prætoria,nunquam notarius scribit solemnitatem interrogationis & responsionis, & solum obseruat quod hic dicit Bar.ut si aliquis est nominatus ut fideiussor, scribit nomen suum in actis,& plus non ponit, & tamen habetur pro stipulatione perfecta,& talis solemnitas per consuetudinem remitti potest, ut dixit Areti.hic per l.manumissio per lictores.supra de manumiss.uindi.& potest confirmari per multa adducta supra pro opinione Bartol. & per dictãm. l. cum ostendimus. secundum uarios intellectus.

71 Et quod † per consuetudinem remitti posit,tenuit Bal.in l.de quibus.supra de legibus. in colu. 18.argumento l.legitima. supra de pact. & idem uoluit Benedictus de plumbino in dicta l. manumissio.ubi infert ad castellanos castrorum qui dicuntur fideiussores ad cameram principis, & describuntur presentes & tacentes tamquam fideiussores.nam per talem consuetudinem obligantur,per illum tex.& sequitur hic Socci.nu.3.& dicit esse notandum,imo plus faciunt notarii, quia postea authenticando illum processum scribunt interuenisse illam solemnem stipulationem, & tamen probata ueritate facti possent argui de falso, ex eo quia mentiuntur dicendo quod interuenerit illa interogatio & responsio, & promissio ipsius tacentis,tamen tolleratur, quia per consuetudinem remissa est,uel saltem facit ut fingatur illa solemnitas interuenire, & hac de causa inoleuit alia consuetudo quæ tamen a lege fuit approbata ut sufficiat scribere aliquem fideiussisse interuenientibus tamen aliquibus uerbis fideiussoris, secundum materiam generalem positam in l.sciendum.infra eodem.& sic uides in quantum derrogatum fuit huic rigori stipulationis, ut uix possimus dicere inter pactum nudum & stipulationẽ ullam remanere differrentiam effectualem, & solum differre in nudo nomine, quia hæc subtilitas ab idiotis non bene percipitur.

72 Plus etiam † seruatur in hoc regno Siciliæ,quod plæraque instrumenta fiunt inter absentes, cum uerbis, præsenti & stipulanti, nam uadit notarius

rius ad unam partem & accipit eius consensum cum testibus, & postea uadit ad aliam partem & coram ea legit totum instrumentum, & tamen scribit præsentibus partibus & stipulantibus, hoc enim ex consuetudine tolleratur, quamuis in ueritate possit argui de falso, & est expresse contra text.in.§.nostro.in auth.de tabellio. ubi refertur talis mos antiquus qui seruabatur a tabellionibus, & mittebant seruitores ad accipiendos illos cōsensus, & postea scribebant coram ipsis factum contractum, quod omnino reprobatur ibi, & disponitur quod nullum possit fieri instrumentum nisi præsentibus partibus & notario de facie ad faciem, tamen tolleratur ex consuetudine, quę hoc poteit facere, per prædicta.

73 Constituas† igitur de iure regulam contra Bar. hic, quod patientia in iudicio & præsentia non habet uim stipulationis. l. omnes. §. in hac. Cod. de episcop. & cleri. & per Ioannem Andr. in capitulo is qui tacet. de reg.iur. in.6. Archi. in cap. sacerdotes. 16. quæstion. 3. & capitulo sine exceptione. 12. quęst. 2. & Feli. in capitulo cum omnes. de consti. & hic per Rippa. num. 18. Ampliatur procedere etiam quod interueniat scriptura, ut probatur in dicta. l. cum ostendimus. §. fin. secundum intellectum communem qui requirit tria, alias non inducitur fictio. Ampliatur secundo etiam quod interueniat expressus consensus, quia non habet uim stipulationis. l. siue apud acta. Co. de transactio. Tertio ampliatur ut procedat etiam fauore pupilli, si non concurrant alia duo ibi posita, ut per glos. in l. si filius. digest. de tutel. & in dicta l. secunda. digest. ad municip. nisi lex expresse hoc diceret, ut in l. iis uerbis. supra de adoptionibus. Quarto ampliatur procedere etiam quod interueniat duplex patientia, secundum Alexandrum hic referrentem intellectum Romani ad dictam l. cum ostendimus. quod ibi esset gemminata patientia, quæ non sufficit nisi interueniat etiam fauor pupilli.

Limitatur primo, non procedere quando interuenit fauor pupilli, & concurrit illa gemminata patientia, dicta. l. cum ostendimus, secundum communem intellectum. Secundo limitatur ut non procedat quantum ad simplicem consensum, quia in iudicialibus (si actus fiat in prę iudicium præsentis) inducitur quidam tacitus cōsensus ex quo non reclamauit. capitulo secundo de accusatio. in 6. l.j. Codic. de relationibus. non tamen inducitur stipulatio ut dictum fuit, & etiā inducitur consensus cum temperamento posito per Feli. in capitulo cum in iure peritus. colum. 3. de offic. deleg. & per Ripp. hic num. 21. Tertio limitatur, nisi consuetudo sit in contrarium, quæ ualeret ut dictum fuit, quod taciturnitas sola habeat uim stipulationis, per allegata per Soccin. hic, & per Bartol. in l. de quibus. column. 12. de legibus. & ibi etiam Bal. & hæc quasi absorbet totam regulam, & tot labores nostros quasi reddit inutiles. Quarto limitatur nisi notarius scriberet aliquem fideiussisse, uel aliquem præsentem promisisse, nam tunc stipulatio induceretur non tantum in iudicio, sed generaliter in omnibus locis, & in omnibus contractibus. per l. sciendum. cum materia. infra eodem ubi late dicemus. Quinto limitatur oon procedere nisi interueniat aliquis actus extrinsecus cōueniens stipulationi, quia induceretur tacita stipulatio, nisi interuenissent aliqua alia quæ subuerterent eam. sed tamen quomodo diceretur tacita stipulatio non bene apparet, nisi dicas eam esse uel præsumptam uel fictam a lege, cum forma per actum extrinsecum non possit induci. §. si quis ita. & §. si quis stipulanti. inf. eo.

74 Subiiciunt †etiam hic doct. & præcipue Alexand. utrum pactum nudum uestiatur calore iudicii. in quo Alexand. multum insistit, allegando pro & contra, & Niger refert decem fundamenta, quod uestiatur, quibus respondet. & postea refert octo alia quod non uestiatur, & similiter eis respondet, sed tamen postea nihil determinat. ego autem in l. siue apud acta. Cod. de transactio. feci mentionem de omnibus istis fundamētis, & retuli tres opiniones, & communis* est opinio, quod pactum uestiatur calore iudicii quando tendit ad iuuādum iudicium, & addit Alex. supra in Rub. multas glo. pro ista opinione. sed ego in dicta l. siue apud acta. tenui contrarium, quod non uestiatur calore iudicii, quia non interueniunt ea quæ sunt necessaria ad inducendum uestimentum & ad allegata in contrarium supra pro maiori parte dedi responsum, & in Rubric. multas alias responsiones posui quas non refero ne sæpius idē repetam.

Et generalis responsio datur, quod licet multos effectus operetur calor iudicii, non tamen probatur iure quod operetur uestimentum pactorum, & non possumus inferre, unus actus habet multa priuilegia ergo etiam in alio debet esse priuilegiatus. ut no. doct. in Rub. dige. solut. matrimonio qui dicunt, quod licet dos habeat quingēta priuilegia, non tamen possumus dicere, ergo etiam in hoc casu est priuilegiata, nisi adducatur lex priuilegians, alioquin confunderentur omnia iura, & diceremus quod casus priuilegiati non continentur sub legibus, & ego ibi late comprobaui illam opinionem, ergo cum nullo iure probetur, quod calore iudicii uestiatur pactum, sequitur quod debemus dicere illud non uestiri, quinimo ea quæ sunt de substantia uestimentorum deficiunt, ergo non potest inferri quod sine uestimentis uestiatur, & procedit indistincte etiam quod tendant ad iuuandum iudicium, nam pactum uestitur cohærentia contractus, quia apponitur incontinenti. l. petens. Codic. de pact. sed hoc non potest cadere in pacto apposito in iudicio, quoniam non potest dici incontinenti apponi, cum iudicium habeat dilationem trium uel quatuor annorum, contractus autem unico contextu fiunt, & potest uerificari uerbum incontinenti.

Si quis tamen uellet tenere communem opinionē, deberet facere regulā negatiuā. ꝙ nō uestitur. per dictam. l. siue apud acta. Cod. de transactio.

& l. si procedente. §. Lutius. uersi. pactus. digest. mand. limitatur non procedere quando pactum fit ad coadiuuandum iudicium, ut puta si fiat pactum de iudicio sisti & iudicatum soluendo, & expensis reficiendis, in qua limitatione procederet communis opinio, dummodo promittatur illud quod præiudicium quis ex se tenebatur facere, secus si pro alio, dicta l. omnes. §. in hac. de epis. & cleri. Secundo limitatur non procedere in pacto nudo habente implicitam confessionem de iniusta sententia contra se lata, per tex. in dicto. §. qui prouocauit. pro quo facit quod in simili dicit Bal. in l. si pater. Co. Ne de stat. defuncto. quem refert, & sequitur Alex. in l. si conuenerit. de iurisdictione omnium iudicum. & hic Rippa.

75 Ex quibus † habes quatuor casus in quibus fingitur stipulatio. Alius casus ponitur in l. ij. ff. ad municip. ubi plus inducitur quod sola presentia patris consentientis nominationi filii obligat eum tanquam fideiussorem. & opportet ꝙ expresse contradicat, ut dicitur in l. honorē §. fi. de mun. & hon. & per illum tex. habes quod filii familias sunt de uniuersitate. & quod possunt fieri iudices, & iurati, & de ancianis, & de magistratu decurionum, ꝙ receptum est in multis ciuitatibus, ut Bononiæ, & hic in regno Siciliæ, sed Salerni & in multis aliis ciuitatibus filii familias non possunt interuenire in uniuersitate, neque etiam esse de magistratibus eiusdem.

76 Sextus † casus ponitur in l. si ita stipulatio. ff. de operis libertorum. ubi si patronus stipulatur a liberto, spondes mihi dare decem si non dederis decem operas, fingitur ibi stipulatio de dandis operis exclusa stipulatione de pecunia soluenda, & sequuntur hic communiter doct. sed Niger dicit illum tex. non probare. quia illa uerba conditionalia fauore patroni inducunt dispositionem, adeo quod in illis uerbis ressultat uera stipulatio non autem fingitur, sed hæc declaratio est expresse contra tex. qui dicit operas non esse promissas & dicit fingi stipulationem. unde est destruere illum tex. & contradicit regula, quod posita in conditione non sunt posita in dispositione l. Lucius. ij. ff. de Hæredi. insti. & ideo teneas exēplū quod ibi fingatur stipulatio fauore patroni.

77 Septimus † casus in quo fingitur stipulatio ponitur per glo. in l. rescriptum. §. si pacto. ff. de pact. in fi. glo. magnæ quæ dicit, quod si promitto fundū sub pœna, perinde esset ac si facta esset stipulatio expressa de pœna ut per stipulationem teneatur ad pœnam si fundum non dederit, & sic fingitur stipulatio, & illa glo. reputatur singularis ab Ang. Paulo. & Ias. ibi. Sed Alcia. hic impugnat dicens, quod ibi non fingitur stipulatio, sed illa ressultat ex ui uerborum, quia dixerat, promitto fundum sub pœna, ergo materialiter uidetur promittere fundum, & etiam promittere pœnam si non dederit fundum, probat, quia secundum Bartol. in statuto quantuncunque odioso fieret ista interpretatio, ut si fiat bānum sub pœna eris & pedis, quia utrunque uenit in bannum, & tamen si esset per fictionem, non attenderetur in statutis pœnalibus, l. 3. §. hæc uerba. digest. de neg. gest. quæ opinio, etiam mihi placet, ex eo quia facta una stipulatione ex aditione rerum multiplicantur stipulationes. l. scire debemus. infra eodem. ergo dicemus ibi esse aliam stipulationem factam, quod est rationabile ualde, ne ita faciliter inducamus has stipulationes fictas. & confundamus totam materiam nostram, habes tamen unum notabile, quod stipulatio de pœna includitur in stipulatione pœnali, ut dicendo promitto fundum sub pœna uideatur facere stipulationem de principali, & de pœna secundum formam positam in dict. l. scire debemus.

78 Octauus casus † ponitur per Bar. in l. hæc sententia, in fi. ff. de testam. secundum Ruy. hic, qui concludit quod si scribo me tibi debere centum ex aliqua causa, licet non dicatur quod illa centum tibi promitto, tamen uideor tibi promisisse, per illum tex. pro quo facit quod uoluit idem Bart. in l. codicillis. §. instituto, de leg. secundo. dicens, si mutuo tibi centum super tali fundo quod ille fundus censetur obligatus, sequitur Ias. in l. rescriptū. §. si pacto. in fin. digest. de pact. sed Alcia. reprehendit. quia ibi dicitur agere actione competenti ex illa causa, non autem quod aliqua stipulatio fingatur, & hoc mihi placet, facit tex. in l. Titius. digest. de consti. pecu. alioquin cum stipulatio sine causa non ualeat, sequeretur quod semper fingeretur stipulatio, & in casu dicti. §. codicillis. ex uerbis inducitur contractus pignoris, per ea quæ dicta sunt in præcedenti casu.

Nonus est casus in l. 3. §. item sciendum. digest. si cui plusquam per leg. Falcidiam. quem ponit. glo. in l. iis uerbis. digest. de adoptionib. ubi fiscus conuenitur perinde ac si cautio esset interposita. Sed Niger reprehendit, quia fiscus non tenetur satisdare, cum præsumatur semper idoneus, & non soluendo. l. prima §. si ad fiscum. & ibi glos. digest. ut leg. nom. cauea. & cum fiscus uere non præstat fideiussionem, dicendum est quod non fingitur ab eo interposita, alioquin fingeretur cauisse, quod ipse expresse facere non debet sicut etiam non tenetur satisdare literis securus ex legato paruo. ut dicitur in. §. præcedenti dicto. §. sciendum & hoc placet, & sensus illius text. est, quia soluens legatum non potest repetere per illum terminum nisi sibi præstetur cautio, tamen poterit exigere a fisco perinde ac si præstitisset cautionem, quasi noluerit hæres sibi præiudicare in soluendo fisco, tamen non inducitur stipulatio.

Decimus casus est in le. quamuis. §. penult. digest. ad uelle. ubi si mulier dolo intercessit pro alio tanquam principalis, & se per stipulationem obligauerit, datur actio ex stipulatu contra illum, cum quo uolebam contrahere qui submisit mulierem. & sic ibi stipulatio fingitur cum eo quamuis non sit contracta. Sed Alciat. dicit illum textum non probare, quia ibi uere constat quod non fuit stipulatio per interogationem & responsionem, quia fuit facta cumm muliere, sed propter dolū illius

qui

quì fecit mulierem se obligare tanquam principalem transfertur illa stipulatio per legem impersonam suam, unde ibi uera fuit stipulatio translata tamen de una persona ad aliam. l.j.eod. titulo & ibi Paul. de castr.

Vndecimus casus ponitur ꝑ glo. in cap.j. in uerbo (cautione) de consecra. distinct.4. ubi finguntur pueri stipulati esse, & ex baptismo obligãtur, sed ille text. nihil facit, quia ibi obligatio nascitur ex baptismo & ex sacramento, non autem ex stipulatione ficta, secundum Archi. ibi reprobantem illam glo.

79 Duodecimus †casus est, quãdo esset consuetudo quod fingeretur stipulatio interposita quæ non esset, ut in l. quod si nolit. §. quia assidua. ff. de ædili. ædicto. & tenuit Bal. no. in principio istius Rubricæ. dicens, cum in omnibus contractibus de consuetudine soleat apponi stipulatio (si fuerit ommissa) perinde habetur ac si esset apposita, & tenuit Soccin. hic col.3. dicens, quod consuetudine potest fingi stipulatio, & supra retuli. Sed tamen tu dicas quod iste casus hoc modo declaratus non est uerus, ut declaratur, quia in l. quod si nolit §. quia assidua. notarius scribit illam cautionem, quia præsumuntur contrahentes eam apposuisse, & mandasse notario ut eam scribat, nam consuetudo in illo casu non facit ut fingatur stipulatio sed ut contrahentes præsumantur fecisse, & notarius teneatur eam scribere, quasi ipsi eam fecerint, & notarius non scripserit.

80 Decimus tertius †casus est in augumento dotis quia stipulatio super una re apposita extenditur ad augumentum etiam factum ex interuallo, licet super illo augumento non fuerit interposita. l. etiam. & ibi Bal. in secundo not. Cod. de iur. do. & Ias. in l. quicquid adstringendæ. in principio. inf. eodem. sed iste casus nullus est hodie, quia continetur sub illo de leg.j. Cod. de rei uxo. actio. ubi fingitur stipulatio in dotibus principalibus, ergo etiam fingeretur in augumẽto, præterea potest dici quod est stipulatio cuius uirtus transfertur nõ autem quod noua stipulatio fingatur.

81 Decimum quartum †casum ponit hic Ruy. quando promisisti te obligaturum ad x. mihi, si postea non facis absque alia obligatione finitur stipulatio per quam te obligaueris mihi, ut circuitus inutilis euitetur. allegat Io. And. in rub. de oblig. & solutio. sequitur Alex. in l. cum fundus. §. seruum tuum imprudens. si cert. peta. & confirmat Ruyn. per glos. in l. si non sortem. §. adeo. de condi. ind. qui uoluit liberatione legata alicui perinde esse ac si esset liberatus, & ideo si soluit repetit, quia literis fuit grauatus liberare. & ad contrariũ quod aliud sit uendere & aliud facere pactum de uendẽdo. l. in bonæ fidei. ff. de eo quod cer. loco. respondet quod ibi illud est, quia uenditio est actus reciprocus, cum debeat interuenire prætium ex parte uenditionis, unde pactum non potest extendi ut sit uenditio, secus in obligatione ab una parte tãtum, & sentit Paul de castro in l. si hæres. §. si tamen. ff. de eo quod cer. loc. Alcia. tamen reprehendit, per illam rationem, quia Aliud est pactum de contrahendo, Aliud est ipse cõtractus, cum sequeretur quod omnis promittens contrahere diceretur contrahere incontinẽti, quod est falsum, ut no. in l. fideiussor. §. meminisse. de leg.j. Ad differrẽtiã Ruy. respõdet negando, quia in donatione est contractus ab una parte, aliud est donare aliud est facere pactũ de donando, Alex. in l. iurisgentium, in principio. ff. de pact. item promissio de dando dotem non est dotis constitutio secundum Bulg. in rub. ff. solut. matrimonio. & ad dictum Ioa. Andr. respondet hic Niger, quod ibi non fingitur stipulatio, cum posit per. pactum nudum promittere, qa obligatio fit ex causa donationis, quo casu hodie potest conueniri. per l. si quis argentum. C. de donatio. quando uterque sciebat causam non subesse, & tunc prẹsumitur donatio. Alex. in l. a Titio. col. secũda inf. eo. quod ego puto uerum, quia facilius ex pacto de donando & de obligando potest præsumi donatio, quã stipulatio, quæ requirit formam suam, & esset incõueniens dicere quod ex omni promissione de faciendo contractum fingeretur stipulatio, & confunderetur tota materia stipulationis.

82 Et ex dicto †Ioa. Andr. infertur ad quæstionem quotidianam quæ de facto euenit, quidam promiserat uendere fundum pro centum, & cum uenditor (dum possedisset emptor) allegaret uenditionem esse factam, & fructus fuisse suos, alter uero dicebat uenditionem non esse factam, & quod ille possederat rem alienam scienter ex causa pignoris, & fructus debere imputari in sortem, & Alcia. hic uidetur distinguere, aut prętium fuerat solutũ, & tunc præsumitur uenditio facta, aut uero nõ fuerat solutũ, & tunc secus sit, quia aliud est uẽdere aliud est facere prætium de uenditione. in quo posset pœnitere, & soluere interesse, secundũ Paul. de castro in l. si hæres. §. si tamen. de eo, ꝙ certo loco. Ias. in l. in bonę fidei. col.2. eo. tit. dicit ꝙ uidetẽ tenere. Socci. in d. l. si ante nuptias. & ad dictũ Io. And. respõdetur, ꝙ quis ꝓmiserat se obligare ad decẽ interesse certũ de decẽ, ideo circuitus ibi est inutilis, ut dicebat Gozzadi. in l. ij. C. de pact. inter emp. & uendito. Niger tamen hic uolebat ꝙ pactũ de uendẽdo ualeat sine expresione prætii, qa intelligitur de prætio iusto, licet alias uẽditio sine prætio nõ ualeat. l. si fideiussor. §. meminisse. ff. de leg.j. & not. late per Gozza. in d. l. ij. sed in ꝓposito quæstionis nostræ mihi placet ut dicatur ꝙ si aliquis ignorauerat fundũ & promiserat uendere nũquam præsumatur uẽditio, sed permisit eum possidere ad finẽ ut prætiũ haberet, satisfaciẽs de debito suo, & cautionẽ, sed si nullo præcedẽte debito promisisset uendere rẽ pro certo prætio, & ille postea possedisset longo tẽpore uerior uidetur opinio ut præsumatur uenditio facta, sicut præsumeretur traditio facta ex possesione. l. ij. C. de acquir. possessio. & sicut in simili dicitur in l. cum de in rem uerso. ff. de usur. quod præsumitur promissio sortis ex cursu temporis, ac etiam præsumitur mandatum in l. si filius familias. C. de peti. hæreditate cum similibus.

83 Ex quibus †habes casus in quibus fingitur stipu

latio ac etiam aliud, quod licet stipulatio ad sui essentiam requirat interrogationem & responsionem uerbalem, tamen aliqui sunt casus in quibus sine uerbis reperitur. Et primus est in stipulatione ficta in omnibus exemplis supra traditis. Secundo limitatur in stipulatione præsumpta, si forsam uere non interuenisset, & non posset probari, quia tunc sine uerbis esset quamuis uerba interfuisse præsumerentur dicta l. cum de in rem uerso. de usur. & potest etiam poni exemplum in l. ꝙ si nolit. §. quia assidua. digest. de ędili. ædicto. declarando ut supra. Tertio limitatur quando scriptum fuit aliquod promisisse, quia tunc præsumitur solemnitas intrinseca uerborum licet forsan uere non interuenerit, tamen quia præsumptiue probatur non est proprie limitatio. Quarto limitatur quando statutum uel consuetudo disponeret quod stipulatio ualeret sine uerbali locutione, per text. in l. manumissio per lictores. ff. de manumiss. uindict. quia sicut lex potuit tollere solemnitates antiquas. l. omnes. Cod. de contrahend. & committenda stipulatione. eodem modo & statutum uel consuetudo posset facere quod stipulatio sine uerbis ualeret, quæ ultima limitatio uidetur absorbere totam regulam propter consuetudines uarias notariorũ, & hæc de prima parte text.

84 Ex secunda † parte colligitur, quod quatuor sunt personæ quæ inhabiles sunt ad stipulandum, & primo colligitur quod mutus stipulari nõ potest. concordat lex. prima. §. fin. sup. titul. primo & §. mutum. insti. de inutilib. stipulationibus. & ratio est euidens, quia in eo non potest uerificari forma stipulationis quod uterque loquatur, & ꝙ inducatur conceptio uerborum interrogantis & respondentis, quæ conclusio tanto fortius procedit quando esset mutus & surdus, quia tunc deficerent duo substantialia. l. discretis. C. qui testamenta facere possunt. & etiam forsan tertium, quod se inuicem intelligerent, item ampliatur procedere etiam si mutus esset per accidens, ut quia lingua esset ingrossata propter apoplexiam uel aliam infirmitatem ut non posset loqui, prout ego uidi Salerni. item ampliatur procedere si forsan propter infirmitatem uel casum eueniret quod os esset apertum, & propter hoc non posset uerba proferre nam similiter idem esset effectus ac si esset mutus. itẽ ampliatur procedere si propter uiolentiã esset incisa ei lingua, taliter quod loqui nõ posset. item ampliatur procedere si propter uiolentiam uariabilem impediretur, ut quia lingua esset perforata propter blasphemiam, uel cum cordula lingua esset ligata, ut non posset proferre uerba, nam in omnibus istis casibus stipulari non posset, ex eo quia non uerificaretur requisitum ꝙ posset dici mutus.

85 Quoniam † ad impediendam stipulationem sufficit quod de facto loqui non posit, quamuis impedimentum sit accidentale, & uariabile, & non naturale. ut probatur hic in illo exemplo de absente, qui habet omnes tres habilitates requisitas ad stipulandum, tamen quia propter accidens de facto non reperitur posse exaudire, impeditur facere stipulationem. Et propterea aliud est quod actus de facto requirat quandam qualitatem, uel quod requiratur impedimentum naturale. iuxta l. sed & si quæsitum. ff. de lib. & posthum. item ampliatur procedere etiam quod tractaremus de stipulatione ficta uel præsumpta, nam licet sine uerbis illa posset fieri, tamen non fingeretur neq; præsumeretur facta, ex eo quia cum ueritate facere non poterat, nam lex non fingit super imposibili, neque impossibilia inducere præsumitur. capitul. quod alicui. de reg. iur. in 6. & per Ias. in. §. fuerat. insti. de actionibus. & facit tex. in l. qui ad certum ff. locati, & no. per docto. in l. si is qui pro emptore. de usucapio. & §. minorem. insti. de adoptionibus. & si reperiatur aliquando fingere, tunc præsumitur eo modo quo permittitur, ut stipulari per seruum uel aliam legitimam personam interpositam, & hoc modo procedit tex. in l. j. §. primo. Co. de rei uxo. actio. cum aliis exemplis supra traditis. itẽ ampliatur procedere, etiam quod iste mutus proferret sonum uerborum similem uerbo, tamen non exprimeret uoces lingua figuratas. nam tunc nec etiam diceretur loqui, & non adimpleret formam stipulationis, quæ requirit ut uterque loquatur, idest uocibus lingua figuratis intentionem exprimat. argum. l. non figura literarum, in fin. & l. obligamur. §. uerbis. supra titulo primo.

86 Limitatur † uero non procedere quando iste mutus tarde loqueretur. nam tunc non impediretur stipulatio, quoniam tarda locutio non impedit stipulationem, dummodo illa interueniat, intelligendo tamen quod in ista tarda locutione exprimat omnes literas, & lingua uoces figuret, quoniam si non distingueret literas non diceretur loqui sed tantummodo sonum quendam proferre, sicut animalia, unde stipulatio non ualeret, & ita declarari & intelligi debet tex. in dicto. §. mutum. isti. de inuti. stipula. limitatur non procedere quando stipularetur per seruum uel aliam legitimam interpositam personam, ut hic dicit tex. in tertia parte.

87 Quare † habes unum casum quem non potest mutus expedire, alios casus addit hic Rippa, & primo quod mutus non potest audire confessiones secundum præceptum Christianum, ex eo quia licet ipse audiat uocem confitentium, tamen postea non potest facere absolutionem uerbalem, quæ requiritur, capitulo quem pœnitet. de pœniten. distinctione prima.

Tertius est casus in baptismo, quia mutus baptizare non potest, ex eo quia pro forma requiritur quod dicat, baptizo te in nomine patris & filii, &c. ut per glos. & Archidia. & alios in capitulo detrahe. prima quæstio. j. & habetur in cap. penul. de baptismo.

Quartus casus est, quod mutus non poterit celebrare missam, quia in consecrando eucaristiam opportet quod sacerdos proferat uerba a Christo præcepta. cap. cũ Martę. de celebratione missarũ. & ideo mutus nõ poterit cõsecrare, cũ illa uerba necessaria ꝓferre nõ possit, ipse tamẽ põt susci

pere

pere eucaristiam ab alio consecratam, quia non requiruntur uerba ex parte suscipientis, & potest mentaliter dicere, domine non sum dignus. cap. is qui. 26. quæstio. 6.

88 Quintus casus est, †quia mutus non potest crisma dare, quia in crismate non solum unctio requiritur, sed etiam forma uerborum exigitur, dicendo, ungo & signo te hoc signo Crucis, secundum Archidiac. in ca. illud. 95. distinctio. neque etiam poterit Episcopus per alium proferre illa uerba, ex eo quia hæc potestas est de ordine episcopali, & non potest ab alio dari, & per consequens nec etiam per uerba alterius minoris poterit crisma conferre, per capitulum quod alicui de regul. iur. in sexto.

Sextus casus est, ut nec etiam posit conferre ordines sacros, quia requiritur loquella. cap. pater. de scrutinio. & posuit Io. And. in dicto capit. cum * apud. & uidetur esse communis conclusio * & si dicatur quod in nullo ex istis casibus habemus legem præcisam imponentem hanc solemnitatem uerborum per uoces lingua figuratas, ita quod non uidetur impediri. cum uerba non sint præcise de forma, & dispensari uidetur iuxta capitulum cum tuæ. & capitulum cum apud. de sponsalibus. & matrimo. tamen placent omnes conclusiones præcedentes, quia & etiam in istis spiritualibus forma uerborum requiritur. & alia subtilis forma attenditur, ut habetur in cap. penul. de baptismo. & in dicto cap. detrahe. prima quæst. prima. & ex illo exēplo potes inferre ad similia, quod uirtus celestis non imprimitur nisi interueniant uerba, & caracter datus in ordinibus præstandis requirit suam formam, ut transferri non posset.

89 Et facit †multum tex. in Rub. & Nigro extra de corp. uitia. ubi habentes omne paruum uitium in corpore impediuntur celebrare, etiam quod habeant linguam perfectam, quantominus poterūt celebrare illi qui sunt mutilati lingua, & præstare ordines sacros, cum uerba aliorum non suppleant sed a solo ministrante proferri debeant. Nec obstat dictum capitulum cum apud. quia ibi uerba non sunt de substantia, sed tātummodo pro maiori certitudine requiruntur, unde faciliter dispensatur ut diximus in figuratione casus. si tamen esset necessitas urgens, tunc posset tollerari ut concederentur dicta spiritualia propter salutem animæ, sicut & in aliis necessitatibus permittitur, ut uidemus quod laicus potest confiteri peccata alterius & absoluere, cap. quod alicui. de pœnitent. distinctio secunda. & illo casu mentaliter sufficit proferre uerba, cū Deus sit scrutator cordium, unde Archidi. in cap. nouisime. de consecratione distinctione quinta. uoluit quod mutus posit crismare, quia illa uerba (signo te) possunt mentaliter proferri. sed tamen intelligas in necessitatib. Ista tamen raro euenire poterunt, nisi in mutis accidentalibus, quoniam muti a natura non poterunt ordinari per dictam Rub. & Nigrum. ext. de corpo. uitia.

90 Item infertur †quod mutus non potest præstare authoritatem minoribus, neq; interponere decretum, ex eo quia uerbalis expresio requiritur secundum glo. & Bar. in l. 3. de autho. præstand. & in l. prima. §. mutus. ff. de tutel. declarando tamen ut per eundem in l. mandata. in 3. oppositione C. mā da. & Ias. in l. prima. C. qui testam. facere possunt. quod satis ego puto admittendum, quia lex ciuilis fortius dicitur imponere formam, & ipsa seruanda est.

91 Octauo infertur †quod mutus non potest esse testis, quia in ferrendo testimonio est necessarium, quod exprimat uerba lingua figurata, secundum Ioannem Fabri in. §. testes, insti. de testam. sed contrarium Verius est, ut etiam Ripp. infra tenuit, & probatur, quia si mutus fuisset presens homicidio, & suis signis demonstraret quod Titius interfecit Sempronium, uel cū gladio percusisset, uideretur esse sufficiens testimonium, & demonstraret ueritatem homicidii, quod in sensu naturali consistit quamuis interrogatus de aliquibus circumstātiis forsan non posset bene signis suis intelligi. si tamen esset testificatio requirens prolationem multorum uerborum, & forsan consisteret in auditu, tunc posset procedere contraria opinio, quia eius testificatio non esset certa, cum signa illa sua possent uariis modis intelligi, unde eius testimoniū uideretur æquiparandum pupillo, & ideo in testamento nuncupatiuo quod a testibus totum referri debet non diceretur esse sufficiens testis, sicut nec pupillus. dicto. §. testes, instit. de testamentis. & opinio Ioa. Fabri in casu suo uidetur esse uera.

Summa est igitur, quod aut uerba requiruntur pro forma, & tales actus omnino mutus facere nō potest, si uero uerba non requiruntur pro forma, tamen solent communiter interponi, & tunc si necessaria sunt multa uerba, neque tales actus facere potest, quia per signa non bene inducitur certitudo eorum, sed si pauca uerba sunt necessaria, tunc illos actus facere poterit.

92 Quarto †notandum est ex isto tex. quod surdus non potest stipulari, ex eo quia audire nō potest, & auditus est de substantia formali, cum propter hanc solam causam absens stipulari non posit. & concordat tex. in dicto. §. mutum. insti. de inut. stipulatio, & l. 1. in fi. sup. tit. primo. Ampliatur procedere & fortius si esset mutus & surdus, quia tūc deficerent duo substantialia, & plærunque etiam tertium, quod non bene intelligat quod agat. Itē ampliatur procedere etiam quod esset surdus propter infirmitatem accidentalem, ut quia propter tumefactionem uel aliam causam obtusa fuissent orifitia aurium. Item ampliatur procedere etiam quod propter uiolētiam esset impeditus auditus, ut quia in auribus aliquid esset impositum quod clauderet eas. Item ampliatur procedere etiam, quod impediretur audire propter magnum clamorem seu rumorem, & generaliter ex quacunq; causa prohiberetur audire, quamuis non esset naturaliter surdus, ex eo quia ad faciendam stipulationem requiritur auditus de facto, ut uere uocem alterius per sensum auditus percipere posit, nō autem est opus quod habeat impedimentum naturale, ut patet in exemplo de absente; quia habet

omnes istas habilitates naturaliter, & quia ꝓpter solum accidens absentię impeditur, non potest stipulari. unde dici debet, siue sit surdus naturaliter siue per quodcunque accidens impediatur audire ipse stipulari non potest, quoniam de facto auditus requiritur & non sufficit habilitas naturalis.

93 Item ampliatur procedere † etiam quod fingatur stipulatio, quia neque eam surdus facere poterit, quoniam fictio non cadit super impossibili. l. qui ad certum. ff. loc. & §. minorem. insti. de adoptioni. & si eueniat quod fingatur stipulari, ut in casu. l. 1. C. de rei uxo. actio. & aliis exemplis sup. positis, tunc fingetur stipulari per seruum suũ uel per aliam legitimam interpositam personam, ui deatur lex monstrum facere. dicto. §. minorem, tamen si lex expresse nõ dicit in nullo ex dictis exẽplis surdus neque mutus poterunt stipulari, quoniam lex præsumitur uti ordinaria potestate in fingendo, & ideo non præsumetur stipulatio regulariter in aliquo ex dictis casib. narratis, quod etiam procedet quando ex consuetudine remissa fuit solemnitas proferrendi uerba, ut intelligatur remissa in illis personis quæ de facto poterunt stipulari, quasi in eis fictio procedere possit, & non in aliis, quia lex in quantum potest imitatur naturam. dicto. §. minorem. insti. de adoptio.

94 Item † ampliatur procedere etiam in surdo qui cum magno clamore audit sonum, nam tunc stipulatio non ualebit, quoniam non sufficit audire sonũ, sed opportet audire syllabas distinctas & uocem lingua figuratam, quia alias non dicitur audire locutionem, sed sonum tantummodo sicut cætera animalia, & tunc non per sensum auditus specialem, sed per sensum communem dicitur intelligere interrogationem uel responsionẽ, alioquin signis omnibus & nutu fieri posset stipulatio, ꝙ prohibetur infra in. §. si quis ita.

Limitatur non procedere quando surdus tarde exaudiret uerba, tamen lingua figurata audiret. ut omnes syllabas distinguere posset, nam tardus auditus non impedit stipulationem. l. 1. in fi. sup. tit. primo. qui ita intelligi debet, dum dicit, tarde exaudit, non autem dixit, sonum uerborum audit.

Secundo limitatur non procedere per seruum suum uel aliam legitimam personam, ut dicit hic text. in fi. & sic habes unum casum quem non potest surdus facere, Alius est casus in confessione auriculari, quia ipse eam facere non poterit, quoniam opportet audire uocem confitentis, & licet sit dispensatum in ipso confitente ut sine uerbis solis signis confiteri possit, tamen non est dispensatum in ipso confessore, nisi in casu necessitatis. arg. dicti cap. quem pœnitet. de penit. distinct. 1.

95 Tertius † casus erit qm̃ nõ poterit baptizare, q̃a licet ipse possit proferre uerba, tamen debet audire baptizatum, uel eius patrimum dicentem, uolo baptizari. nam in forma stipulationis uerba inter baptizantem & baptizatum proferuntur, nisi in casu necessitatis ut dixi. Missam autem celebrare poterit, quia in ea non requiritur auditus pro forma, atque etiam poterit dare sacros ordines, & crismare, & in summa ille surdus non poterit facere illos actus in quibus auditus uerbalis requiritur pro forma, sed si pro forma non requiritur, tunc eos facere poterit, raro tamen in spiritualibus casus euenire poterit, cum talis impeditus non ordinabitur per episcopum, per dictam Rub. & Nigrum ex. de corpor. uitia. & si de facto superueniat surditas propter decorem ecclesiæ, etiam prohibebitur de facto ab administratione sacramentorum.

96 Quinto † notandum est, quod infans stipulari non potest. & ratio redditur in §. si pupillus. inst. de inuti. stipul. quia non habet intellectum seu nõ intelligit quod agit, quia parum distat a furioso etiam post infantiam si est proximus infantiæ. Alia quoque ratio additur ibi, & in l. mulier. §. fi. inf. eo. quia infans fari non potest, & qui fari non potest non ualet stipulari, cum non adimpleatur forma stipulationis, ut fiat utroque loquente.

97 Sed contra utranque rationem † fortiter facit, quia experientia quæ est rerum magistra. cap. quã sit. de electione. in 6. demonstrat nobis quod pupillus & loqui potest & intelligere, & uidemus, quod quando excessit quadriennium libere loquitur, & quando habet sex annos sine aliquo impedimento loquitur, ut plus loquatur quam senex, & obtundat aures auditorum, taliter quod uidetur hæc ratio quodammodo ridicula, & idem uidetur dici quod non procedat in intelligentia. cum in l. donatarum. C. de acquir. possess. dicatur, quod acquirit possessionem, quæ tamen requirit animum & intelligentiam, ut habetur in l. prima. §. adipiscimur. cum suis concordantibus. ff. de acquir. possess.

98 Sed saluando has † rationes respondetur, quod Iurisconsulti non ignorauerunt infantes posse libere loqui quos forsan in domo sua & ante oculos continuo habebant, sed considerauerunt non sufficere quod loquantur ad gerenda negotia, sed esse necessarium, quod intelligerent negotia, infantes uero nesciunt ipsi tractare negotia hæreditaria, uel intelligere stipulationes rem pupilli saluam fore, neque similia alia negotia, quæ inter mercatores, & regulariter inter homines agitantur. Ideo dixerunt quod infantes non possunt fari, idest cum intelligentia loqui, & de hac locutione cum intelligentia negotiorum intellexerũt Iurisconsulti quando dixerunt, quod fari non possunt, quoniam aliud est fari, aliud est loqui, cum loqui sit simpliciter uerba proferre, fari uero sit uerba proferre cum intelligentia, & plus est fari, quam loqui.

99 Ideo ad † contrarium respondetur, quod procedit in loquutione simplici quæ fit sine intelligẽtia negotiorum, & tex. in dicta l. mulier. cum suis concordantibus. loquitur de loquutione cum intelligentia, quæ appellatur affatio. iuxta capitulum leges Diuinæ. 27. quæstio. prima. & ideo errauit Varro qui dicebat minus esse fari quã loqui, quia totum contrarium uerius est, quod plus est fari, quam loqui, qm̃ fari est cũ intelligentia negotiorum loqui, & locutio simplex est simplex prolatio uerbo-

uerborum quæ etiam a natura conceditur picis psitacis & papagallis, & aliis animalibus loquacibus, fari uero conceditur tantummodo hominibus qui habent intellectum, & si dicerentur cum intellectu loqui, esset necessarium quod infantes essent infra quadriennium, & tamen iura sunt clara quod infantes dicuntur usque ad septennium. l. si infanti. C. de iur. delibera. & l. j. §. sufficit. ff. de administratio. tutorum. & philosophi omnes consentiunt constituentes infantiam in diuisione ætatum usque ad septem annos completos.

100 Et quod† de hac locutione cum intelligentia intellexerint, apparet, quia infans est terminus priuatiuus demonstrans substantiam infantiæ esse, quia fari non potest, & idem dicitur in dicto §. si pupillus cum decem concordantibus. & eadem ratione infans dicitur non habere intellectum, non quia non cognoscat, sed quia non intelligit negotia quæ uix homines perfecti intelligunt. Vnde dicitur esse proximus furioso quantum ad intelligẽtiam negotiorum. dicta l. j. §. penul. sup. eodem. & dicto §. pupillus. nam quantum ad simplicem intelligentiam plus scit quam furiosus, sed quantũ ad negotia æquiparatur furioso. Hinc est quoque, quod postquam excessit infantiam, adhuc æquiparatur furioso. dicto. §. pupillus. & l. j. §. penul. & in l. infans. de sicariis. quoniam non dicitur habere intelligentiam negotiorum.

101 Hinc est etiam † quod pupillus non potest esse testis in testamento. ut in §. testes. insti. de testam. quia non potest tantam uigilantiam Iurisconsultorum in testamentis adhibitam intelligere, licet in aliis actibus de eo quod uidit possit testificari, & idem habetur in l. j, C. de falsa mon. & utrobique no. propterea apparet quod utraque ratio uera est recte considerata, quod infantes stipulari non possunt, quia non intelligunt quod agunt circa negotia, item quia non possunt fari idest cum intelligentia loqui, quæ reqritur in stipulationib.

102 Et nullum tex. † inuenies qui dicat quod infans fari possit, solum enim hoc dicitur de pupillis. ut in dicta l. j. §. penul. & dicto. §. pupillus. & l. ij. & lege seruum. infra rem pupilli saluam fore. & l. si pupillus. ff. de acquir. hæredita. cum aliis concordanti: quamuis omnibus esset notum quod habentes sex annos plus loquantur quam centum senes, ex quo infertur, quod nec etiam furiosus potest stipulari neque demens, neque etiam mente captus, quia & ipsi non intelligunt quod agunt, dictis iuribus. cum ad stipulationem concipiendam nõ sufficiat loquutio per linguam, quam etiam dictæ personæ facere possunt, sed opportet quod sit loquutio cum intelligentia.

103 Limitatur uero† non procedere in Iocalibus & aliis læuibus similibus, in quibus poterunt infantes stipulari, secundum communiter * doctor. per l. donatarum. C. de acquir. poss. & l, pupillus. ff. eo. tit. quoniam propter facilitatem infans poterit cũ intelligentia loqui de eis. Alciatus tamen hanc limitationem reprehendebat, quia ratio defectus intelligentiæ generalis est, & ad tex. in dicta l. donatarum. respondet quod procedit in apprehensione possessionis quæ magis naturaliter potest cadere in sensum infantis. nihilominus non est recedendum a communi, nam possessio requirit magnam intelligẽtiam quam nesciuerunt peritissimi diffinire. l. stipulatio ista. §. 2. qui. cum gloss. inf. eodem tit. nostro. & quamuis ingredi in rem uel fundum cognoscat infans, tamen quid importet ille ingressus, & quid significet apprehendere possessionem non cadit in sensum suum, ideo requiritur tutoris authoritas. ut no. in dict. l. j. §. adipiscimur. & §. pupillus. cum similibus. de acquire. possess. ideo tutior est opinio quod dicta l. donatarum restringatur ad res faciles cognitu, ut si stipuletur calligas uel birettum sibi dari, uel res habiles ad iocandum, & stipulatio ualeret etiam sine tutoris authoritate, quia in eis diceretur posse fari.

104 Sexto notandum est† quod iste tres personę mutus, surdus, & infans, æquiparantur, & de muto & surdo concordat tex. in dicto. §. mutum. institu. de inuti. stipulationib. & dicta l. 1. §. fin. & de infante uidetur tex. in dicta l. 1. §. penul. & in l. infans. infr. de sicar. & similem æquiparationem uidetur facere tex. in l. Fulcinius. ff. ex quib. caus. maior. super qua æquiparatione ualde laborant doct. propter iura uario modo loquentia, sed tamen talis æquiparatio uidetur magis infulsa quam pręcedens cõclusio, quoniam omnibus notum est quod iste personæ differunt inter se in diuersitate deffectuum, diuersitate causarum, & diuersitate interueniendi in negotiis. nam mutus apparenter differt a surdo, quia ille habet deffectum loquẽdi, alter habet defectum auditus, & infans habet defectum intelligendi, & nos diximus supra quod mutus multa spiritualia facere non potest, quæ tamen surdus facere potest, & e contrario surdus quædam facere non potest quæ tamen mutus facere potest, cum alius sit defectus linguæ alius defectus auditus, & uidemus quod muti & surdi aliquando possunt facere testamentum. l. discretis. C. qui testamenta facere possunt. & tamen infantes nunquam illud facere poterunt, & muti & surdi contrahunt matrimonium, & infantes non possunt. dicto capi. cum apud. & cap. iuuenis. ex. de sponsalib. & multa alia similia possent adduci quæ magis laborem inducerent quam doctrinam, cum hoc omnibus notũ sit, & idem est de furioso, qui differt ab omnibus istis, cum ipsi possit pater facere testamentum, & exemplarem substitutionem & non mutis & surdis. l. ex facto. ff, de uul. & pupill. & habetur instit. de pupill. substitu. §. qua ratione. & l. humanitatis. C. de impub. & aliis substitu. Item furiosi possunt committere adulterium & homicidium punibile, ut habetur in l. fi. ff. de offi. proconsul. & leg. infans nunquam poterit. dicta. l. infans. infra de sicariis.

105 Quare pro resolutione† dicas quod nulla æquiparatio tenet neque inducitur per leges in istis personis respectu istarum qualitatum, quoniã cũ sint diuersi defectus, & habeant diuersas causas, non possunt simul æquiparari, sed tantummodo potest dici ex diuersis non fit illatio. l. Papinianus exuli. ff. de minorib. neque etiã hoc notabile, quod

æquiparentur, colligitur ex isto tex. quoniam bene dicit, quod tales personæ non possunt stipulari, & quod æqualiter comprehenduntur in hac prohibitione, sed non dicit eos æquiparari sicut quęlibet alia lex generaliter loquens comprehendit multas personas diuersarum qualitatum, & tamē non potest dici quod illa lex illas personas inuicē æquiparet, sed tantummodo eas quamuis diuersas in sua generalitate uoluit comprehendere, uel prohibendo, uel admittendo. l. j. ff. de testibus. & l. i. §. generaliter. ff. de leg. præstand. & habetur in l. j. C. de edendo, & in l. j. ff. sol. matrimo. dum quæritur an dispositio generaliter loquens comprehendat personas priuilegiatas.

106 Solum† autem æquiparatio docto. de istis personis potest procedere reducendo eas ad unum finem, scilicet, quod non intelligant quod agant, nā muti & surdi regulariter parū intelligunt, & ideo quando fit æquiparatio consideratur hæc qualitas quod parum intelligant, propter quam possunt æquari infantibus uel furiosis, & aliquando minoribus, ideo Alex. hic constituebat tres casus semper habendo respectum ad intelligentiam negotiorum, ideo dicebat, Aut nihil uel parum intelligunt, & æquiparantur infantibus. Aut uero aliqualiter intelligunt, quamuis ipsi sint maiores, æquiparantur pupillis. Si uero plene intelligunt, æquiparantur maioribus, ut ille erat Lælius de gabrielibus. Socci. uero addit quartum casum magis frequentem, quia rarissimę reperitur, quod muti & surdi sint illius perspicaciæ, & a communiter accidentibus ipsi habent aliquem deffectum in intelligētia, cum defectus illorum sensuum naturaliter uideatur intellectum offendere, & hac ratiōe sunt subiecti multis fallaciis & deceptionib.

107 Ideo dicebat † quod regulariter muti, & surdi etiam senes & habentes perspicaciam æquiparantur minoribas, qui quamuis habeant perspicaciā circumuentionib. tamen subiecti sunt, ideo sequetur quod si tales personæ in contrahendo erunt lęsæ poterunt petere restitutionem in integrum regulariter ad similitudinem minorum, & hæc opinio est multum rationabilis & æqua & tenenda. Quare remanet quod æquiparatio de muto surdo & infante regulariter non tenet, qua deffectus sunt uarii & discordes, & non potest esse æquiparatio, sed tamen quia respectu deffectus intelligentiæ in negotiando ipsi possunt conuenire, ideo æquiparatio quæ fit per iura & doc. restringenda est ad istud ca put intelligentię augēdo uel diminuendo eā, ut dictū fuit, quę tamen distinctio Alex. & Soccini licet sit probabilis, non est perfecta, & indiget multis suppletionib us & declarationibus, de quibus docto. dicunt in penul. quæstio. Bar. & ibi etiam ego plene discutiam, ideo supplēda est per ibi dicenda.

108 Septimo notandum est † quod absens stipulari non potest, & assignatur ratio in tex. quia loquentes exaudire non potest. per quam rationem colligitur, quod quantum ad stipulationem non consideramus inhabilitatem naturalem, sed tantummodo accidentalem, quoniam absens habet naturaliter habilitatem loquendi, audiendi, & intelligendi, sed tamen quia per accidens absentiæ impeditur audire, ideo stipulari non potest, & per hoc exemplum idem diximus procedere in aliis tribus supra positis, & idem esset si aliquis manibus propriis sibi aures clauderet, & etiam idem esset si ipse esset absens. tamen existens in turri posset audire & intelligere uerba alterius, ut infra declarabit Bar. solum enim consideratur ipsum factum auditus ut posit fieri uel nō fieri stipulatio, & ampliatur procedere etiam quod uerba essent prolata a contrahentibus, & inuicem relata per nuntiū, uel epistolam, ut supra diximus cum Socc. quoniā non sufficit intelligere uerba prolata, sed opportet deuenire in cognitionem per aures & sensum auditus, non autem per sensum communem, quoniam hoc factum auditus est de forma, & forma per æquipollens adimpleri non potest, quamuis permittatur in contractibus. l. consensu. in fi. a, cōtrario sup. tit. primo. & insti. de obligationib. quę consensu contrahuntur. in fi. & l. j. ff. locati. & facit tex. in l. optimam. §. fi. C. de contrahend. & comm. stipul. & in §. item uerborum. insti, de inuti. stipulatio. unde in §. sequenti. dum tractatur de solemnitate stipulationis dicitur necessarium esse quod cōtrahētes sint pñtes & idē opportet esse qñ sunt diuersæ linguæ, quia & contrahentes & interpretes debent esse præsentes, alioquin stipulatio non ualeret. nam licet non intelligat uerba ipsius respondentis uel interrogantis, tamen interpretatio admittitur cum qualitate quod ille interpres sit præsens, & ipse uerbaliter loquatur & declaret.

109 Nec obstat tex. † in l. ea quæ. ff. de donat. inter uirum & uxorem. ubi inter absentes per epistolam uidetur contrahi stipulatio, quia respondet Bart. infra. in quarta oppositio. sua, quod ibi stipulatio non fit per epistolam, quoniam nō præcesserat interrogatio per aliam epistolam, sed ibi stipulatio fuerat facta inter præsentes cum marito præsente quæ postea fuit repetita in epistola, unde ꝓbatur per epistolam, non autem inducitur, uel saltem ibi ille qui numerauit pecuniam nomine mariti absentis fecit stipulationem cum uxore, quā postea ut cautum redderet maritum absentē scripsit epistolā narrando totum factum, & sic ibi nō inducitur, sed inducta probatur, ut ibi plenius declarabimus tibi cum doctoribus.

110 Non obstat † lex prima. C. de contrahend. stipulatione. ubi uidetur probari quod per epistolam saltem inter præsentes inducatur stipulatio, nam respondetur quod ibi hoc non probatur, sed præcesserat negotiū gestū inter ipsos, de quo pōa promissor faciens epistolam scribit promissionem fecisse ex interuallo, & inter absentes, & tex. ibi dicit quod si negotium quod præcesserat fuerat factum inter præsentes, tunc per epistolam probatur stipulatio, & non tamen stipulatio simplex, sed tota solemnitas stipulationis, ita quod non per epistolam neque inter præsentes neque absentes inducitur ibi stipulatio, sed tantummodo facta probatur etiam cum solemnitate requisita, si debitor scripsit se promisisse, & ideo cōtinet casum

sum similem legis sciendum.infra eodem. & §. si ita scriptum.insti.de inut.stipulatio. ampliando dicta iura quod solemnitas extrinseca præsumatur nedum per scriptutam notarii, sed etiam per scripturam priuatam,&de istis duabus legibus fit mentio per docto.in dicta l.sciendum. sed quantum ad propositum nostrum remanet conclusio firma,quod inter absentes non potest fieri stipulatio neque per nuntium neque per epistolam.

111 Ex quibus† infertur quod ille qui mittit epistolam uel nuntium non dicitur loqui,quia si loqueretur, stipulatio per epistolam fieri posset, quasi uerificata forma quod utroque loquēte fuerit cōcepta,& idem etiam dicitur de auditu,ut per epistolam uel nuntium dicerētur se inuicem audire. sed in cōtrarium quod imo dicatur loqui per epistolam est tex.in dicto cap.legis Diuinæ.27.quæstio.2.ibi affatus est literis suis nobis, & percontatus est,& quod legens uideatur audire, facit text. in dicta l.solet.§.penul.de officio proconsul.& lega.ubi Antoninus in epistola sua dicebat,audi qd dixerim docto. communiter respondent fatendo quod per epistolam quis dicitur certo modo loqui & audire sed improprie & secundum quid,uere autem nō dicitur loqui quia non figuratur uoces lingua,neque etiam dicitur audire , quia per aures neq; sensum auditus naturaliter dicitur audire, & actus facientes mentionem de locutione intelliguntur de uera & propria locutione nō autem de locutione impropria & secundum quid, lege ea tamen adiectio.ff.de lega.3. & ideo in le. miles ad sororem.ff.de leg.2.tex.dicit,perinde ac si loqueretur cum eo,& sic per similitudinem non autem proprie & uere dicitur loqui,& est communis resolutio doctor. hic.sed tamen hæc resolutio non uidetur perfecta,quia tex.in dicta l.miles ad sororem, recipit alium intellectum,quod per uerbum præcario refertur ad hæredem grauatum,ad quem non erat missa epistola, atque eo tempore, quando legebatur epistola testator mortuus erat. unde tacite uidetur inferre,quod uere & proprie locutus fuerit cum sorore ad quam miserat epistolam.

112 Et pro hac opinione†facit quod uoluit Aristoteles in lib.j.perierme. in prin.dū dixit,quod uoces sunt notæ animi nostri,& idem replicat tex.in l.Labeo.in fi.ff.de suppellecti.leg.& addit postea, quod literæ sunt notæ earum quæ in uocibus exprimuntur. unde in effectu literæ uidentur notæ animi nostri, cū demōstrēt uerba q̄ animū demōstrāt,& q.c.q.d est causa causæ ē causa causati.l. manumissiones quoque.ff.de iustit. & iur.& per literas ita uere demōstremus animum nostrum sicut per uoces.Secundo facit tex.in cap. is qui autem. 22.quæs.5.ubi Augustinus dixit quod uerba sunt introducta ut unusquisque cogitationes suas in alterius notitiam proferat,& qui aliter facit mēdacium profert,& eodem modo literæ sunt introductæ ut cogitationes nostras ad alterius notitiā faciamus peruenire.& qui aliter scribit mendatiū scribit.Tertio facit postea tex.in l. non figura literarum.sup. tit.primo.qui dixit quatenus placuit non minus ualere quod scriptura quam quod uocibus lingua figuratis exprimitur, ideo demōstratur quod æqualitas est inter literas & uoces,& eadem est uirtus exprimendi intētionem,ergo æqualiter dicitur esse locutio propria, & facit ēt text. in cap.perlectis.25.distinctio.circa finem. qui appellat sermonem loquellam per literas factā,ibi, eloquii tui sermo,& tex.in cap.qui in aliquo. 51. distinctio.circa finem.ubi dicitur quod absentes per literas consentientibus illis qui absentes sunt per literas suas & sic æqualiter consensus præstatur, uel cum uerbis uel cum literis suis.

113 Propterea † ego puto aliter resoluendum esse, quam faciant docto. & dici debere,quod locutio capitur in genere & in spetie,sicut adoptio.l.§j. ff. de adoptionib.& uerbum petere & dare,ut no. in rub.ff.solu.matrimo.in genere diffinitur quod est expresio & notæ animi nostri per uarios modos notificandi, quæ locutio diuiditur postea in tres species,idest in locutionem per uerba,per literas, & per nuntium,quæ tres speties dicuntur proprie locutiones,& æqualiter, sicut homo & æquus, & bos dicuntur proprie & æqualiter animalia, sed tñ inter se differūt,ut alia sit speties loquēdi p uerba,alia sit speties loquēdi p literas,& alia per nūtium,sicut homo differt ab aliis animalibus propter suam formam specificam, & adoptio in spetie differt ab arrogatione , & petere in spetie differt a uerbo repetere, & dare a uerbo reddere,& quod reperiantur istæ tres speties facit,quia datur diuisio quod quædam fit cum intelligentia & quædam sine intelligentia, ut supra diximus & quædam fit per profetas ut in simbolo apostolorum,qui locutus est nobis per prophetas. & clem. j.§.hoc est.de summa Trinitate.& in §.fin.insti.de usu & habita. imperator asserit hoc dixisse sufficiēter.& in l.cum pater.§.donationis.de leg. 2. mittens epistolam dicitur loqui,dū uult non esse quęrendum cum quo loquatur testator, & idem probatur in l.unum.in fi.&in l.peto.in prin.ff.de leg. 2.& in l. quidam referunt. de iure codicillorum, ibi,esse enim debet persona cum qua loquatur testator, sed plerunque hæres est absens, ergo testator scribendo testamentum dicitur loqui cum hærede,sicut si esset præsens,facit etiam, quia testari est intentionem suam & uocem proferre,ut no. in l.j.ff.de testamen. & insti.de testam.in princ.dum dicitur.quod testamentum est mentis testatio . & est uoluntatis nostræ iusta sententia, & tamē quis æqualiter dicitur testari , & sententiam uoluntatis demonstrare siue uoce faciat testamentum siue in scriptis,ut in dicto tit.de testam.in princ.coniuncto.§.si.ergo apparet quod æqualiter quis dicitur loqui literis & uoce,& tanto fortius per nuntium, & per consequens dicuntur esse tres speties locutionis uere & proprie, & esset inconueniens dicere quod in tot iuribus uerba improprię capiantur.unde in leg. j. ff.quod iussu.dicitur quod istis tribus modis fit iussum.& in cap.ubi periculum.§. nulli. de electione in 6. ponuntur isti tres modi loquendi,cum aliis similibus infra allegandis.propterea remanet quod locutio literalis est

uera locutio & est proprie species locutionis; licet propter modum proferendi & formam suam differat a locutione uerbali, sicut species, & æquus propter suam formam specificam.

114 Quo stante† infertur per docto. hic ad quæstionem quotidianam, utrum si statutum disponit, quod nemo aloquatur bannitos seu foriudicatos, sub pœna, uel quod nemo alloquatur moniales sub pœna excommunicationis, utrum incidat in pœnam si mittat nuntium uel epistolam, & sic an tale statutum intelligatur de loqutione uerbali tantum, uel potius uerificetur in aliis modis loquendi, & quod intelligatur prohibere loqutionē uerbalem tantum & non per nuntium uel epistolam, uidetur probare text. noster hic, dum dicit quod stipulatio non potest concipi nisi utroque loquēte, & tamen hoc uerbum simpliciter positum intelligitur de sola uerbali loqutione, & non potest uerificari, in loqutione literali uel per nuntium, ut supra conclusum fuit, ergo eodem modo debet dici de illo statuto. & ideo mittentes nuntium uel epistolam non incident in illam pœnam.

115 Sed respondetur† per tenentes aliam partem, quod iste tex. nō probat, quoniam licet hic sit positum uerbum (utroque loquente) tamen per alia uerba postea fuit restricta significatio ad loquelā uerbalem, cum dictum fuerit de absente quia nō possit stipulari, & de muto & surdo qui aliquādo possunt scribere, & postea in diffinitione dictum fuit, quod est uerborum conceptio, & in §. si quis ita. dictum fuit quod non sufficiat nutus, ideo cū per alia uerba sit restricta significatio uerbi loqutionis non probatur quod si hoc solum uerbū haberemus (utroque loquente) non contineretur loqutio literalis & per nuntiū. sed cum in statuto sit hoc uerbum simpliciter positum generaliter debet intelligi l. j. §. generaliter. ff. de lega. præstand. & si essent alia uerba restringentia illud uerbum (loquatur) nemo negat quod de illa sola deberet intelligi, & facit, quia in l. obligamur, §. uerbis exprimitur quod tunc obligatio uerbis sit quando præcedit interrogatio & sequitur responsio uerbalis, & quia generaliter appellatur uerborum obligatio, unde in claris non est opus coniecturis. & sic non probat.

Secundo adducitur tex. in dicta l. miles ad sororem, supra de leg. 2. ubi fit differentia inter loqutionem uerbalem & literalem, & loqutio literalis assimilatur uerbali, non autem est uera loqutio uerbalis. ergo sequitur quod statutum simpliciter loquens debet intelligi de uera & propria loqutione, non autem de ficta. l. 3. §. hæc uerba. ff. de neg. gest. sed respondent tenentes contrariā partem, quod ibi illud uerbum (perinde) secundum unum intellectum refertur ad hæredem ad quem non erat missa epistola, & ideo non facit, imo potius probat contrarium. Secundo respondetur, ꝙ ille tex. non probat quod sit impropria loqutio, quamuis differat a uerbali & assimiletur ei, sicut si diceretur, perinde acsi equus esset bos, tamen nō tolleretur quin utrunque esset proprie animal, sed differunt per speciem.

116 Et uerba† statuti intelliguntur generaliter, quāuis in una specie sit maior ratio quam in alia, dūmodo proprie contineantur in genere. l. j. §. quod autem. ff. de aleatorib. & no. per Decium in l. 1. C. de edendo. Tertio adducitur tex. in l. prima. §. primo. supra quod iussu. ubi demonstratur quod iussum potest fieri & literis, & nutu, & per nuntium, & Vlpianus ampliauit ædictum prætoris extendēdo ad alios modos iubendi. ergo eodē modo statutum debet intelligi de uera loqutione, & tantū modo propter identitatem rationis potest extendi, sed respondetur quod imo iste text. efficaciter probat contrarium, & retorquetur, quoniam ædictum prætoris quod assimilatur statuto loquebatur simpliciter de iussu, & Vlpianus postea interpretando dicit, quod sub illo nomine iussus continentur omnes modi iubendi tam uerbis, quam literis, quam per nuntium, ergo eodem modo statutum simpliciter loquens de loqutione debet intelligi de omnibus istis modis loquendi, & si Vlp. interpretaretur uerbum (alloqutus fuit) ipse dixisset loqutus dicitur, siue uerbis, siue literis, siue per nuntium loqueretur. Ideo retorquetur.

117 Quarto adducitur† lex non figura literarū. sup. tit. primo, ubi dicitur (quatenus placuit) idest in quibus casibus placuit, non minus ualere quod literis quam quod uocibus lingua figuratis exprimitur, & sic demonstrat quod regulariter non habent eandem significationem, sed quod nouiter hoc receptum fuit in certis casibus, ergo ante non erat receptū, & sub nomine loqutiōis nō ueniebāt literæ, & sic dispositio loquens de loqutione non continebat literas, sed responderi potest, fatendo quod ille duæ species differunt inter se, & producunt diuersos effectus, & ideo casus contentus sub una loqutione speciali non debet trahi ad aliam, nisi hoc nouiter inducatur, sicut dispositio loquēs de homine non debet trahi ad equum, nisi specialiter dicatur, tamen non tollitur quin ipsa literalis loqutio sit uera species loqutionis, & quod non contineatur sub generali nomine loqutionis, & ideo si statutum loqueretur expresse de loqutione uerbali, non traheretur ad literalē nisi hoc exprimeretur, sed non probatur quod quando statutū simpliciter loquitur de loqutione quin de ꝓprietate sermonis possit comprehendere omnes suas species, & in hoc stat uis argumentationis, per dictam legem primam. §. quod autem. ff. de aleatori. Secundo potest responderi, quod ille tex. generaliter demonstrat eundem esse effectum loqutionis literalis & uerbalis, & exponit quatenus placuit, idest quoniam obtinuit generaliter, ut eadem sit uirtus literarum, uel no cum lingua figuratarum, & tunc retorquetur.

118 Quinto† adducitur tex. pro cōi in ca. ubi periculū. de electio. §. nulli. iuncto. §. præcedenti. nā in. §. ꝓcedenti erat dictum ꝙ nemo alloqueretur cardinales existentes in conclaui secreto, & quoniam illud præceptum spernebatur, quoniam incipiebāt loqui per nuntium uel epistolam, ideo adiectum fuit per authorē, quod nec etiam liceat loqui per nuntium uel epistolam, ergo si non fuisset adiectū

sub

sub primo præcepto non cōtinebatur loqutio per nuntium uel epistolam, & sic in terminis uidetur probare communem opinionem de statuto, ut non prohibeat nisi uerbalem loqutionem, sed responderi potest, quod ille text. retorquetur, quoniam uersi. nulli. uenit expositiue, non autem additiue, nam in præcedenti. §. erat prohibita alloqutio cum cardinalibus per eundem authorem, modo postea in. §. nulli, semetipsum glossat, & exponit, dicendo quod triplex loqutio fuit prohibita, per literas, per nuntium, & per uerba, & cum de uerbali etiam ibi loquatur, apparet quod non uenit additiue, sed uenit expositiue, ideo ille tex. ꝓbat quod qñ prohibetur loqutio simpliciter intelligitur prohibita illa triplex loqutio, & sic efficacissime probat communem opinionem, & uis tota argumētationis cōsistit, ꝙ ibi repetitur illa uerbalis loqutio, & necessario ille uersi. nulli. uenit expositiue nō additiue & per cōsequens nō probat.

119 Sexto allegatur†tex. male obseruatus in l. Paulus. in fi. de legation. ubi prohibetur legatus se immiscere in negotiis propriis uel alienis durante legatione, & tamen nō prohibetur uerbis participare cū amico, & sic uerbalis participatio nō prohibetur per literalem, quia differūt, ergo nec a cōtrario per uerbalē prohibetur literalis, & ꝑ nūtiū. Sed respondetur quod ille tex. non obstat, quia diuersificat negotiationem a simplici conuersatione, nam prohibet conuersationē ad finē negotiādi, ut ne ipse impetret officiū pro seipso, neq; etiā pro alio amico, uel nō interueniat in lite sua uel alterius. nā tunc impeditur facere officiū suū, uel negotia ciuitatis suæ non diligenter facit, & multa permittit labi, uel cedit, ut faciliorem principē habeat, uel alios de curia, ideo cum talis negotiatio sit ualde damnosa ciuitati suæ pro qua est constitutus legatus, ideo illa prohibetur, sed conuersationem simplicem sine fine negotiandi nō prohibet, quia nullum potest affere damnum, dummodo in horis debitis interueniat in negotiis publicis ciuitatis suæ, & idem esset si scriberet epistolā ad amicos suos, uel mitteret nuntiū pro simplici conuersatione, nam tunc nihil ex istis impediretur, quia cessat ratio, quod possit causari damnum & præiudicium ciuitatis suæ, & propterea apparet, quod ille tex. nihil facit, & quod eodem modo permittit conuersationem cum literis & per nuntium quando sit sine negotiatione.

120 Septimo†adducitur tex. in l. quod sępe. §. si quis amico. supra de contrah. emp. ubi si quis mandauit alteri ut seruum suū fugitiuū inquirat, & eū inuentū uendat, nō incidit in pœnam Senatuscōsul. prohibentis seruū fugitiuum uendi, quia qui mandauit nō uendidit, & qui uendidit, pręsentē, & nō fugitiuū uendidit, & sic prohibitio Senatusco. de uendendo seruū fugitiuū nō cōprehendit eum q uendidit per nuntium uel epistolam, ergo eodem modo qui prohibet loqutionem cum bannitis nō uidetur prohibere loqutionem per nuntium uel epistolam, per quem tex. dixit Bald. in auth. habita. C. ne filius pro patre. quod statutum puniēs ingredientem ciuitatem non comprehendit mittētem nuntium uel epistolam, sed respōdetur, quod ille tex. nihil facit, neque pro Bald. neque in quæstione nostra, ex eo quia ibi non incidit in pœnā uendens per nuntium, quia non dicitur uendidisse seruum fugitiuum, cum inueniens, & retinens eum faciat amplius non esse fugitiuum, & per consequens non dicitur contineri in Senatusconsulto prohibente uendi seruum fugitiuum, cum iam desierit esse fugitiuus, & hoc idem potuisset facere dominus si eum inuenisset, sed si dominus eum uendidisset ante inuentionem uel per se uel per nuntium uel per epistolam, incideret in pœnam, quia tunc diceretur uendidisse seruum fugitiuum, & sic datis terminis habilibus, ibi prohibitio facta de uendente per se comprehendit etiam uendentem per seruum & epistolam, & per consequens uon tantum non obstat, sed posset retorqueri in contrarium.

121 Octauo†pro communi inducitur regula, quod dispositio simpliciter loquens intelligitur de actu in potentiori significatione. l. prima. §. primo. ff. si ager uectigal. uel emphyteuti. peta. ergo statutum disponens de loqutione intelligitur de loqutione uerbali, quæ in potentiori significatione loqutio appellatur. §. sed quotiens. institu. de iure natura. sed respondetur, quod illa regula procedit quando dispositio debet uerificari tantummodo in uno de genere, ut in dicto. §. sed quotiens. sed quando potest capi in genere, tunc comprehendit omnes suas species, etiam quod in una sit maior ratio, quam in alia, etiam quod sit dispositio exorbitans, & pœnalis. lege prima. §. quod autem. ff. de aleatoribus. sed quando statutum prohibet loqutionem ex subiecta materia, non apparet quod debeat restringi ad unā speciem tantum loqutionis. Ideo generaliter debet intelligi ut comprehendat omnes species loqutionis, quantumcunque sit statutum pœnale, & maior ratio militat in loqutione uerbali quam in alia. dicta lege prima. §. quod autem. digest. de aleatoribus.

122 Nono†adducitur, quia loqutio uerbalis dicitur esse naturalis, & habet instrumentum naturale, & in corpore existens, ergo de ea debet intelligi. per tex. in l. fi. C. de iis qui ueniā ætatis impetrauerūt, & leg. tertia. §. hæc uerba. ff. de negot. gest. Sed respondetur eodem modo, quod procedit quando subiecta materia requirit unam speciem tantum, nam tunc potius debet intelligi de naturali quā de alia, secus autem quando simpliciter loquitur, quia tunc debet capi generaliter, per l. primā. §. generaliter. de leg. præst. maxime quando militat eadem ratio. secundo etiam potest responderi, negando quod loqutio per nuntium uel epistolam non sit naturalis, quoniam & ipsa a natura inuenta fuit, licet cum maiori artificio, quod probatur, ex eo quia de iure gentium omnes contractus fieri poterant per nuntium uel epistolam. l. prima. ff. locati. & l. consensu. supra de actio. & obligationib. quoniam consensus æqualiter inducitur seu demonstratur tam per uerba quā per epistolam uel nuntium. Ideo cum utraque species sit

naturalis, non magis una quam alia debet cõprehendi, & in di. l. fi. non comprehenditur ætas per priuilegium, quia illa dicitur esse mere ciuilis, & sic non obstat.

123 Decimo † inducitur ratio, quod statutum prohibens loquentem habet respectũ ad actum personalem tantum & non ad actum per nuntium uel epistolam, ex eo quia multa per præsentiam personalem facimus quæ nõ confidimus neq; epistolæ neque nuntio, ut experientia demonstrat, ergo subiecta materia uidetur esse, ut statutum restringatur ad illum actum personalẽ, non autem ad loqutionem per literas uel nuntiũ, in qua non militat eadem ratio. facit tex. in l. j. §. adipiscimur. ff. de acq. possess. ibi, per nosmetipsos, & statutũ puniens facientem homicidiũ, intelligitur personaliter uel cum suis manibus, non autem comprehendit mãdantem, ut per Alex. in l. 3. §. si procurator. ff. quod quisque iuris.

124 Sed respondetur negando † assumptum, quod istud statutum se referat ad personalem loqutionẽ, quia imo generaliter comprehendit omnẽ loqutionẽ, ex eo quia ratio æqualis est, attẽto quod per nuntium & epistolam coniurationes contra rempblicam tractari possunt & homicidia infinita possunt iis modis ordinari. scribendo quod talis & talis in illa die discedet a ciuitate & pertrãsibit per talem locum, ubi faciliter eum poterit derobare uel interficere, imo maior ratio est in nũtio uel epistola, quia ipse uidetur in ciuitate, & magis oculte hic pertractare potest, & si personaliter iret causaret maiorem suspitionem, & inimici sui uel dubij non considerent accedere ad locum. unde apparet quod assumptum non est uerum, & per consequens statutum ex intentione sua comprehẽdit omnem spetiem loqutionis, & non attenditur quod in una sit maior ratio quam in alia, dummodo omnes tendere possint ad eundem finem. per legem j. §. quod autem. de aleatorib. cum simi.

Confirmatur etiam, quia uerba personalia extẽduntur ad alias speties quando elusoria fieret dispositio restringendo, leg. Diuus. §. j. ff. de fals. ibi, suis manibus scripsit, & postea idem dicit esse si per filium, & ratio assignatur, quia elusoria fieret dispositio, ergo idem dicendum est de hoc statuto, cum per nuntium uel epistolam possent tractare ea quæ personaliter tractarent, & possent habere nuntium confidentem qui hæc mala posset ordinare, uel etiam rusticellum qui sine suspitione accederet ad eos, & dispositio statuti efficeretur elusoria, & non esset per illud prouisum robariis, & homicidiis.

125 Vndecimo † facit secundum Crotum hic, quia statutum istud est correctorium iuris communis, quia prohibet loqutionem cum hominibus, quæ generaliter est permissa etiam cum hostibus. nisi quando fit mala mente, ut inducatur conspiratio. l. prima. §. primo. ff. ad l. Iuliam maiesta. Ideo cũ sit correctorium & pœnale debet restringi, secundum glo. in clemen. secunda. in uerbo (eisdem) de ætate & qualitate. facit lex finalis. iuncta l. penult. C. de interdicto. matrimon. Sed respondetur quod etiam in correctoriis, & pœnalibus fit extensio, quando militat eadem ratio, ut late dixi in l. omnes populi. in materia extensionis. ff. de iustitia & iur. ubi demonstraui hanc esse communem opinionem. Sed in hoc statuto militat eadem ratio, quia solum potest dici factum propter impediendas conspirationes contra rempublicam, uel impedienda homicidia priuatorum, uel robarias, quæ quotidie ab istis fieri solent. Ideo extensio omnimodo debet fieri, facit etiam, quia hoc statutum dicitur esse fauorabile, inductum propter fauorem reipublicæ & fauorem publicum ne fiant homicidia. l. ita uulneratus. ff. ad legem Aquili. Ideo generaliter intelligitur, & trahitur etiam ad casus improprios. l. secunda. §. exercitus. ff. de iis qui no. infam. cum multis concordantib. adductis per Decium in l. si quis id quod. ff. de iurisdictione omnium iudicum. & facit lex armorum. ff. de uerborum significatione. Præterea hic non tractamus de extensione, sed de comprehensione, quia sub nomine loqutionis uel uerbi loquendi comprehenduntur omnes speties loqutionum, ut supra diximus, ergo sequitur quod de proprietate sermonis omnes prædictas illas loqutiones comprehendere dicitur, etiam quod sit maior ratio in una quam in alia. dicta l. prima. §. quod autem. de aleatorib.

126 Duodecimo † ultra docto. pro ista opinione facit ratio, quia uerba intelliguntur secundum communem usum loquendi. l. librorum. §. quod tamen Cassius. cum suis concordantibus. ff. de leg. 3. sed secundum communem usum loquendi sub nomine loqutionis intelligitur de uerbali, & quilibet idiota interrogatus quid est loqui cum alio diceret quod est personaliter cum suis uerbis dicere intentionem suam, & nunquam cogitare de epistola uel nuntio, sed tamen potest responderi, quod istud procederet quando statutum esset restringendum ad unam spetiem, nam tunc illa potius caperetur, quam alia, secus autem quando statutum simpliciter loqueretur, quia debet intelligi generaliter propter causam generalem mouẽtem, & nec etiam loqutio literalis dicitur esse extra communem usum loquendi, per tex. in d. cap. legis diuinæ. 27. quæ. 2. ibi affatus est nobis literis suis, & percontatus est. & in cap. perlectis. in fine. 25. distinctio. ubi absentes per literas præstant cõsensum, & ideo uidemus quod contractus omnes de iure gentium fieri poterant æqualiter per nuntium uel epistolam, quod non esset si ex communi usu loquendi & naturaliter non dicerentur esse loqutiones, & propterea apparet quod adducta pro communi opinione concludenter non probãt eã.

127 In contrarium tñ † ꝙ imo tale statutũ cõprehendat ẽt nuntiũ uel epistolã, & æqualiter puniat, plura adducũtur. & primo adducit tex. in l. 1. ff. quod iussu, ubi statutũ disponit ꝙ oẽ factum a seruo uel filio familias ꝑ iussũ p̃ris uel dñi obliget eos insolidũ, & postea in Nigro, exponendo dicitur quod sub nomine iussus cõtinetur, siue uerbis, siue literis, siue per nuntium fiat. ergo dispositio simpliciter loquens cõprehendit actũ factũ uerbis, literis uel

uel per nuntium, ęqualiter ergo eodem modo idē erit in statuto, cum ædicta prætorum uideantur esse statuta. Sed respōderi potest quod iussus est de actis qui fieri possunt omnibus istis modis, & solo cōsensu perficiuntur, secus est in loqutione quæ solis uerbis proprie potest fieri, ut in hoc tex. dicitur, tamen replicatur quod illud statutum non se restringit ad actum qui fieri potest solis uerbis, imo loquitur de actu simpliciter qui producit eūdem effectum per quamcunque loqutionem fiat, & facit tex. in l. prima. supra de pact. ubi pactum est consensus duorum, & tamen comprehēdit omnes modos demonstrantes consensum literis, uerbis, & per nuntium. Vnde secundo potest responderi, quod ille tex. loquitur in materia fauorabili, in qua uerba generaliter capiuntur. nos loquimur in materia odiosa exorbitanti & correctoria in qua uerba in spetie capiuntur. lege si uero. §. de uiro. digest. soluto matrimonio. cum suis concordantibus.

Secundo adducitur text. in dicto cap. ubi periculum. §. nulli. iuncto. §. præcedenti. de electon. in 6. ubi Papa prohibuit loqutionem secretam. cum cardinalibus. & in §. nulli. exponendo dicit quod prohibetur omnis loqutio per epistolam, per nuntium, & per uerba, ergo eodem modo statutum prohibens loqutionem dicitur omnes istas prohibere. Sed respondetur quod ibi prohibitio per literas adiungitur & per nuntium, ideo apparet, quod non comprehendebantur. sed replicari potest quod ibi non fuit aditio, sed fuit expositio ad primam prohibitionem simpliciter de loqutione factam, quod patet, quia in dicto. §. nulli. enumerantur omnes illæ tres loqutiones, quod non esset si esset aditio. Vnde secundo respondetur negando quod ibi sit expositio, sed fuit expressa prohibitio facta de omnibus illis tribus modis, & nemo negat quod si statutum uel lex procedit ad ulteriora prohibendo omnes illas tres species quod omnes comprehendentur, & sic non cōcludit in terminis nostris.

128 Tertio adducitur † tex. in cap. clericus. 81. distinctio. ubi clericus prohibetur loqui cum mulieribus, & tamen illa prohibitio habet locum etiam quod fiat per nuntium uel epistolam. Sed respondetur quod ille tex. processit ad ulteriora inducēdo prohibitionem etiā de loqutione secreta, per nuntium uel epistolam, unde non comprehendit casum nostrum, in quo simpliciter fit prohibitio. Secundo respondetur quod ille tex. continet uerba generalia & prægnantia inducentia extensionem legalem, nam primo prohibet accessum ad domum mulieris, postea prohibet conuersationē quæ sui natura comprehendit omnes modos. ideo generaliter intelligitur de omnibus dictis modis & nos loquimur de statuto simpliciter prohibente loqutionem.

129 Quarto adducitur † tex. in cap. constitutionem. de sententia excommun. in 6. ubi prohibetur participatio cum excommunicatis per quam inducitur excommunicatio minor, & aliquando maior, & tamen includitur etiam participans cū literis uel per nuntium, ut dixit glo. in d. cap. constitutionem. & hic ponit Socc. sed respondetur, quod ille tex. loquitur in diuersis terminis, quia ibi prohibetur participatio, quæ participatio generalis est, cum comprehendat omnem qui partem capit cum excommunicato, & quis dicitur capere partē per nuntium uel epistolam, & omnibus aliis modis, nos autem loquimur de loqutione quæ nō est ita generalis, & de proprietate non comprehendit literas uel epistolam.

Quinto Perusini adducunt tex. uūlgatum in dicto cap. cum lex diuina. 27. q. 2. ibi, affatus est nobis literis suis, & facit tex. in d. l. solent. de offi. procons. & leg. ibi, audi quid sentiā. & illud Ouidij. nota uerbisq; loquūtur, & factis sicut uerbis agimus. glo. in ca. dilecti filij. de appellationib. sed responsum fuit duobus modis, primo quia tales loqutiones non sunt proprie. sed secundum quid, ideo nō comprehenduntur in statuto. d. l. 3. §. hęc uerba, de neg. gest. Secundo fuit responsum, quod quamuis sint proprie loqutionis, tamen statutum intelligitur de illa spetie quæ habet potentiorem significationem, & quæ est magis naturalis, & quæ magis accedit communi usui loquendi, per supradi.

Sexto adducitur tex. in dicto capitu. perlectis. 25. distinctio. ibi, eloquii tui sermo. & sic per literas inducitur eloquium & sermo. & facit text. in capi. qui in aliquo, 51. distinctio. ubi dicitur præsens qui per suas literas consentit seu æquipollet pręsenti. Sed respondetur eisdem modis, quod loqutio per literas est largo modo & improprie loqutio, quæ nō cōtinetur in statutis pœnalibus. Secundo, etiam quod sit proprie loqutio, tamē est diuersa species a loqutione uerbali, & capitur in potentiori significatione, & magis naturali, ut supra dictum fuit.

130 Septimo adducitur † dictum Bar. in l. item apud Labeonem. §. conuitium. inf. de iniur. ubi iniuria facta per literas dicitur esse conuitium, idest per conuotium seu per uoces factum. & pœna ibi posita comprehendit etiam dictam iniuriam literalem, sed respondetur quod non proprie dicitur conuotium, sed largo modo, & uerba punientia iniuriam non se ferebant ad conuitium, sed alio modo erant prolata.

Octauo adducitur ratio, quia parificantur facientes per se uel per literas. dicta l. consensu. & dicta l. non figura. de action. & obligationibus. ergo dispositio loquens de uno debet & aliud comprehendere. Sed respondetur negando parificationē fieri generaliter, quia non procedit in stipulatione, per istum tex. & solum ibi permissa fuit ex quadam extensione in certis casibus quando militat eadē ratio, secundum unum intellectum. Ideo nō comprehendit casum nostrum, in quo dispositio simpliciter loquitur de loqutione quæ non habet rationem ut extendatur ad dictos casus, maxime cum sit statutum pœnale.

Nono adducitur capitulum ego. ex. de iureiur. ubi parificatur consilium commissum uerbo, uel per literas, quod non debet reuelari. capit. primo. de noua forma fidelita. Sed respōdetur, quod illa

iura processerunt ab ulteriora, exprimendo omnes dictos casus, merito comprehenduntur, sed nos loquimur de loqutione quæ sola est prohibita, & non fuerunt posita uerba comprehendentia alias speties.

131 Decimo† adducitur ratio, quia si statutum non apprehenderet loquentem per literas, efficeretur elusorium, cum homines cauerent a præsentia, & omnes conspirationes facerent per nuntium, uel epistolam, ergo ne sit elusoria dispositio, generaliter intelligitur de omnibus istis spetiebus, per l.j.§.j.ff.ad l.Iuliam maiestatis.& l.Diuus.ff.de sicar.sed respondetur negando quod efficeretur elusorium, cum multum operetur prohibendo loqutionem personalem, quoniam multa præsentialiter conferuntur quæ non committuntur nuntiis, uel epistolis propter facilitatem reuelationis, & dictæ literæ possunt legi & inueniri a multis, q non erit in personali loqutione, & si dicatur, quod imo facilius fiunt per nuntiũ uel per epistolã, quoniã non causatur tanta suspitio ut ille uideatur esse in locis suspectis. Respondetur quod imo est maior ratio in personali loqutione, quia eodem modo est facilior propalatio, & portans literas cum facilitate potest corrumpi, uel etiam indiscrete loqui, & si mittitur nuntius, ille loquitur personaliter, unde potest capi, & propalare mittentem, & sic tutior est alloquutio cum persona, ideo de ea intelligitur statutum pœnale.

132 Vndecimo† facit, quia statutum intelligitur factum de omni casu, de quo si fuissent interrogati statuentes idem respondissent. ut per glo. in l.tale pactum, ff.de pact.sed si statuentes fuissent interrogati de mittente epistolam uel nuntium, idem respondissent. ergo & dictæ speties comprehendũtur. Sed respondetur, negando quod statuentes ita respondissent, imo dixissent se intelligere de loqutione uerbali quæ communis est & naturalis & si uoluissent alios casus comprehendere illos expressissent, cum parum fuisset exprimere. lege prima. §. finautem ad deficientis. Codice de caduc.tollend.

Duodecimo ultra doc. facit, quia quando unũ uerbum potest capi in genere & in spetie, in dubio capitur in spetie, ut per Alexand. in rub. ff. soluto matrimo. maxime quando est statutum pœnale, quod stricte debet intelligi, ergo tantummodo comprehenditur locutio uerbalis, quæ potentior est in specie sua. Sed respondetur negando q statutum intelligatur in spetie, imo capitur in genere, quando illud statutum est fauorabile. sed hoc statutum est factum fauore reipublicæ, & fauore priuatorum, ne lædantur per homicidia & robarias, ergo debet generaliter intelligi. Et facit etiã tex. in dicta le. secunda. §. exercitus. ff. de iis qui nota. infamia, & l. armorum. ff. de uerborum significatione. ubi uerba nedum intelliguntur in genere sed extenduntur etiam in pœnalibus ad casus improprios, ergo tanto fortius intelliguntur capere uerba in genere, ut etiã ego dixi in dicta rub. propterea apparet quod articulus ab utraque parte est disputabilis.

133 Resolutiue tamen† Alex. hic dicebat hanc quæstionem esse similem illi, an statutum loquens de faciente comprehendat mandantem, in qua dicit ipse cõmuniter* teneri quod non comprehendatur mandans, quia non dicitur uere facere. leg. prima. §. deiecisse. ff. de ui & ui armata. & l. item si obstetrix. in fin. ff. ad legem Aquiliam. & l. si pater. cum glo. supra quæ in fraud. credito. & statutum intelligitur in casu uero & naturali. dicta le. fin. C. de iis qui ueniam ætatis. Igitur eodem modo statutum disponens de loquente non habebit locum in mittente literas, quia non est propria, sed ficta loqutio, unde ille casus ommissus de scribente relinquitur dispositioni iuris communis, iux. no. in l. si cum dotem. ff. soluto matrimo. & punietur postea pœna mortis si missio fiat ad hostes. per l. primam. ff. ad l. Iuliam Maiesta. quæ pœna habet locum etiam in mittente ad bannitos qui sunt hostes ciuitatis secundum formam statutorum, ut per Bar. in l. Amissione. †. qui deficiunt. ff. de cap. dimi. si tamen non essent hostes, ille casus tanquam ommissus per extensionem posset cõprehendi, quando militaret eadem ratio. gloss. in ca. constitutionem. de sententia excommun. & per Bar. in l. omnes populi. in 6. quæstio. prin. de iust. & iur. quæ distinctio non est bona, sed imperfecta quia non complectitur omnes casus, & facit multa præsupposita quæ supra negata fuere.

134 Vnde Soccinus dicebat, † quod si statutum loquitur de participante, comprehenditur loquens per literas uel per nuntium, quia uere dicitur participare. cap. constitutionem. de sententia excommu. & cap. cum sumus pontifex. eo. tit. si uero disponit de loquente, ipse putat quod non fiat extensio, quoniam statuta sunt stricti iuris, & regulariter non extenduntur ad casum fictum. l. 3. §. hæc uerba. de neg. gest. & l. fi. C. de iis qui uen. æta. imp. & per Barto. in dicta l. omnes populi, in 6. quæstione principali. & scribens dicitur ficte loqui. dicta l. miles ad sororem. de lega. secundo. & probatur in dicto ca. ubi periculum. §. nulli. ubi fit prohibitio multiplicata. nec obstat quod sit eadẽ ratio. quia imo est minor ratio, quoniam per experientiam apparet quod secreta periculosa non faciliter cõmittuntur literis & nuntiis, ideo debet relinqui sub dispositione iuris communis. secundum quod punitur ille qui mittit literas ad hostes ciuitatis, & ad illos bannitos qui pro hostibus iudicantur. d. l. j. §. j. ad l. Iuliã maiest. quo casu etiam ipse dicit eos qui bona fide scribunt non puniri, & excusari. per l. postliminium. §. transfugæ. infra de cap. & per Bar. in l. 1. §. non autem. ff. si quis testa. lib. esse. & l. cum autem. §. capitalem. ff. de ædil. ædicto. nec potest dici fauorabilis ratione publicæ utilitatis, quia illa est causa mediata, odium uero delinquẽtis est causa immediata & principaliter odiosa. l. fin. C. de inter. matrimo. qui in effectu recedit ab Alexand. in eo, quia uult non contineri scribentẽ uel mittentẽ nuntium, sed tamen eius fundamentum non est tutum, ex eo quia præsupponit quod improprie dicatur loqui per literas uel nuntium, quod supra reprobatum fuit.

Alciatus

Alciatus uero primo dicit, quando mandans puniatur per statutum loquens de faciente quod non proprie pertinet ad nos. Secundo dicit, quod in isto casu debet fieri extensio, quia est extensio de stricta significatione ad latam quæ semper per mittitur, per allegationes uulgatas, ut per eum, postea dicit quod scribens non proprie loquitur, per l. Labeo. in fin. de supelle. legat. sed cum largo modo loquatur potest fieri extensio per identitatem rationis. dicta l. secunda. §. exercitus. de iis qui nota. infam. Sed tamen non bene demonstrat quod dicatur militare eadem ratio. quia contrarium dixit Soc.

Vnde tu plenius potes dicere constituendo aliquos casus. Primus est, ubicunque statutum prohibet participationem cum bannitis seu hæreticis, & tunc omnes conueniunt quod tale comprehendit mittentes literas uel nuntium, ex eo quia uerbum (participare) est generale & æqualiter adaptatur ad nuntium uel epistolam ex dispositione iuris, ut probatur in dicto capitulo constitutionem. de sententia excommunicationis. & cap. si sumus pontifex. eodem tit. & in hoc casu continentur omnes modi participandi dependentes a solo consensu. ut l. j. supra quod iussu. & in ca. ego. de iur. iurando. & l. consensu. & l. non figura. supr. de action. & obliga.

135 Secūdus casus est † quando statutum dicit, quod quis non debeat accedere ad bannitos uel hæreticos, & cum eis loqui, & hoc casu statutum per uerbum (Accedere) additum se restringit ad loquutionem uerbalem, unde uidetur prohibere in uerbis, quo casu non potest dici quod neque sub lato uocabulo neque proprie contineatur scribēs uel mittens nuntium, quoniam istæ sunt duæ species loquutionis separatæ, & ideo per tale statutum comprehenditur solum loquens uerbaliter, & fortius si uteretur hoc uerbo (uerbaliter) in dispositione & esset necessarium quod statutum faceret nouā dispositionem prohibendo etiam mittentes nuntiū uel epistolam, hic est proprie casus in dicto capit. ubi periculum, §. nulli. de electione. in 6. Vnde nō potest tractari nisi de extensione ex urgentissima ratione, uel quia ratio assignata euidenter cōplecteretur omnes literas, iux. regulas extensionis, & idem in casu contrario, si prohiberet mittentem nuntium uel æpistolam, non faciens mentionē de locutione uerbali, nā propter restrictionē ad unā speciē non debet trahi ad aliam, quia uerba non compatiuntur, & ex diuersis non fit illatio. l. Papinianus exuli. de minorib. & uidetur considerasse facilitatem quæ potest esse in mittendo nuntium uel epistolam, & difficultatē quæ posset esse in accedendo ad dictos hostes, cum homines alicuius qualitatis & multū noti populo non faciliter possunt accedere ad bannitos & hostes, quin uideantur, & cognoscantur, & magis secrete possunt conspirationem facere cum nuntiis & literis. & cum uideatur se fundasse in hac ratione difficultatis, non militat eadē ratio in accedēte, cū non credidit quod homines se committant tanto periculo, ut possunt notificari, & ita procedit tex. in l. Paulus. ff. de legationib. ubi magis prohibuit negotiationes & literas quā loqutionē uerbalē, & in istis duobus casibus potest ꝓcedere decisio Soc. quod non debet fieri extensio de uno casu ad alium, & quod alter casus est ommissus, & remanet sub dispositione iuris communis punientis, ut in l. j. §. j. ff. ad l. Iuliam maiesta. quod etiam uidetur tenuisse Alex. in sua distinctio.

136 Tertius casus est † quando statutum prohibet simpliciter loquentes cum bannitis, & tunc remanet dubium, an hoc uerbum (loqutionis) capiatur in genere uel in spetie, maxime tenēdo opinionē quam supra posui, quod hæc loqutio de proprietate sermonis cōprehēdit omnes tres dictos modos loquendi, & doct. in rub. ff. solu. mat. dicunt, quod in materia fauorabili uerbum quod potest capi in genere uel in spetie capitur in genere, sed in materia odiosa semper in spetie, & in potentiori significatione.

137 Vnde succedit † modo alia consideratio, utrum hoc statutū dicatur fauorabile uel odiosum. Soc. uolebat quod sit odiosum, ex eo quia fauor publicus uenit in consequentiam, & odiū est principale in consideratione, sed tamē cōmuniter* tenetur quod sit fauorabile, ex eo quia principaliter factū fuit fauore reipublicæ ut delicta puniantur, & ēt ut tollatur occasio, ne dicti banniti ita augeāt uires quod respublica nō possit eos eiicere, itē & ꝙ non faciant homicidia in ciuitatibus, causent tumultus, & tollant quietē populi, & ut etiam fiant conspirationes, & hæc opinio uerior est, & tenendum est quod dictum statutum siue prohibeat loquentem cum bannitis uel cum hæreticis reputetur fauorabile & extensibile secundū alias materias fauorabiles. & propterea dicendum est, quod siquidē tenemus quod loqutio literalis & per nūtium non sit proprie loqutio sed largo modo, dispositio simpliciter loquēs de proprietate sermonis comprehendat loquentem uerbaliter, sed tamen fiet omnino extēsio etiam ad loquentem per literas uel nuntium.

138 Quia omnis † dispositio pœnalis propter publicā utilitatē extēditur ad casus cōprehēsos sublata significatione. ut plures casus puniat. d. l. 2. §. exercitus. ff. de iis qui no. infamia. cum infinitis cumulatis per Decium in dicta l. si quis id quod. de iurisdictio. omnium iudicum. & est communis* cōclusio, sed si nos tenemus quod de proprietate sermonis etiam loqutio per literas uel per nuntium comprehenditur sub uerbo loqutionis tunc facilior erit resolutio, quia secundum docto. in dicta rub. soluto matrimo. dispositio fauorabilis comprehendit terminum in genere, & non in spetie, sed hæc est fauorabilis, ergo comprehendetur in genere locutio ut contineat omnes suas species loqutionis, & confirmatur, quia dispositio etiā exorbitans & pœnalis generaliter & simpliciter loquens generaliter debet intelligi. lege prima. §. generaliter. digestis de legatis præstandis. lege in fraudem. §. fina. de militar. testamen. etiam quod maior ratio sit in uno casu quam in alio. dicta lege prima. §. quod autem de aleatoribus

aleatoribus,&propterea de proprietate sermonis omnes dicti casus erunt puniti per statutũ,& non erit opus recurrere ad extensionem.

139 Igitur †conclusio remanet, quod statutum simpliciter prohibens loquentem cum bannitis, uel hæreticis,uel monialibus, comprehendit etiã mittentem nuntiũ uel epistolam ex ui uerborum, & ex ipsa dispositione comprehensiua, non autẽ per extensionẽ,quia omnes dicti modi dicuntur proprie contineri sub illo generali nomine locutionis,&æqualiter puniri,per prædicta.Et quod esset propria significatio in omnibus dictis modis probatur concludenter ex dictis iuribus,quoniam nõ habemus legem dantem spetialem significationẽ huic uerbo(loqui)item ratio est generalis & tendens ad fauorem publicum,siue teneas quod statutum sit factum ut citius delinquentes puniãtur l.ita uulneratus.ff.ad l.Aquiliam.siue ne fiant cõspirationes contra rem publicam,quod ab omnibus conceditur,siue teneas quod sit factum ne fiãt homicidia priuata, ut habitantes in ciuitatibus p mediũ eorũ,pcurẽt ut fiãt homicidia, seu ne fiãt derobationes,siue ne fiant assassinia,uel aliis locis priuatis,quę possunt fieri commodius propter nũtios uel epistolas dantes informationem de transituris per loca certa,in omnibus enim dictis casibus semper est fauor publicus ut cõseruetur quis & pacificus modus uiuendi totius populi, & contra principis determinationem uolẽtis quod priuati sub eius principatu posśint in domibus propriis quiete uiuere. Quinimo potest dici quod sit maior ratio in mittente nuntium uel epistolas, quoniam si ipse accederet posset dare magnam suspitionem si postea eius inimicus uel alter cognitus ab eo reperiretur occisus uel derobatus, &propterea non est recedendum ab ista opinione,quoniam rationes prædictæ præualent illi soli quod maiora diceret ipse secrete quam per nũtium uel epistolam. nam tunc illa ratio procederet quando ad libitum & sine suspitione posset accedere, sed ubicunque ex eius accessu causaretur suspitio ne ipse esset causa conspirationum, tunc facilius omnia prædicta mala poterunt euenire per nuntium uel epistolam, & ideo cum sit generalis ratio comprehendes omnes casus fienda est prædicta generalis decisio.

140 Ex quibus †constituas regulam,quod statutum tale prohibens loqutionem comprehendit etiam nuntium uel epistolam,quoniam dicuntur omnes esse uere species loqutionis.Fallit ubicunque statutum expresse se referet ad unam spetiem loqutionis, quia tunc in illa tantum intelligeretur. lege cum prætor. ff. de iudi. & uidetur considerare spetialem rationem.Si tamen postea rationem generalem exprimeret, quæ militaret in omnibus spetiebus, tunc licet loqueretur de spetie locutionis uerbalis, posset nihilominus fieri extensio, ut dicebat Alexander, quia aliæ species saltem lato sumpto uocabulo continentur, per dictam legem secundam. §. exercitus. digest. de iis qui notã. infamia. Secundo fallit, quando quis alloqueretur bona fide uel mitteret nuntium uel epistolam, & potest esse exemplum in iis quæ diximus in lege si quis arbitratu. infra eodem.quãdo esset destinatus arbitrator ab ipsis partibus, iuxta nota.per Barto.ibi in columna fina. & sequitur hic Soccinus.quæ fallentia facile procedit quantum ad ius commune, quia in dicta lege prima. fit prohibitio quando quis scribit uel mittit nuntium,uel præstat consilium & fauorem dolo uel fraude ut offendat rempublicam uel bona reipublicæ,secus si sine dolo malo. Vnde si alia causa mitteret excusaretur. sed stante dicto statuto prohibitio uidetur facta generaliter, & non uidetur posse bona fide alloqui, ne daretur occasio fingendi causam bonam alloquendi,& postea occulto sub tegmine multa mala committerentur, unde satisfaciendo Soccino possumus saluare quando una uice uel bis alloqueretur bona fide, & probaretur per concludentes probationes, & postea nullum malum esset sequtum sed si perseueraret cum dicto tegmine, uel aliqua mala fuissent sequta, tunc non posset excusari, quia statutum generalem fecit prohibitionem, & de proprietate sermonis ex quacunque causa alloquatur incidit in pœnam.

141 Quæro modo †In tertia parte textus nostri ponitur remediũ, quomodo illi qui nõ sunt habiles ad stipulandum posśint negotia eorum expedire ne uideantur priuati cõmertio hominum,& dicitur quod remedium est ut adhibeant seruum proprium præsentem qui stipuletur, & totam solemnitatem necessariam adhibeat, & sic colligitur, quod qui non potest per se stipulari potest per seruum suum, & est ratio, quia seruus ius stipulandi habet ex persona domini cui acquirit. institu. de stipulatione seruorum. in princi. & cum non posśit sibi acquirere, opportet ut acquirat domino suo, ideo ex regula communi quomodocunque stipuletur acquirit domino. dicto princip.& §. penultimo. institu. de stipulatio. seruorum. & §. item uobis. institu.per quas personas nobis acquiritur. & lege prima. Codice per quas personas nobis acquiritur. & lege secunda. digest. de iis qui sunt sui uel alieni iuris.& quamuis iste textus dicat de seruo tantum, tamen ampliatur procedere etiam in filio familias & aliis existentibus in potestate, quia est eadem ratio. §. ei uero. insti.de inuti. stipulatio.& l. quod dicitur.inf.eo.

142 Item ampliatur †procedere etiam in procuratore.per l. optimam. C. de contrahend. & commi. stipulatio. sed tamen erit differentia aliqualis, quia per filium uel seruum ipso iure immediate acquiretur. lege placet. de acquirenda hæreditate. & dicto. §. item uobis. cum similibus. supra adductis.in procuratore uero non acquiretur immediate, sed stipulatio stabit in persona sua, & erit necessaria cessio. l. prima. C. per quas personas nobis acquiritur.& l. possessio quoque. §. fi. de acquirenda possessi. possent tamen aliquando concipi uerba in persona ipsius principalis,& tũc non esset necessaria cessio.iux.no.in l. quod meo. ff.de acq.pos.tamẽ nõ procederet in stipulatione,

Quarto

Quarto ampliatur procedere etiam in notario, iuxta text.in l.secunda.ff.rem pupilli sal.fore. de quo infra dicetur. Item ampliatur procedere in omnibus illis sexdecim casibus qui ponuntur per glo.in §. si quis alii.insti.de inuti.stipulatio. in quibus quis alteri stipulari potest. & alii per alium acquiritur.

143 Ideo† remanebit generalis conclusio, quod qui non potest per se stipulari poterit per omnes per sonas quę alii acquirere possunt stipulari,& quod dicitur hic de seruo ponitur gratia exempli magis frequentis & commodi, tamen uirtualiter omnes prædicti casus continentur.

144 Sed contra † prædictam conclusionem ita declaratam facit,quia uidetur quod in seruo de quo loquitur tex.non posit procedere,quoniam capacitas uel incapacitas serui dependet a capacitate uel incapacitate Domini. l.si mihi & tibi.§.regula.ff.de leg.primo.sed Dominus non potest stipulari, ergo nec etiam seruus qui a se neque a Domino capacitatem habere potest.sed respondetur q dicta regula procedit in iis quæ consistunt in iure acquirendi. cum si seruus non posit acquirere,neque Dominus posset, remaneret inutilis stipulatio, ideo opportet quod reperiatur unus cui acquiri posit. igitur seruus qui per se capacitatem non habet necessarium est quod eam assumat a Domino quatenus ei acquiri posit. Sed nos loquimur in iis quæ consistunt in operatione serui, & possunt stare in persona ipsius, nam tunc capacitas consistens in seruo non est necessarium quod assumat uires a Domino.ideo quamuis Dominus sit incapax,tamen seruus per se ex sua capacitate poterit perficere stipulationem, nam impedimentum erat, quia Dominus non poterat loqui uel audire uel intelligere, quæ omnia reperiebãtur in seruo,& ex sua persona illa retinebat sine auxilio Domini,propterea stipulatio ualere potuit, & facit in simili tex.in.§.sed cum factum. insti.de stipula.seruo.ubi etiam in persona serui obligatio faciendi consistit,& non acquiritur Domino, ergo fortius hoc factum stipulandi poterit consiste re in persona serui,& tanto fortius,quia ut statim dicemus stipulatio non dicitur fieri a Domino sed remanet integra in persona serui, quãuis promissa acquirantur ipsi Domino,cui muto & surdo & infanti indistincte seruus acquirere potest,per dicta iura.

145 Secundo † contra dictam conclusionem obstat alia regula quæ habet, quod qui non potest per se nõ potest per alium.capitulo quod alicui. de reg. iur.in 6.& l.si seruus cõmunis.ff.de donatio.inter uirũ & uxore.ubi dominus nõ potest donare uxori,neque etiam per seruum ei permittitur sed respondetur quod dicta regula procedit quãdo per personam alterius non tollitur impedimentum quod est in persona Domini,ut in dicta l.si seruus dum seruus donat rem ipsius Domini,sed quando per personam alterius tollitur impedimentũ, tũc qui non potest per se potest per alium, ut dicit tex.in l.Aristo.in fi.ff.quæ res pigno. obligari possunt qui ponit regulam contrariam quod qui nõ potest per se & proprio nomine, alieno nomine consequi potest,& ibi glo.adducit multas concordantes & ita declarat hæc regula per multa cumulata a Iasone in l.si emancipati. Co. de collationi. sed in hoc casu per seruum cessat impedimentum quod est in Domino,cum ipse posit cum præsentia suo auditu loqutione facere solemnem stipulationem,& cessat impedimentum quod est in Dominis qui propter tales effectus stipulari non possunt. Secundo respondetur quod dicta regula procedit quando habens dictos effectus uellet in persona sua concipere stipulationem mediante auxilio serui uel alterius,ut si infans mediante intelligentia serui uellet per personam suam stipulari uel mutus mediãte loquella serui uellet per personam suam stipulari, uel surdus per personam suam uellet cũ auditu serui stipulari, nã tũc illud non permittitur, quia si non potest per se neque etiam cum auxilio ipsius serui ipse poterit stipulari.

146 Sed in casu isto † stipulatio non concipitur in persona ipsius prohibiti, sed est seruus qui facit stipulationem totam nomine proprio,& stipulatio tota cum obligatione sua & iure consistit in persona serui, & postea obligatio & ius transit in Dominum,quia ipse nihil iuris acquisitum potest in persona sua retinere, sed acquiritur domino, per dictum. §. item nobis.cum suis concordanti. insti.per quas personas nobis acquiritur.& ista acquisitio æqualiter fit in omnes dominos siue sint sapientissimi,siue muti,surdi,& infantes,quoniam omnes prædicti, æqualiter habent dominium in seruo,& per eũ possunt æqualiter acquirere, ideo apparet quod nedum regula non obstat, sed nec etiam facit ad propositum,ex eo quia aliud est uelle cum auxilio alterius habentis qualitates ad stipulandum uere in persona sua concipere stipulationem,& hoc ei non permittitur, Aliud est uelle ex stipulatione in totum consistente in persona serui uel alterius aliquid acquirere,quod generaliter est permissum omnibus habentibus capacitatem acquirendi,& hæc est plana solutio & concludens in stipulatione de qua loquimur.sed prima ratio potest etiam procedere in aliis actibus,quãuis conciperentur in persona ipsius qui suo nomine prohiberetur.

147 Tertio † contra dictum remedium opponitur, quia fictio non cadit super imposibili. l. qui ad certum.ff.locati.sed si mutus infans uel seruus stipularentur cum auxilio alterius tunc ipsi fingerentur facere cum auxilio alterius quod per se facere non possent,sed respõdetur quod ista obiectio procederet quando stipulatio facta per seruum diceretur concepta in persona domini cum auxilio suo,sed in casu nostro non facit ad propositum, quia seruus stipulando concipit stipulationem in persona sua, & ipse est qui facit, & dominus uere nec ficte stipulatur, sed solum per stipulationem serui acquiritur ei ius deductum in stipulatione, unde nulla dicitur esse fictio neque in persona serui neque in persona domini, sed ueritas est ab utraque parte, cum seruus uere stipuletur,

& postea deductum in stipulatione ipsis domiins uere acquiritur,& obiectio de fictione non est in proposito,tamen solum demonstratur per dictas oppositiones,quod tex.noster non intelligitur eo modo quo uerba inferre uidentur, ut impeditus per seruum stipuletur, sed intelligitur quod impeditus habet remedium sibi acquirendi, faciẽdo quod seruus in persona sua stipuletur, si tamẽ lex diceret quod mutus surdus & infans stipularetur seu posset stipulari, ut euenit in casu legis primæ Cod. de rei uxoriæ actio.in aliquibus aliis supra positis, tunc procederet obiectio, quia lex fingeret mutum & surdum stipulari contra impedimentum naturale, sed tunc deberet declarari secundum tex.nostrum quod per seruum stipularetur qui cõcipiendo in persona sua stipulationem acquireret ipsis prohibitis, & tunc fictio caderet in seruo qui uideretur facere stipulationem sine uerbis per quam acquireretur impedito, & fictio procederet incapaci naturaliter, & cessaret obiectio,ut plene no.in l. si is qui pro emptore. ff. de usucapio.ubi dixi cum aliis casibus enumeratis in dicto §.si quis alii.insti.de inuti.stipulationibus.

148 Vlterius notandum est †ex isto text.quod si tales impediti uellent obligari adhuc competit sibi remedium,ut quamuis serui non possint eos inuitos obligare,tamen remedium est aliud quod iubeant ipsis seruis stipulari, & erunt quod iussu obligati, & hoc modo plene sucursum fuit istis impeditis ut possint & acquirere per stipulationem alterius, atque etiam obligari per stipulationem alterius, quæ conclusio procedit nedũ in seruo, sed etiam in filio familias.ut in l.j.ff. quod iussu. & insti. quod cum eo.in princip. item etiam procedit in extranea ꝑsona,ut in procuratore uel etiã institore, quia & dominus iubendo per contractũ procuratoris & institoris erit quod iussu obligatus.dicto §.primo insti. quod cum eo & l.j. & per totum.ff.de exerci.actio.

149 Sed tamen † contra prædictam conclusionem, dum præsupponitur quod seruus non possit sine iussu dominum obligare,facit,quia imo seruus potest nedum inuitum & ignorantem dominum obligare, sed etiam potest eum prohibentem expresse obligare,per tex.in l.etiam.§.fin. ff.de peculio. ubi dicitur,quod seruus expresse dominum etiam inuitum obligare potest,& idem probatur in præposito negotiationis uel nauis qui potest contrahendo inuitum dominum obligare actione institoria uel exercitoria.l.j. & per totũ.de insti.actione.& ff.de exerci.actio.facit text.in l. Papinianus. ff.de publici.actione.sed soluendo dicas, quod cõtrarium limitat præsuppositum istius.tex.non autem oppugnat, nam distinguendum est utrũ seruus habeat peculium uel non habeat. si seruus habet peculium,& tunc potest contradicentem dominum obligare,dicta.l.etiam,in fin. & est ratio, quia ab initio habuerunt potestatem a domino concessam contrahendi & disponendi de aliis rebus, qui dominus uidetur iubere generaliter omnibus personis ut contrahant cum seruo. ideo tũc postea contrahendo obligatur, quia illi contrahentes sequuntur iussum generalem ab eo factum & necessario dominus obligatur ne decipiantur, & solum remedium est ut ipse dominus auferat peculium uel negotiationem ipsi præposito,& tũc amplius seruus non poterit dominum obligare, & ne decipiantur extranei qui ignorant hanc reuocationem peculii oportet quod in publico loco faciat proscribere,ut nemo amplius contrahat cum eo,& tunc non obligabitur, l.j. §. proscribere.cum materia.ff. de exercito. actio. & tunc quia cessabit iussus suus non obligabitur.sed tex.noster cum suo præsupposito procedit quando seruus nõ habet peculium,neque alius est prępositus negotiationi,uel si habet uult obligare dominum extra causam peculiarem.nam tunc non poterit dominum suum obligare ne eueniat quod seruus possit dilapidare bona domini, ideo tunc procedit præsuppositum text. nostri quod necessarium est ut dominus iubeat,alias non obligabitur.iux.l.si quis mihi bona.§.iussum.de acquir.hæredita. & in sti. quod cum eo.§.primo.uel poterit fieri contrahentibus spetialiter ut contrahant cum seruo uel alio,& obligabitur quod iussu.sed tamen dicebat Paulus de castro hic & Alexand. & Ias. quod illa obligatio ex titulo quod iussu procedit solũ quãdo dominus iussisset illis quos habet in potestate uel aliis liberis personis præpositis, quia tunc tenentur ex ędicto prætoris posito in dicto titulo quod iussu.sed si esset unus procurator spetialis uel etiam generalis qui tamen non esset præpositus negotiationi, tunc non haberet locum titulus quod iussu,sed addi debet ad text.quod tunc haberet locum actio mandati, nam si iuberet seruo ut promitteret contrahens cõfidendo de iussu serui quasi ipsi iussum esset factum, contraheret cum seruo, & haberet actionem mandati,arg.l.qui patitur.& l.si uero non remunerandi.§.si passus. ff. mand.sed si ipse iussisset contrahentibus expresse ut contraherent cum seruo, tunc esset expressum mandatum& ageret contra iubentem actione mãdati tanquam esset mandator.l. Lutius. ff. de fid. & dicta l. qui patitur.§. si passus. sed tamen tu dicas,quod licet non uideatur obligari expresse ex illo titulo quod iussu præcise, tamen in effectu obligatur generaliter ex iussu per titulum mãdati,ꝙ in effectu generaliter uidetur inducere quandam oligationem per iussum, & ita debet declarari hęc materia, quomodo autem possint istæ personæ inhabiles iubere. declarabitur statim cum glo.hic subiectis.

150 Glo.prima †diuiditur in tres partes, in prima timore contrarii exponit tex.duobus modis,in secũda ponit denominationem stipulationis.in tertia deriuationem, secunda ibi & sic,Tertia ibi, & dicitur. pro declaratione primæ partis, oppono, quia uidetur hanc legem nostram esse extra propositam materiam,cum rub.sit de uerborum obligationibus, & lex loquatur de stipulatione.Soluit glo.fatendo contrarium, & dicit quod stipulatio dicitur esse idem cum uerborum obligatione & dicendo de stipulatione dicit etiam de uerbo. obligatione, & uidetur probari in l. obliga-

mur

mur §. uerbis. supra titul. primo. sed glo. non stat in hac solutione, & dicit quod imo stipulatio est diuersa a uerborum obligatione, cum dicatur esse conceptio uerborum. l. 5. §. stipulatio, infra eodem, & ad contrarium tacite respondet, quod stipulatio est causa uerborum obligationis, & de ea opus est præcognitionem habere.

Sed tunc succedit secunda dubitatio, Quia uidetur quod nec etiam stipulatio bene declaretur per istum tex. quia uidetur male dicere, quod stipulatio non posit concipi nisi utroque loquente, quoniam imo uno loquente tantum uidetur concipi, quia stipulatio dicitur a uerbo (stipulari) quod est, interrogare secundum Priscianum, & probatur etiam in. §. præterea. uersi. non idem iuris. cũ glo. stipulatus. insti. quib. mod. tollit. obligatio. ergo uidetur quod stipulatio conficiatur ex sola interrogatione, & sic uno loquente tantum.

Glosa primo uidetur fateri contrarium, & postea mutat opinionem, & dicit, uel dic quod stipulatio est unum totum confectum ex interrogatione & responsione, & est uerborum conceptio, prout dicitur in dicto. §. stipulatio, & uerificatur quod fit utroque loquente uno interrogante & alio respondente, & ad contrarium respondet tacite, quod procedit in denominatione, non autem in ipsa substantia stipulationis, unde postea subdit, & dicit quod ipsa stipulatio denominatur ab interrogatione tantum, & a uerbo (stipulari) non autem est ipsa stipulatio, quia illa est unum totum confectum ex interrogatione & responsione, dicto. §. stipulatio. & in auth. de æqual. dot. §. primo. in uer. stipulentur alterutros, ubi sub uerbo (stipulentur) continetur tota stipulatio cum interogatione & respoosione, & hoc sequitur glos. ideo nota quod unum genus idest unum totum ex pluribus confectum denominatur a potentiori parte, & addit postea quod aliquando uerbum (stipulari) denotat solam promissionem, ut in l. si non fortem. §. si decem. digest. de condictio. ind. ibi (si decem aut quinque stipulatus soluam, ergo stipulatus intelligitur, idest promisit, quia stipulator non soluit sed acquirit. Addit postea, quod etiã stipulatio dicitur a stipulo, quod est firmum, quasi ex stipite descendens, ut insti. eo. in prin. hic est sensus glo.

151 Et ex ea † colliguntur multæ conclusiones. Prima est, quod stipulatio est idem quod uerborum obligatio. sed eam reprehendit Bartol. in fin. ubi hanc glo. declarat, & dicit quod nihil est dicere, quia stipulatio est contractus, & est uerborum conceptio. dicto. §. stipulatio, a qua nascitur postea uerborum obligatio, ita quod stipulatio est causa, & uerborum obligatio est causatũ, quam reprehensionem sequuntur hic docto. & Ias. hic eam firmat, & adducunt text. concludentem. in l. prima §. quod seruus. infra de stipulatione seruo. ubi si seruus meus stipuletur seruo meo utilis est stipulatio, & parit obligationem uerborum. sed si stipulatur seruo alterius, ipsa stipulatio inutilis est, ideo dum dicit, quod stipulatio parit obligationẽ uerborum, apparet quod differunt tanquam causa a causato, idem probat tex. insti. de uerbo. oblig. §. pen. & fin. ubi dicitur quod obligationes nascuntur ex contractu, & ex quasi contractu, maleficio, uel quasi, & idem replicatur in l. prima infra de actio. & obligatio, & insti. de obliga. quæ ex delicto nas. in primis uerbis, & hanc opinionem tenuit expresse glos. fin. in dicto. §. fin. quæ dixit, quod tria sunt diuersa, contractus ipse qui est facti. l. consilio. digest. de curatore furio. & obligatio descendens a contractu quæ est iuris uinculum, ut eodem titulo in principio, a qua obligatione nascitur actio. l. licet. §. ea obligatio. digest. de procuratori. quæ est ius prosequendi ut insti. de actio. in principio. & illam glosam ibi sequuntur communiter doctor. & in uariis locis aliis & etiam hic. unde contrariatur huic glo. in principio.

Quare Alexand. infra & Angel. & Soccin. in rubric. supra, & Paul. de castro, & docto. communiter * conantur concordare has duas glo. considerando quod stipulatio potest capi prout est in fieri, & tunc est uerborum conceptio. dicto. §. stipulatio. & prout est iam facta, & tunc dicitur esse uerborum obligatio ut hic. & inst. eodem. in principio. dum dicitur uerbis contrahitur obligatio ex interrogatione & responsione, & idem replicatur in l. obligamur. §. uerbis. supra titulo primo. & in §. item uerborum. inst. de inuti. stipulatio. & sic apparet quod ea quæ attribuuntur hic stipulationi in dictis iuribus attribuuntur obligationi, ergo idem est uerborum obligatio & stipulatio in esse deducta, & hanc saluationem dicunt esse de mente dictę glos. fin. & Bald in l. iurisgentium. §. igitur nuda. digest. de pact. qui dixit quod stipulatio duo importat, factum ipsum, id est interrogationem & responsionem, & ius, id est uerborum obligationem. Bartol. uero. in l. si unus. §. pactus ne peteret, supra de pact. octaua column. uidetur tenere idẽ quod glos. hic, quod stipulatio sit ius, & est uerborum obligatio prout est in esse deducta, & uidetur sentire ipsemet in l. prima. digest. de acquir. possessio dum dicit, quod contractus in esse deducti iuris dicuntur esse. Alciatus autem hic super hoc passu multum laborat, quærens an stipulatio sit iuris uel facti, & concludit quod sit iuris per text, in dicto. §. pactus. ibi in stipulatione ius uersatur, sed in pactis factum, sed pactum prout consideratur est iuris, quia effectus sui iuris sunt, & exceptionem producit. & tamen dicitur esse facti, ergo sequitur quod a fortiori stipulatio semper erit iuris, & ad contraria respondet ut per eum num. 36.

152 Sed tu dicas † quod declarationes docto. in omnibus suis partibus sunt falsæ. nam d[illegible] dicunt quod in l. 5. §. stipulatio. diffinitur stipulatio prout est in fieri. istud est contra illum textum ut etiam dixi in rubric. quia ibi per uerba (conceptio uerborum cum interogatione & responsione) demonstratur actus perfectus & non prout est in fieri.

153 Item † nulla potest dari diffinitio de re pro-

ut est in fieri. sed solum datur de re perfecta, quoniam in diffinitione ponitur materia & forma, & non potest forma induci nisi post perfectionem. l. si is qui quadringenta. §. quędam. digest. ad l. Falcidiam. alioquin opporteret diffinire hominem quod esset sperma proiectum in matricem per nouem menses coagulatum & conuersum in animal & postea editum, quod non admittitur. sed consideratur prout est perfectus, & diffinitur quod est animal rationale & mortale, ut in dicta rubric. plenius dixi. Secundo falsum est quod in hoc principio dicatur de stipulatione iam deducta in esse, quia imo tractatur de stipulatione prout est in fieri, quia dicitur quod non potest concipi nisi utroque loquente, & sic ponitur modus concipiendi & faciendi eam, ideo totum contrarium esset dicendum quod in hoc text. stipulatio ponitur prout est facti. & dicta l. j. §. stipulatio tractatur de stipulatione perfecta prout est iuris, & sic eorum opiniones procedere non possunt.

154 Tertio etiam † dum Alcia. & docto. dicũt quod stipulatio est iuris, per dictum §. pactus, hanc opinionem ibi plene reprobaui, & demonstraui quod si pactum facti est, fortius stipulatio debet esse facti, in qua maior operatio requiritur per interogationem & responsionem, & ad contraria ibi plene dedi responsum, & idem etiam plene examinaui in l. si is qui pro emptore. digest. de usucapionibus in materia fictionis translatiuæ post Bartol. ibi, & conclusionem feci, quod stipulatio & omnes contractus post plenam perfectionem dicuntur esse in sui substantia facti, & ex eis nascitur ius. & propterea non potest procedere hæc conclusio, quod stipulatio sit uerborum conceptio, sed semper differt ab ea tanquam causa a causato, & postea actio quoque descendit ab obligatione uerborum. Quare Ias. uolens tertio saluare dicebat ex mente docto., hic quod aliquando stipulatio capitur per se, & aliquando pro effectu procedente ab ea, & quando capitur pro effectu tunc idem est quod uerborum obligatio. quæ saluatio insulsa est & inepta, ex eo quia nemo negat quod stipulatio si capiatur pro uerborum obligatione, quod erit uerbornm obligatio, & iuris, sed est improprijssima loquutio, & capere album pro nigro, ac si diceretur, si pater capiatur pro filio tunc est idẽ quod filius, & si equus capiatur pro boue est idem quod ipse bos.

Simile etiam & inepte sentiunt docto. in l. prima digest. de acquir. possessi. circa possessionem

155 ut ibi dixi. † Et hæc impropria loquutio raro uel nunquam reperietur apud legislatores, sed docto. ipsi eam facere uidentur. in text. autem nostro. hanc intentionem non habuit iurisconsultus & non potest dari hæc interpretatio, ideo necessario stipulatio capitur pro se ipsa, & differt a uerborum obligatione. non obstat contrarium, quia uerum est stipulationem & obligationem esse diuersa, tamen cum ratione tractatur de stipulatione, quia est necessarium antecedens sine cuius cognitione non possemus habere notitiam uerborum obligationis & eius effectuum. nec obstat dicta l. obligamur. §. uerbis. cum similibus, quia dicendo quod uerborum obligatio contrahitur per interrogationem, habent respectũ ad stipulationem, quæ cum illis modis concipiatur, & ab eis descendat uerborum obligatio dicitur, & ipsa iis modis contrahi, cum quicquid est causa causæ & causa est causati l. manumissiones quoque. digest. de iust. & iur. cætera autem, an stipulatio seu contractus dicantnr esse iuris uel facti, dicas ut in dictis iuribus, & plenius etiam examinaui in l. j. ff. de acquir. poss.

156 Secundo † colligitur ex glosa. quod stipulatio est unum totum consistens ex interrogatione & responsione, quæ conclusio uera est & ab omnibus tenetur & probatur ex multis iuribus infra adducendis, nanque interrogatio & responsio sunt partes integrales stipulationis, sicut paries & tectum sunt partes domus, & ideo appellatur unum totum integrale, sicut & domus l. eum qui ædes. ff. de usucapionibus.

157 Sed † dum ipsa uidetur præsupponere quod proprie stipulatio est interrogatio tantum, secundum Priscianum, potest procedere ex intentione Prisciani, & ex significatione grammaticali, sed ex mente iurium non est uera opinio, ex eo quia stipulatio in iure nostro de proprietate sermonis est illud totum ex interrogatione & responsione confectum. dicta l. quinta. §. stipulatio, & apparet quod uerba aliter secundum grammaticos capiuntur & aliter secundum legistas.

158 Et ratio † differrentiæ est, quia uerba in legibus ponuntur dispositiue, & considerantur cum effectu. l. prima. §. hæc uerba. ff. quod quisque iuris. & interrogatio sine responsione nullius esset effectus in iure nostro. unde mutauit significationem, & accepit per leges proprietatem, ut illud totum significaret confectum ex interrogatione & responsione, extra uero leges quando stipulatio scribitur ut in historiis, orationibus, & epistolis, & aliis loqutionibus, tunc capitur pro sola interrogatione, quia de hoc effectu stipulationis ut inducatur contractus qui producat obligationem non consideratur in dictis locis, & propter diuersum finem uerba recipiunt uarias significationes, quod nedum in stipulatione contingit sed in plærisque aliis uerbis & uocabulis.

159 Propter quam causam† apparet quod neoterici qui magis in historiis & grammaticalibus dictis fundant intentionem suam reprehendendo authores legum & etiam iurisconsultos grauiter errant, & confusiones multas per eorum dicta causauerunt.

160 Tertio colligitur † ex glo. quod istud totum appellatur genus, & denominatur a digniori parte, sed in hoc communiter docto. eam reprehendunt, quia genus est quædam idea non existens in commertio nostro, & tantummodo in intellectu consistens. l. Meuius. §. duobus. ubi Bartol. digest. de leg. secũdo. & est illud quod uerificatur in pluribus differrentibus spetie. l. secunda. §. primo. cũ glo. supra si cer. peta. & uerificatur & istud in qua

libet spetie. l. si quid earum. §. inter emptum. ff. de lega. 3. stipulatio uero est unus actus consistens in rerũ natura, & non prædicatur de interrogatione & responsione, & non inest in suis partibus, sed ex eis simul iunctis efficit unum totum integrale quod appellatur stipulatio, & non unum genus quod est unum totum uniuersale, ex alio tamen capite potest effici genus nõ habendo respectum ad ipsas partes, sed ad uarias stipulationes pp diuersa subiecta causatas, quæ comprehenduntur postea sub uno genere, ut patet in l. ij. & per totam l. iiij. & insti. de diuisione stipulationum. per totum. ubi apparet stipulationum quasdam in dando cõsistere, quasdam in faciendo, alias recipere partis præstationem, & alias non, & alias esse indiuiduas & alias diuiduas, & quasdã iudiciales prætorias, & conuentionales, quæ omnes speties contineri possunt sub uno genere stipulationis, & uerificantur cum hac consideratione omnia quæ dicuntur de genere, sed hoc non fuit de intentione gl. quæ solum habuit respectum ad interrogationem, & responsionem, ideo non potest appellari genus, sed tantũ modo unũ totum, nisi ex quadam improprijssima locutione propter quandam similitudinem. argumen. text. in §. plebiscitum. institut. de iur. natura. gen. & ciuili, & hæc fuit uera intentio gloss. & potest declarari gloss. in d. §. plebiscitum, quia populus uere est unum totum, nõ autem potest appellari genus nisi per quandam impropriissimam loqutionem.

Sed dum postea dicit glo. quod istud genus seu proprie totum denominatur a digniori parte, sentit quod interrogatio sit dignior pars, ex eo quia ille qui interrogat acquirit & dignius est accipere pecuniã quam dare, unde contradicit dictum Christi, beatius est dare quam accipere, de quo in c. cum Marthæ. §. sane. de celebra. miss. & cap. prædicatur. 16. q. 1. & refertur per glo. in rub. infra comõ. & confirmatur, quia cõmododatum dicitur ab eo qui dat, similiter depositum & mutuũ, & donatio, & dos a datione denominantur, ut per Bar. in l. iurisgentium. §. j. ff. de pact. ergo uidetur quod nobilius sit dare quam accipere, & melius fuisset denominare stipulationem a promissione.

161 Tamen defendendo † gl. ab hac obiectione potes dicere, quod dictum Christi procedit in elemosina & in actibus pijs, quia in eis, qui dat beatitudinem acquirit, & uitam æternam, & qui accipit simplicem subiectionem consequitur, unde sacerdotes sępissime dicunt centuplum pro uno accipietis & uitam æternam possidebitis, uel secundo consideratur quantum ad superfluam acceptationem bonorum, quia tunc inducitur crimen auaritiæ, & alia plura, illa acceptatio est acceptatio damnosa, facit c. prædicator 16. q. 1. sed in negotijs honestis laicorũ beatius est accipere quam dare, uel saltem nobilius, prout dicit glo. Et ideo reges a uassallis accipiunt munera & tributa, ut habetur in l. placet. C. de sac. sanc. eccle. & ipsi non dant & etiam ecclesia hoc facit animo tamen dandi eleemosynam, ut habetur in toto titulo de censibus & in cap. omnis anima, & toto titulo, de decimis, nec obstat quod dicti contractus denominantur a datione, quia illud procedit in iis cõtractibus qui re contrahuntur, & accipiunt formam a datione, & non possunt incipere nisi a rei traditione, ut per Bar. in leg. iurisgentium. §. primo. ff. de pact. quo casu accipiunt formam a datione, & propter formam denominantur, quæ potentior est in omnibus spetiebus, non autem ex hoc quod dignius sit dare quam accipere.

162 Sed adhuc † contra glo. facit, quia præsupponit genera denominari a digniori parte, concordat glo. in prohemio Sixti, & Iaso. multa cumulans in l. iij. de iurisdictio. omnium iudic. & alia hic etiam cumulat, & adducit in contrarium, tamen facit salutatio posita in prohemio Gregorij, & ibi Fel. soluit ponẽdo tres limitationes, alias addit hic Rippa num. 66. Niger etiam hic nu. 181. per quatuor columnas late insistit, & conatur defendere glo. ab obiectionibus, inferrens ut per eum, & secundum Ruy. in contrarium facit, de matrimo. quod appellatur a matre non autem a patre, cum alias diceretur patrimonium, ut no. insti. de patria potesta. in §. primo, & in c. 2. de conuersione infideli. Item secundum Alcia. contractus emphyteuticus denominatur a conducente, sed tu fortius opponas, quia homo denominatur ab humo, idest terra, quæ respectu animæ est uilissima pars, & tamen alias denominari deberet ab anima tanquã potentiori & digniori, cũ illa perpetua sit, & ex materia diuina creata, ideo cunctis rebus est præferenda. l. sancimus. C. de sac. sanct. eccle. & certe uidetur mirandum ꝙ homo qui est dignissimus omnium creaturarum. l. iustissime. ff. de ædil. ædi. & propter animã & intellectũ differt ab alijs animalibus, & nihilominus denominatur ab humo, & a uiliori parte, & non ab intellectu neque ab anima, sed potest dici quod hoc nomen fuit impositum a Deo. Iuxta c. primum & secundum in Genesi, & hoc factũ fuit ut cognosceret semetipsum, cum licet ipse tantam excellentiam habeat, ut sub pedibus eius cũcta creata a Deo subiecta fuerint, tamen ut postea non insuperbiret & recordaretur quod cinis est & in cinerem conuertetur, uoluit Deus eum denominari ab humo, in quem secũdũ apparentiam ocularem cõuersurus est, uel potest dici quod appellatur homo propter primam creationem, quia de terra Deus eum creauit, prout & de Prometheo dicunt Poetæ, & mulier ex carne hominis creata fuit, in proposito autem multa exempla ab utraque parte adducuntur hic p Doc. ut referunt Alcia. Iaso. & Niger per multa uerba, postea ponunt tot limitationes quod apparet regulam non esse ueram, & eos non percepisse medulitus difficultatem, Nihilominus super hoc nõ est insistendum, cũm nomina imponantur ex uoluntate propria, uel rationis l. iiij. ff. de legat. 1. & uidemus unum subiectum per quadraginta regiones uarijs nominib. appellari sumptis a diuersis qualitatibus, & ideo dicuntur esse rerum uocabula, ut in l. ij. in fi. C. de consti. pec. & propter rationes, quæ ipsos imponentes mouent nomina imponuntur, & considerantur ille qualitates, quæ ma-

gis innotescunt hominibus illius regionis, ideo non est currandum de eis, solum autem concludendum est, quod dictum glo. est rationabile & amplectendũ, ut res denominetur a digniori parte, & Aristoteles in primo perihermeni. dixit, quod semper res eædem sunt apud omnes nationes, nomina uero rerum sunt diuersa, & solum potest quædam probabilis coniectura induci quod uocabula a digniori parte sint imposita, tamen fortior ratio est in imponendis nominibus ut cõsideretur speties ipsa quæ dat formam, & a forma res denominatur, quoniam uocabula sunt inuenta ad distiuguendas, & demonstrandas res. l. ad recognoscendas. C. de ingenuis. & manumiss. & §. si quis in nomine. Insti. de leg.

163 Et ideo † denominatio imponi debet ab illa parte per quam speties abundat a genere, & distingui tur ab alijs speciebus, ut facilius loquentes intelligantur, & succedit dictum, quod res debet denominari potius a suo esse specifico quam generico. tamen quia hæc forma uaria aliquando est difficilis cognitione, cum uix philosophi sciant inuenire differentiam inter formam æqui, & bouis & aliorum animalium, opportet ut ab alia parte nomina sumantur, ut per uulgus possint intelligi, & intentiones loquentiũ distingui possint inter loquentes, quod etiam potest demonstrari in stipulatione, quoniam si illa denominatur a derogatione, uidetur nomen assumptum a parte communi alijs contractibus, cum interrogationes conueniunt omnibus cõtractibus, ut etiam dictum fuit, in rubrica. in spetiali quæstione. ideo dictum glo. redditur probabile, sed non necessarium, & in materia stipulationis non uerum, ut statim dicemus.

164 Quarto colligitur † ex glo. quod stipulatio dicitur a uerbo stipulari, quod significat interrogare ecundum Priscianum, quæ opinio non est uera sex duobus, primo quia stipulatio non dicitur a uerbo stipulari, neque denominatur, sed deriuatur, nam nomina non dicuntur a uerbis, sed declinantur a uerbis.

165 Item non est uera † ex alio, quia stipulari in iure nostro non est tantum interrogari, sed est facere totum contractum stipulationis cum interrogatione, & responsione, unde stipulari est interrogare cum adiectione quod ipse respondeat, & compleat stipulationem, & probatur in auth. de æqualita. dot. §. stipulantur alterutra, ubi stipulari dicuntur qui totam stipulationem faciunt, & idem probatur in l. si non sortem. §. si decem. ff. de cõdictio. indebi. ubi quis fuit stipulatus decem & soluit, & sensus alius non potest esse nisi quia ipse fuit interrogatus, & ꝑp eam promisit, & sic stipulatus dicitur qui interrogatus ad interrogationẽ respondit, & idem probatur in d. §. non idem iuris. quib. mod. tollit. obliga. dum dicit, quasi nullus sit stipulatus, nam sensus est, quasi nulla stipulatio fuerit introducta cum ipso seruo. nam ibi uana esset dubitatio an per stipulationem serui fieret nouatio, nisi præsupponeretur quod per interrogationem facta fuisset respõsio. unde alius est intellectus ibi, quod stipulatio non ualet, quia seruus pro alio fideiubere non potest. Idem probatur in l. prima. ff. de duobus reis. ubi duo rei stipulandi sunt quando simul interrogauerunt, & tamen præsupponitur quod sit subsecuta promissio, cum alioquin ex sola interrogatione non efficerentur duo rei stipulandi. Itẽ duo rei promittendi sunt quando duo promiserunt insolidum, & præsupponitur quòd præcesserit interrogatio, quia ea interueniente non possent esse duo rei, & ita capiuntur in toto illo titulo. & C. & institutio. & in infinitis locis iuris ciuilis semper inuenies uerbum (stipulari) poni pro toto contractu cum interrogatione & responsione, ac si dictum fuit stipulationem factam, & uerbum (interrogo) differt a stipulatione, & uerbum (promitto) differt ab interrogatione tanquam partes, sicut paries, & totum, tamen unum totum demonstrant sicut & ipsa domus, & licet aliquando reperiantur hæc uerba, unus stipulatus est, & alter promittit, ut in dictis literis de duobus reis, milies dicitur, tamẽ per hoc non tollitur quin uerbum (stipulari) ad contractum relatum implicet responsionem subsecutam.

166 Nec hoc † est nouum in stipulatione, cum & in cœteris contractibus uerba denotent totum contractum, ut mutuari est totum contractum mutui facere, uendere est totum contractum uenditionis facere, & locare totum contractum locationis facere, & si scriptum fuerit talis uendidit rem, uel locauit intelligitur quod totum contractum fecit, & si dicatur quod mutuauit centũ intelligitur quod dedit & transtulit dominium & totum contractum mutui fecit. Et idem de uerbis contrarijs, quia emere & cõducere licet uideantur actus diuersi in contrahentibus. l. finali. ff. de acceptilla. nam sicut homines introduxerunt ipsos contractus cum sua perfectione, ita introduxerunt uerba significantia totum ipsum contractum, & uerbum quoque (fideiubere) significat totam fideiussionem facere, idest ad interrogationem alterius promittere pro alio, ut in §. finali. institu. de fideiussorib. cum similibus, & hac ratione quando scriptum fuit aliquis promisit, subintelliguntur omnia solenniter acta, quia hoc uerbum suum significatione totum actum comprehendit, ut uidebimus in l. sciendum. infra eodem, & retenta hac opinione quæ uera est, cessat difficultas præcedens in qua tantum laborauerunt doct. an res denominetur a potentiori parte, nam in casu isto stipulatio denominatur a uerbo (stipulari) quod significat totam stipulationem facere, & sic denominatur a toto non ab una parte, & idem dicemus de alijs contractibus qui deriuantur a suo uerbo.

167 Quinto colligitur † ex glo. quod stipulatio dicitur a (stipulo) quod est firmum, & a stipite descendens, & ideo ipsa implicat contradictionem, quia supra dixerat, quod denominatur a uerbo stipulari, & postea in fine dicit quod denominatur a stipulo, quæ inter se sunt contraria, cum stipulum sit nomen, & denotet firmitatem, & stipulari

& stipulari sit uerbum, & denotet interrogationem, & propterea pro solutione debemus dicere, quod in stipulatione habemus tria diuersa, denominationem seu etymologiam. Item secundo diffinitionem. Tertio, deriuationem, quæ tria differunt inter se ut per Alciat. in l. tabernæ. ff. de uerbo. signification. & dixi in l. secunda. §. appellata. ff. si cert. peta. nam stipulatio denominatur a stipulo, quod est uerbum, & inducitur etymologia stipulationis, idest resolutio in terminos magis notos, quasi stipuli latio, idest firmitatis latio, sicut acceptilatio etymologatur ut sit acceptilatio, & mutuum etymologatur ut fiat meum & tuum, & testamentum dum quasi mentis testatio, cum multis similibus adductis in dicto §. appellata. Secundo in stipulatione est diffinitio quæ claudit totam essentiam diffiniti, ut not. in lege. prima. de testament. & ponitur a Iurisconsulto in lege. quinta. §. stipulatio, infra eodem, & ego plenius tradidi supra in Rubrica. Tertio reperitur deriuatio in stipulatione, & illa fit a uerbo stipulari, sicut doctor deriuatur a docendo, & hæc tria quoque reperiuntur in mutuo. nam primo est etymologia ut fiat de meo tuum. Secundo est diffinitio quam tradidit Bartol. in dicta lege. secunda. in fin. ut sit contractus cum dominii translatione. Tertio est deriuatio, ut dicatur a uerbo mutuari, ut dictum fuit, & idem erit in acceptilatione quæ habet etymologiam quod est acceptilatio, & diffinitionem separatam, & postea deriuationem a uerbo acceptolari, & idem erit in credito, ut dixi in lege prima. ff. si cert. pet. quod creditum est, credenter datum, & fit etymologia, postea est diffinitio, quam ibi ponit Iurisconsultus. Tertio est deriuatio, ut creditum deriuetur a uerbo credendo, & infinita alia similia per te reperire poteris. propterea remanebit conclusio, quod uerbum dicitur seu denominatur conuenit etymologiæ tantum, sed uerbum deriuatur denotat uerbum a quo descendit nominatum, & cum hac distinctione debes saluare hanc gloss.

Gloss. in uerbo loquente. timore contrarii exponit text. nam uidetur inferri ex eo, quod si quis dicat, uolo ire ad studium, & alter dicat, bene est, quod fiet stipulatio, quoniam fit utroque loquente. propter hoc contrarium facta est glossa. quæ dicit quod non sufficit utrunque loqui, sed ad inducendam stipulationem est necessarium quod unus uerbaliter interroget, & alter uerbaliter & congrue respondeat, ut institu. eodem, in principio, & in dicta. lege. quinta. §. stipulatio, & sequuntur omnes.

168 Super hac † tamen gloss. formauit Bartol. quæstionem, An sit de substantia stipulationis quod præcedat interrogatio & sequatur responsio, uel sufficiat quod quis primo promittat & postea alter interroget, taliter quod peruersio ordinis non uitiet stipulationem, & ipse determinat quod sit necessarium præcedere interrogationem, & quod peruersio ordinis eam uitiet, per text. in dicto §. stipulatio, ubi in diffinitione ponitur quod primo quis interroget & ille respondeat dare id ad quod est interrogatus, & in leg. obligamur. §. uerbis, supra titulo primo. dicitur quod obligamur uerbis præcedente interrogatione & responsione subsequente, quod etiam expresse posuit text. institut. eodem. in principio. qui dixit, uerbis contrahitur obligatio quando interrogatur aliquid dari uel fieri, & alter respondeat, & hunc ordinem posuit etiam in lege prima. C. de usur. tamen in contrarium postea adducit text. infra eodem. §. quod si adiicitur. ubi si quis interrogat pure & alter respondeat sub conditione, stipulatio est nulla, sed si diuersitas placeat ualidatur stipulatio, quia quando adiicitur aliquid in responsione quod non erat in interrogatione, uel detrahitur, uitiatur stipulatio, nisi illico placeat diuersitas, quia tunc alia est stipulatio, igitur apparet quod stipulatio inducitur quando interuenit primo promissio & postea sequatur interrogatio per placitum secutum, & sic peruersio ordinis non uitiat. Bartol. se remittit ad ibi dicta, & ipse in dicto. §. si quis simpliciter, numero secundo. refert uarias opiniones, & uidetur tenere quod ibi inducatur quædam noua ficta stipulatio quæ habeat suum ordinem interrogationis & responsionis, quæ tamen opinio uidetur multum diuinatiua, & uiolatiua illius tex. ideo tu potes aliter dicere, quod ibi illa noua stipulatio est uera quæ inducitur ex repetitione interrogationis & responsionis, iuxta. l. Titia. §. idem respondet, infra eodem, quæ repetitio potuit fieri in substantialibus incontinenti etiam in forma. argument. leg. lecta. uers. dicebam. ff. si certum petat. uel secundo potes dicere, quod subsecuta illa responsione diuersa propter nouam uoluntatem illa interrogatio mutatur, & extenditur ad conditionem, quod potest fieri, ut in. §. si quis ita. in uerbo quid ni. unde sequitur quod præcessit interrogatio conueniens, & solum ibi est spetialitas quod illa interrogatio pura mutatur, & efficitur conditionalis, & reliqua. postea secundum ueritatem procedunt, ex eo quia de facto præcessit interrogatio, & secuta fuit responsio, & sic non obstat, cum nulla ibi fuerit peruersio ordinis, & conclusio hic posita remanet uera, quam Bartol. confirmat per rationem, quia per interrogationem inducitur maior deliberatio, & excitatur animus interrogantis & animus etiam respondentis, qui cognoscit quod si promittet ille erit accepturus, & quod debet esse resolutus an uellit promittere, & non habet locum illud uulgatum, quod multa offerimus quæ si sciremus acceptari non offerreremus. lege sciendum. §. dictum. ff. de ædilit. ædicto. & lege obligationum substantia. supra titulo primo. capitulo literaturam. de uoto & uoti redemptione. idem Bart. in l. serui electione. ff. de lega. primo. ideo hoc considerans lex. ut faceret contractum efficacem omnino exequẽdum, pro forma introduxit quod præcedat interrogatio & sequatur responsio, quod non est necessarium in aliis contractibus, & dictum fuit in Rubr. in sua speciali quæstione.

169 Sed tamen † contra istam conclusionem ita firmatam facit, quia imo uidetur quod peruersio ordinis non uitiet stipulationem. per doctrinam Bal. post Cyn. in l. cum in testamento. ff. de hæredib. institu. qui uoluit quod quando duo actus ita se habent, ut unus debeat præcedere alium, si peruerso ordine fiant. secundum ordinem intellectus præsumitur, ut actus prior præcedat & alter subsequatur. per lege. secunda. §. prius. ff. de uulgar. & pupillar. ubi text. ponit ordinem de substantia quod præcedat testamentum patris. tamen in. §. sed si quis dicit quod peruersio non uitiat, & rationem assignant Doctor. ibi, quia præsumitur quod ordinem intellectus præcesserit institutio filii antequam fieret substitutio, ergo eodem modo non obstante peruersione ordinis uidebitur quod semper præsumatur præcedere interrogatio ordine intellectus & sequi responsio, & ideo dixit Alexand. in lege diuortio. ff. soluto matrimonio. quod si in instrumento sit scripta donatio facta a patre, & postea sequatur emancipatio, præsumitur prius facta emancipatio ut ualeat donatio, & facit quod uoluit Bartol. in lege iusiurandi. §. primo. post glo. prima. ff. de oper. lib. Ad istud contrarium respondet Iason. quod illa iura non loquuntur quando ordo est de forma, quia eo existente de forma non fit illa præsumptio ut actus præcesserit, sed semper uitiat, & ideo concludit, quod in stipulatione peruersio ordinis uitiabit, ex eo quia ordo est de forma, & non obstat dictus §. prius, quia non loquitur de ordine qui sit de forma.

Et confirmari potest, quia quando præcessit promissio, si postea fiat interrogatio, illa promissio nihil amplius potest operari, ex eo quia si interrogat ut det ipse expectat aliam promissionem, cum illa prima non possit adaptari ad interrogationem quæ præsupponit futuram promissionem. Ideo interrogans uidetur recedere ab illa promissione, & uelle sibi nouam promissionem fieri, unde non potest ualidari stipulatio, sed si nulla sequatur, utraque remanebit nulla, & potius si non interrogasset potuisset ualidari ex præsumptione solemnitatis intrinsecæ, iuxta not. in lege sciendum. infra eodem. unde subdebat Iason. hic, quod si notarius scripsit Titium promisisse, & postea scripsit Sempronium interrogasse, non ualebit stipulatio, quia est ordo peruersus qui est de forma in stipulatione, & non obstat dictus §. si prius. quia ibi ille ordo non erat de substantia.

Sed tamen plenius considerando, hæc solutio non eneruat contrarium, quia in dicto. §. si prius, præsupponitur quod ordo fuerit de substantia, & Doctor. ibi etiam præsupponunt, & nihilominus text. uult quod si sit facta peruersio ordinis præsumatur in intellectu præcessisse institutionem filii, & quod generaliter etiam in substantialibus non curamus de peruersione ordinis quando fit unico contextu seu incontinenti, quia semper regula est, quod necessaria ad actum præsumuntur facta eaq; præcedere debent, argument. l. illud. supra ad l. acquiliam. Idcirco Rippa hic uidetur dubitare, & dicit resolutionem Iason. periculosam.

170 Sed tu potes † eam saluare distinguendo, quod aut ordo non est necessarius, & tunc sumus in claro quod peruersio non uitiat, aut uero est necessarius, & tunc, aut sunt duo actus distincti qui habent suos limites distinctos, ut est testamentum patris & filii, & tunc procedat dictus. §. si prius. quod peruersio ordinis non uitiat quamuis unus actus de substantia uel etiam de forma debeat præcedere alium, quia per intellectum suppletur & tollitur impedimentum. dicto §. si prius. & ita procedit dictum Bartol. in l. iusiurandi. §. primo. post gloss. ff. de oper. liberto. & Alexandr. in l. diuortio. ff. soluto matrimonio. Si uero est unicus actus tantum, ut est stipulatio quæ consistit ex interrogatione & responsione, & tunc si illa uerbaliter fiat, omnino peruersio uitiabit, per rationem quam ego dixi, quia pars interrogando uidetur recedere a promissione, & procedit conclusio Barto. & Doc. hic.

171 Sed si eueniret † quod notarius facta stipulatione scriberet in instrumento quod talis promisit, & postea scriberet interrogationem, tunc diceremus stipulationem ualere, ex eo quia præsumeremus notarium in intellectu dixisse interrogationem præcessisse, tamen per errorem aliter scripsisse. argument. dicti §. si prius. ex eo quia per suam scripturam non inducebatur stipulatio, sed iam facta scribebatur. & ratio dicti. §. si prius. generaliter potest procedere etiam in iis quæ sunt de forma quando tractamus de sola scriptura, sed in locutione ipsorum contrahentium, & in conceptione actuali stipulationis opportet omnino quod præcedat interrogatio, & peruersio uitiaret, per hic dicta, quoniam forma non potest per æquipollens adimpleri, sed naturaliter interuenire debet, ut dicemus in. §. si quis ita. si tamen notarius ipse scriberet modum quem seruauerunt partes, & per scripturam suam uellet inducere stipulationem, tunc etiam peruersio ordinis uitiaret, ex eo quia scriberet ipsam stipulationem dum esset in fieri non autem iam factam, & tunc posset saluari opinio Iason. quod ex peruersione ordinis etiam in scriptura notarii uitiaretur ipsa stipulatio, & ex uerbis instrumenti apparere poterit quid intendebat notarius, & ex eo poteris te resoluere.

Glossa. in uerbo, possunt, allegat iura concordantia, quod quatuor personæ hic enumeratæ non possunt stipulari, & de muto & surdo allegat textum in lege prima. §. final. supra titulo primo, & §. mutum, institut. de inutil. stipulat. & de absente allegat textum in lege tertia. C. de inutil. stipulatio. & l. optimam in fin. de contrahen. stipulatione, & de infante allegat text. concordantem in l. mulier infra eodem. tamen † po-
172 stea in contrarium allegat textum in l. seruum. infra rem pupilli saluam for. ubi præsupponitur quod infans possit stipulari, & utilitatis causa receptum sit. gloss. respondet ut ibi, ubi dicit quod fallit in illo casu.

173 Bartol. autem format oppositionem de illo text.

textu & in solutione dicit quod in intellectu illius textus sunt duæ opiniones, una Martini, quod intelligitur de maiori infante habente octo annos. Alia est opinio quod ille textus loquitur de minori infante habente quinque uel sex annos, & quod sit speciale in illa stipulatione ut infans posset stipulari, & hanc tenebat ibi Dyn. & Bartol. sequitur hic & ibi, & Paul. de Castr. Aretin. & Besut. cum hac tamen declaratione, quod ille infans fuerit saltem annorum quatuor. Ita quod posit naturaliter loqui, sed si esset duorum, uel trium annorum, tunc nullo modo stipulari posset, quia uerificaretur dictum quod non posset loqui. sed Petrus Cynus Rayn. Imol. Alexandr. & Iaso. hic, & omnes modern. tenent aliam opinionem Mar. & intellectum, quod ille tex. loquatur de maiori infante qui posit facere stipulationem illam, & ibi nulla sit spetialitas, sed ex regula communi posita in §. pupillus. institut. de inuti. stipulationib. ibi stipulatio ualuerit.

Pro qua opinione Alciat. hic adducit, quia nullam maiorem rationem spetialitatis possumus reperire in stipulatione rem pupilli saluam fore quàm sit in quacunque alia stipulatione continente acquisitionem magnæ quantitatis, ut si infans stipularetur centum millia ducatorum, & si stipularetur dictam quantitatem, uel amplum patrimonium omnes fatentur quod stipulatio non ualeret, ergo eadem ratione nec stipulatio infantis in illo casu rem pupilli saluam fore debet ualere, sed Ias. respondet quod hæc consideratio Alexandr. non est bona, quia imo maior ratio spetialitatis est in dicta stipulatione quàm in stipulatione de amplo patrimonio, quoniam in illa tractatur de conseruatione patrimonii pupilli, quæ conseruatio quantumcunque exigui patrimonii fauorabilior est quacunque ampla acquisitione. argumen. l. in emptione supra de minoribus. ubi pro læui damno consistente in affectione in alienatione rei propriæ pupillus restituitur in integrum, quod non concederetur si res esset aliena. facit lex. quæ tutores, circa medium C. de administrati. tutor. quæ hodie prohibet alienari bona minorum propter eorum utilitatem, & facit text. in l. patre furioso. infra de iis qui sunt sui uel alien. iur.

Niger quoque conatur defendere Alexandr. dicens quod stipulatio rem pupilli saluam fore comprehendit nedum patrimonium pupilli sed etiam omne quòd uenit pupillo debendum ex quacunque causa, & quando interest ipsius id saluum fore. l. cum pupillus, & l. penultima. ff. rem pupilli saluam fore. & sic tractatur etiam de noua acquisitione, quæ saluatio concludit contrarium, quia demonstrat quòd stipulatio rem pupilli saluam fore est generalissima, & comprehendit nedum conseruationem patrimonii, sed omnes alias stipulationes quas posit facere pupillus etiam de amplissimo patrimonio, quia tutor qui illam satisdationem præstare tenetur nedum utilia agere in conseruatione patrimonii debet, sed etiam in acquisitione, & bona administratione acquirendorum, & per consequens stipulatio illa rem pupil. sal. fore generalissima est, & exemplum Alexandr. est spetiale. ergo remanet quod maior ratio spetialitatis est in dicta stipulatione, pro qua ratione spetialitatis facit, quia illa satisdatio est necessaria, & interponitur propter maximum periculum ne bona pupillorum dilapidentur, & quia ipsi pupilli semetipsos, nec bona nesciunt gubernare, necessario debent committi administrationi tutorum uel curatorum. unde infinita hac ratione fauore pupillorum fuere inducta, & in spetie illud quod positum fuit in l. cum ostendimus. §. fina. ff. de fideiussor. tutorum, secundum communem* opinionem quam supra firmauimus, determinantem quod fingatur stipulatio fauore ipsorum. unde uidetur eodem modo quod lex uoluerit habilitare infantem, ut eam conficere posit, & sic uidetur non posse negari quin militet magna ratio spetialitatis si hoc lex introduxisset.

174 Sed tamen † hoc stante adhuc est dubium, quia non sequitur, infinita priuilegia sunt introducta in una persona in uariis casibus ergo etiam hoc introduxit in illo, uel illo casu, quia hæc consequentia non tenetur per doctor. quod posit fieri, ut habetur in l. 1. ff. solut. matrim. & etiam habetur in l. 1. C. de edend. ideo sicut in dote, & in fisco quamuis multa priuilegia sint concessa, non sequitur ergo & in illo casu est priuilegiata, nisi demonstretur lex quæ dicat. Ita etiam non sequitur, quod licet pupillus sit in multis priuilegiatus ergo in hoc in illo & in illo est priuilegiatus.

175 Et propterea † ommissis istis argumentationibus difficultas quæstionis dependet ab intellectu iurium, & dictæ. l. seruum. utrum uoluerit in hoc casu dispensare cum infante, ut illam stipulationem facere posit, Bartol. dicebat quod sic, ponderando illum text. in uerbo utilitatis causa, & in uerbo licet non intelligat quod agat. tamen contrarium tenent communiter* doctores, ut hic per Iason. & modern. & pro hac communi opinione Socci. ponderat textum, in §. si pupillus. Institut. de inutil. stipulationibus, ubi imperator dixit quod infans infantiæ proximus parum distat a furioso, & quod nihil intelligat, tamen ex benignitate receptum fuit, ut proximus infantiæ stipulari posit, & sic dispēsatio fuit inducta in proximo infantiæ, ut quamuis non intelligat stipulari posit, ergo demonstratur quod in infante nulla fuit dispensatio inducta, quia est maior ratio quod non intelligat quod agat, sic ille text. glossare uidetur dictam legem, seruum. rem pu. sal. fo. & lege. prima §. penultimo supra titulo primo. Secundo confirmatur, quia in dicta lege seruum, & in dicto. §. penultimo dicitur tunc demum posse pupillum stipulari si fari potest, sed infans secundum leges non potest fari, quia dicitur infans per terminum priuatiuum, quasi non ualens fari, ergo expresse determinat quod ipse stipulari non potest. ut dicitur in dicta lege mulier. infra eodem, & quamuis naturaliter uideatur posse loqui tamen illa est loqutio naturalis sine intellectu,

ſed cum intelligentia negotiorum nõ poteſt loqui, & ideo legis interpretatione propter defectum intellectus perinde habetur ac ſi non poſsit fari, ut probatur in l. prima. §. ſufficit, ſupra de admini. ſtra.tuto. ergo ſequitur quod dicta l. ſeruum, non loquitur de infante ſed de maiore infantia, quia uult quod fari poſsit.

Tertio adducitur text. in lege in negociis. infra de regulis iuris. nam infans æquiparatur furioſo, ut l. Fulcinius. §. adeo. ex quibus cauſ. in poſſeſsio. eatur, & dictis iuribus, tamen tex. in l. in negotiis. infra de regulis iuris. dicit quod alia cauſa eſt furioſorum, alia eſt eorum qui fari non poſſunt, & tamen dicit quod furioſi nullum negotium faciunt, illi uero qui fari poſſunt omnia faciunt cum tutoris authoritate. ergo præſupponit infantes non poſſe fari ſecundum iuris cenſuram, & ideo dixit Decius in dicta l. in negociis. quod dicta l. ſeruum. intelligitur de proximo infantiæ, quia infans furioſo æquiparatur. l. quod infans. ff. de rei uendicatio. & l. infans. ff. ad l. corneliam de ſicariis. & l. pupillus. ff. de acquiren. hæreditate. & hanc opinionem Soccini tenuit Io. Fabri inſti. de author. tuto. per tex. in dicta l. 1. §. ſufficit. & allegat capitulum ſi annum. ext. de iudi. in. 6. & tenet Marian. Soccinus in capitulo ſententiam ſanguinis, ne clerici uel monaci. col. 15. per tex. in capitulo primo. de deſponſatione impub. in ſexto. & in clemen. prima. de hæreti. & addit etiam crotus hic text. in l. ſi quis in emancipatum. C. de donationibus. ubi text. dicit, prius quam fari poſsit, & poſtea in fi. dicit, dari ſeruus, ut infanti acquiratur. Quinto adducitur lex quæuis. §. infans. ff. de acq. poſſeſsio. ubi dicit, quod nullus conſenſus eſt infantis, & ſuppletur quo ad actum acquiſitionis poſſeſsionis. item infans ſolus non acquirit poſſeſsionem, ergo nec poterit ſtipulari. Sexto adducit Ruyn. quia infans non intelligit, ergo non dicitur poſſe loqui, quia loquela eſt cum intelligentia. l. Labeo. §. idẽ Tubero. ff. de ſup. leg. Hinc eſt quod furioſus dicitur uoce carere. l. Sancimus. C. ad Trebel. & ibi Corneus per illum text. & l. diem proferre. §. eorum. ff. de arbitris.

176 Sed contrariam † opinionem tenuit Aret. hic poſt Paulum de Caſtro, dicens quod quando infans naturaliter fari poteſt, licet non intelligat, poteſt ſtipulari, ſed ſi fari non poſsit, ut quia ſit infra quatuor annos, tunc non poterit ſtipulari, & ita diſtinguit omnia iura prædicta, quia ante ſeptennium non poſsit fari præſumitur habere aliquem intellectum, & ita declarat text. in l. prima. §. furioſum. ſupra titulo primo. quem text. dicit Socci. ei reſpondendo, non poſſe intelligi de infante, ſed ſolum de proximo infantiæ, & Iaſ. aliter reſpondet, quod debet intelligi cum tutoris authoritate, & concordat omnia iura contraria per interuentum authoritatis tutoris, uolens quod minor ſeptennio ſine tutoris authoritate non poſsit ſtipulari, ſed tamen cum tutoris authoritate poſsit, ut per eum.

Secundo pro iſta opinione, quod infans minor ſeptennio poſsit ſtipulari, Areti. ponderat text. in dicta l. ſeruum. qui uult quod ſi ſit præſens & poſſit fari propter utilitatem poſsit ſtipulari, unde ut uideatur eſſe aliqua ſpetialitas quam uidetur conſiderare ille text. eſt neceſſarium dicere quod infans diſpenſatiue ibi poſsit ſtipulari.

Tertio pro iſta opinione adducit text. in l. fina. §. pupillus. infra eodem. ubi text. facit conſequentiam, quod ex quo fari poteſt, ſtipulari poſſit, ad idem lex mulier. infra eodem. ibi, qui fari non poteſt ſtipulari non poteſt. ideo ſi in caſu dictæ legis fuiſſet dos promiſſa infanti qui potuiſſet loqui, ualuiſſet ſtipulatio, & facit etiam text. in l. prima. §. exigere. ff. de magiſtra. conueni. & l. ſi quis emancipatum. C. de donationibus. & l. infantis. C. qui admitti. & in effectu Areti. conſiderat diuerſitatem inter loquelam naturalem & non loquelam, uolens quod ſi naturaliter poſsit loqui poſſit ſtipulari, ſi uero non poteſt loqui naturaliter non poſsit ſtipulari, & ideo in effectu uult quod infans infra quatuor annos ſtipulari non poſsit, ſed ſi excedit quatuor annos poſsit ſtipulari, quia tunc loquuntur pluſquam ſenes, tamen in effectu poſtea recedit ab opinione Barto. quia tunc erit ordinarium quod pupilli quinque uel ſex annorum poſsint omnes ſtipulationes facere, & nulla ſit ſpetialitas in caſu dictæ l. ſeruum quia illa ratio, ut utilitatis cauſa poſsit ſtipulari non tantum ſeruatur in illo caſu ſed procedit in omnibus infantibus, & in quacunque ſtipulatione, communiter * tamen doctor. dicunt, quod infans infra ſeptennium loqui non poteſt, & quod ſolum. ll. credunt pupillum poſſe loqui quando eſt maior infantia. unde apparet quod tota uis iſtius quæſtionis dependet ab intellectu illorum iurium, & a mente legiſlatorum, utrum in dictis iuribus dicendo quod pupillus fari non poteſt intelligant de loquela naturali quæ poteſt eſſe in infantibus poſt quadriennium, an de loquela ciuili quæ non poteſt fieri niſi poſt ſeptennium, & etiam cum difficultate tunc admittatur, non conſiderata illa naturali, item dependet ab intellectu dicti. §. pupillus, dum dicit, quod proximus infantiæ non poſſet ſtipulari, an intelligatur de habente quinque uel ſex annos, & appelletur proximus infantiæ, an potius intelligatur de habente octo, uel nouem annos, qui dicatur proximus infantiæ, & ſic proximus infantiæ dicatur qui nondum peruenit ad ſeptennium, an potius ille qui exceſsit ſeptennium.

177 Quare † pro reſolutione habemus quatuor uidere. Primo, quis dicatur infans. Secundo an infans ſecundum leges infra ſeptennium poſſet loqui. Tertio an pupillus poſt ſeptennium careat intellectu. Quarto in principali quæſtione; an infans poſsit ſtipulari, de primo eſt parua difficultas, ex eo quia textus in lege ſi infanti. C. de iure deliberan. clariſsime determinat quanto tempore dicatur infans, dum dicit ſi infanti, id eſt minori ſeptem annis ſit delata hæreditas. unde clare demonſtrat quod infantia durat uſque ad ſeptennium, & diffinit infantem qui ſit ille qui eſt minor ſeptennio, & non uidetur poſſe hoc

clarius

clarius dicere, & confirmare uidetur text. in dicta l. prima. §. sufficit. de administratione tuto. qui dicit, quòd quando pupillus fari non potest tutor debet suscipere iudicium in persona sua, sed si pupillus est supra septennium tunc potest suscipere in persona sua iudicium cum tutoris authoritate, unde uidetur determinare, qnod infra septennium sit infans & fari non possit, & ubique tenet Alberic.& commu-
❊ niter * docto.& in l.pe.C.de emancipa. libero. ubi gloss.dixit quod infans non potest consentire, & est gloss. ordinaria in c. primo. de pace iuramento firmanda.in glo.prima.post medium, & alia glo.in uerbo perfectus.in prohœmio sexti. tenētes quod ætas infantiæ duret usque ad septennium, & in hoc conueniunt omnes philosophi,legistæ, & canonistæ,& non est dubitandum, & ita omni modo tenendum est.

178 Circa † secundum etiam omnes conueniunt quod infans naturaliter loqui potest post quadriennium uel quintum annum, & certe hoc negare non posset nisi qui in carceribus a die natiuitatis usque ad diem mortis retentus fuisset,nullus autem alius hoc poterit negare, quoniam infantes quinque uel sex annorum obtundunt aures parentum & omnium astantiū & uicinorum cum suis uocibus & clamoribus, & esset insulsum ualde dicere quod iuris consulti hoc ignorassent.

179 Sed solum † est dubitatio utrū infans posit loqui ciuiliter secundum leges, idest cum discursu intellectus, & Areti.dicebat quòd sic, uolens quod post quadriennium posit loqui cum intellectu,& stipula-
❊ tionem facere.Sed communiter * doc.dicunt, quòd infans loqui non potest ciuiliter, idest cum intelligentia negotiorum, quia non intelligit quod agit, & hoc probatur in dicta l.unica.quæ dicit, fari non potest,postea dicit,quia infans stipulari non potest, & idem probatur in dicta l.1.§.sufficit.de adminiſt. tuto.ubi præsupponit infra septennium aliquem fari non posse, & tertio hoc probatur ex ipso nomine, quia infans est terminus priuatiuus, & exponitur qui fari non potest,sicut intestatus dicitur qui testari non potest.l.1.& ibi no.ff. de suis & legitimis. & ubicunque habemus etymologiam sine diffinitione propria significatio sumitur ab etymologia, ut per Bar.in l.omnes populi.ff.de iust.& iur.in 6.quæstio. princi. quem ibi sequuntur docto.& cum dicta etymologia,& dicta iura loquuntur de infante qui dicitur semper infra septennium,ut supra firmaui,sequitur quod necessario concludunt infantem infra septennium fari non posse,& sic ciuiliter loqui nō posse, quoniam de naturali loqutione homines omnes sunt certi.

Quarto facit ratio supradicta quæ fuit Ruy. hîc, quod ille dicitur fari qui habet conceptus quos intelligit,& uerbis exprimere posit,cum uerba sint notæ animi nostri. dicta l. Labeo. Quinto facit text. in dicto.§.si pupillus.instit.de inutilib.stipulationib. qui dicit quod infans fari non potest, & idem probatur in l.Sancimus. C. ad trebellianum. ubi furiosus dicitur non posse loqui, & nullam habere uocem, quod non est, nisi quia non intelligit quod agit.& facit etiam tex.in l.prima. C. de rap. uirginum. qui dicit quod infans non intelligit falsam monetam, quia illa ætas non intelligit negotia, & propterea concludendum est omnino quod infans non potest loqui ciuiliter, idest cum intellectu negotiorum, & in negotiis non intelligit quod agit.propterea iura omnia dicunt quod infans fari non potest. ut d. l.mulier,infra eo.& d.§.sufficit, & l.pupillus.ff.de acquirenda hæreditate. & d. l. seruum. cum suis concordantibus.

180 Et nunquam † dixerunt quod infans loqui non posset, sed solum quod fari non posit, demonstrantes quod plus est fari quam loqui, quia fari est loqui cum intelligentia negotiorum, & loqui simpliciter est sine intelligentia, sicut faciunt psitaci,& papagalli, quibus infantes & furiosi æquiparantur, sed fari est hominum, & cum intelligentia negotiorum.

181 Et propterea † errauit Varro qui uolebat quod fari minus esset quam loqui, quia imo maius est, cum loqui conueniat omnibus animalibus loquacibus & furiosis, & fari conuenit hominibus tantum sanæ mentis, & intelligentibus negotia de quibus loquuntur, ita quod loqui est genus quod diuiditur in duas speties, scilicet in loqutionem simplicem, & hæc conuenit omnibus animalibus loquacibus & furiosis, fari uero est cum intelligentia negotiorum, & non conuenit nisi hominibus.

182 Et si bene † considerabis iura in toto corpore iuris, non inuenies legem dicentem quod infans fari posit, sed solum quando distinguunt an fari posit loquuntur de pupillo. dicta l. seruum, & l. 2. rem pupil. sal. for. & l.si pupillus. de acquirenda hæredi. cum decem concordantibus. Et propterea stat conclusio firma, quod infans potest loqui naturaliter, sed non potest fari,idest cum intelligentia negotiorum loqui.

183 Circa tertium † an maior infante habens octo, uel nouem annos intelligat quod agat, dicas similiter quod neque ipse intelligit quod agit, considerando perfectionem intelligentiæ, & propterea neque ipse dicitur posse fari ex rigorosa significatione uocabuli.

184 Et hoc † clare dicit tex.in dicto.§.si pupillus.insti.de inuti. stipulationibus.dum loquitur de proximo infantiæ, & intelligitur necessario de habente octo uel nouem annos, quia qui habet sex annos nō potest dici proximus infantiæ, quia est uere infans, ut supra firmaui, & propterea concludenter probat quod habens octo annos non intelligit quod agit,neque fari potest.item dicit tex.in l.si pupillus.ff.de acquirenda hæreditate.qui similiter clarus est, & cauillari non potest,& loquitur de proximo infantiæ qui necessario debet esse differens ab infante.argumen. l. merces. ff. de uerborum significatione. & l. quod Nerua. ff. depositi. in istis tamen maioribus septennio per l. dispensatum fuit ut licet non intelligant quod agant & de rigore uerbi, fari, non posint, tamen utilitatis causa receptum est ut & fari posse censeantur. ut in dicto §. si

pupillus. dicitur. & in d.l.si pupillus. cum concordantibns.

185 Quibus sic stantibus † apparet resolutio præsentis quæstionis, utrum infantes stipulari possint, & decisio sequitur clara quod ipsi stipulari non possunt, quia nec fari possunt; & nunquam in ipsis reperitur dispensatum, ut probatur in d.§.si pupillus, qui solũ uoluit esse dispensatum in proximo infantiæ, idest in maiori infantia, & in d.l.si pupillus.ff.de acq.hære dita. & apparet clarus intellectus & necessarius ad d.l.seruum.& l.2.ff.rem pupil.sal.for. & l.1.§.pe.supra ti.1.quod intelligũtur de maiori infante, in quo fuit dispensatum, & non possunt intelligi de infante, quia ipse fari non potest, & non exprimunt hoc in uerbis, sed dum distingunt an fari possit, loquuntur de pupillo, & in hoc stat æquiuocatio Doct. quia quod dicitur in l.de pupillo.uoluerunt ipsi attribuere infantibus, moti propter illud euidens, quod infantes plus loquuntur quam senes, & non considerauerunt quod utuntur uerbo fari, & sequitur quod in stipulatione rem pupilli saluam fore nulla est spetialitas, & nunquam infans illam facere potest, sed solum eam permittitur facere quando est maior infantia ex dispensatione legis quæ generalis est ad omnes stipulationes pupillorum proximorum infantiæ, solum autem potest limitari in iocalibus, per d. l.donatarum.C.de acq.poss.& hæc conclusio procedit siue interueniat tutoris authoritas siue nulla interueniat, quia infans nunquam poterit stipulari, & proximus infantiæ poterit stipulari ex dispensatione etiam sine tutoris authoritate, ut in.§.per nouationem.inst.quib.mod.toll.oblig.ubi obligatur naturaliter.alia autem negotia permittitur facere aliquãdo, ut acquirere possessionem cum interuentu authoritatis tutoris.iux.no.in l.1.§.adipiscimur.ff.de acquirenda possesio.

186 Glo. in uerbo absens † allegat.tex.concordantem. in d.l.ea quæ. de donatio.inter uirum & uxo. & pro solutione se remittit.Bar.uero iuxta eã format duas oppositiones, una est de d.l.ea quæ. ubi mulier scripsit marito epistolam asserendo quod indulgentia mariti sibi donauerat 20. sub conditione si perseueraret in matrimonio, & propter malos mores suos uel propter culpam suam non erit dissolutum, alioquin si propter suos mores uel propter culpam erit dissolutum, tunc dixit spondeo me daturum dictam pecuniam, & postea subdit quod si extitit conditio stipulationis, soluto matrimonio agitur per maritũ ad restitutionem dictorum uiginti, & si non extitit conditio agit ad restitutionem inquantum fuit locupletior; quia donatio illa inter maritum & uxorẽ non ualuit, unde appatet quod ibi interuenit stipulatio, & tamen nullum aliud uerbum inducens stipulationem fuit probatum nisi in illa epistola, ibi, me daturum spondeo, ergo per illam epistolam inter absentes inducta fuit stipulatio. Respondet Bart.quod ibi præsupponitur stipulationem inter præsentes fuisse factam per sua uerba apta, & quod postea ipsa mulier marito absenti ex interuallo scripsit substantiam stipulationis & promissionem suam, unde per eam non inducitur stipulatio quæ iam facta erat, sed probatur illa stipulatio facta.arg.l.publia.in fi.ff.depo si.sed hæc responsio Bar.reprehenditur a Ruy.qui in contrarium considerat quod uidetur uiolare illũ text. in quo dicitur quod mulier in epistola utitur uerbo, spondeo, quod est præsentis temporis, & demonstratur quod tempore quo scribebat epistolam facta fuit stipulatio, & per illa uerba ibi scripta, spõdeo me daturũ si culpa mea soluetur matrimoniũ, item ibi præsupponitur quod non præcesserunt uerba apta ad stipulationem, quoniam dictum fuit, annuit indulgentia tua, & sic per nutum consentiit non autem per uerba, & per consequens non potuit tunc esse stipulatio, ut in hac l.§.si quis ita. ideo apparet quod stipulatio tantũmodo fuit inducta per uerba epistolæ, & si in eius præsentia præcessisset stipulatio frustra uxor misisset epistolam, & sic adhuc urget contrarium.unde secundo respõdetur quod ille tex. probat inter præsentes fuisse factam stipulationem, cum illa epistola & omnia quæ ibi dicuntur fuere facta in præsentia mariti, nã primo interrogauit uxor an uelit donare uiginti, & maritus nutu consensit, & postea numerauit incontinenti dictam pecuniã sub conditione illa, si perseueraret in matrimonio & nõ dissolueretur culpa sua, ipsa uero eodem tempore scripsit epistolam in præsentia mariti, & narrauit numerationem factam sibi sub conditione, & postea ipsa in epistola scripsit, spondeo me daturum si ex culpa mea soluetur matrimonium, & cum tex.dicat ꝙ interuenit stipulatio, probatur illa conclusio quod inter præsentes per epistolam inducitur stipulatio, sed tamen nec iste intellectus est admittendus, quia & ipse uiolat literam, quoniam præsupponitur in eo quod postquam cõsensit maritus donationi pecunia fuit numerata ex interuallo non autem de præsenti, & non ponitur forma stipulationis quod præcesserit interrogatio, cũ licet numeratio fuisset facta sub conditione illa, tamen erat necessarium postea quod numerans interrogaret, promittis mihi te restituturum dictam pecuniam si soluetur matrimonium culpa tua, & tunc bene conuenirent uerba epistolæ, spõdeo me daturum si soluetur matrimoniũ culpa mea, unde cum deficiunt illa uerba interrogationis non possumus dicere quod per epistolam inducatur stipulatio, & fuisset opus quod maritus epistolam fecisset cum interrogatione, & mulier per aliam epistolam in præsentia mariti responderet, quod est diuinare ad illum tex. item est contra formam contrahendi, quod inter præsentes fiãt illæ epistolæ, & per epistolas inducantur contractus, cum sufficiant apodissæ aptæ & solitæ inter præsentes fieri, & quando fit mentio de epistola præsumitur scribẽtem esse absentem, quia ita plærunque consueuit fieri, & argumentum a solitis tenet.l.si pactum.in fi.ff.de proba.

187 Propterea probabilior † est communis intellectus, quod ibi præcesserat stipulatio, & ad contrarium de uerbo annuere, respondetur, ꝙ respicit tantummodo donationem, in qua non curamus quod uerba interueniant, & propterea nec etiã curamus an consenserit per epistolam si forsan fuisset absens, sed tamen tex. postea uult quod numeratio sit facta sub illa conditione quam nos dicemus fuisse factam in

in absentia mariti, prout uidetur præsupponere tex. & ille qui numerauit qui necessario erat seruus uel procurator nomine mariti apposuit illam conditionem, & præsupponendum est quod fecit interrogationem formalem, & mulier quoque formalem sub illa conditione promisit restituere, & quod fuerit facta stipulatio formalis probatur, quia in fi. tex. dicitur quod illa pecunia cōuersa fuit in causam mutui, quod nō potuit fieri nisi per stipulationem interpositam. iuxta. tex. in l. certi cōdictio. §. quoniam. ff. si cer. pet. & l. si ita stipulatus. §. fi. & l. cum enim. ff. de nou. & l. si ita stipulatus. §. Chrisogonus. ff. de uerb. obligationibus, quo facto cum maritus non esset certificatus de hac stipulatione, ipsa mulier uolens certificare, & gratias agere scripsit illam epistolam, in qua narrauit omnia gesta, & ut maiorem uoluntatem se obligandi demōstraret, addidit illud uerbum, spondeo, in epistola, quamuis inutiliter, & sic patet quod epistola non fuit extra propositum, neque sine causa scripta, & tamen per eam non fuit stipulatio, sed præcesserat alia stipulatio per numerantem inter præsentes facta, ideo non probat contra tex. nostrum.

Propterea sequitur quod una illatio quam facit hic Alcia. nu. 31. non est uera, quod stipulatio inducatur inter præsentes per epistolam, cum ibi non appareat epistola mariti inter præsentes, cum interroga-

188 tione facta. † Nec secunda etiam illatio facta per Alcia. probat, quod scriptura priuata probat præsentiam, & si in ea dicatur contractum fuisse factum præsumatur præsentia, & tenuit glo. in l. 1. C. de contrahend. & committen. stipulatio. nam ut declaraui ibi, epistola præsupponit absentes fuisse, & per illam literam non probatur quod per epistolam tam inter præsentes quam inter absentes inducatur stipulatio, & cōclusiones supra factæ in no. remanēt ueræ.

189 Secundo † ex dictis eiusdem Bar. dum allegat dictam l. 1. C. de contrah. stipu. colligitur, quod epistola inter præsentes inducit stipulationem, & probatur, quia ibi in epistola erat scriptum, promitto me dare pecuniam ex illa causa quæ erat producta in actis, & dubitatur an per eam probetur stipulatio, & respondet text. quod si negotium fuit gestum inter præsentes præsumūtur oīa solēniter acta, ergo tex. ille probat quod potest epistola fieri de negotio inter præsentes uel absentes, unde uidetur probare per epistolam inter præsentes saltem induci stipulationem.

190 Sed respondetur † defendendo ea quæ dicta fuere in notabilibus, quod ibi non probatur stipulationem per epistolam induci neque inter præsentes neque inter absentes, sed solum probatur per epistolā missam ad absentem induci præsumptionem quod in negotio gesto inter absentes interuenerit solēnis stipulatio, & ideo non obstat conclusioni tex. nostri qui uult quod inter absentes non fiat stipulatio, neq; cōclusioni supra factæ quod per epistolam inter præsentes possit induci stipulatio, nā ibi negotium fuerat factum inter præsentes, & postea ex interuallo ille scripsit epistolam in qua dixit se promisisse centū, & per illam epistolam per illum tex. notabil. probatur quod præcesit stipulatio suo tempore facta. unde aliud colligitur, quod hic uoluit Alcia. colligi ex d. l. ea quæ. sed tamen uere colligitur ex d. l. 1. quod si priuatus in epistola scripsit se promisisse retro ex interuallo alicui præsenti centū quod probatur præcesisse solennem stipulationem.

191 Vnde † datur una ampliatio ad totam materiā l. sciendum. infra eod. quæ habet quod si per scripturam publicam notarius scripsit aliquem promisisse, omnia præsumuntur solenniter acta, nam ampliatur procedere etiam quod illud uerbum sit scriptum in scriptura priuata, ut semper per illud præsumatur solennitatem intrinsecam interuenisse, quam ampliationem ego addidi in d. l. sciendum, & ex multis confirmaui, sed tamē non potest probari per d. l. ea quæ. quoniam ibi fuit uerbum præsentis temporis, quod non potest talem solennitatem inducere, sed est necessarium quod fiat per uerum præteriti temporis, ut ibi etiam dixi, nec etiam est uerbum quod per illum tex. uolebat Alciat. ut per scripturam priuatam præsumatur præsentia, quia imo tex. suadet contrarium, qui requirit extrinsecus probari quod negotiū fuerat gestum inter præsentes, ergo ex epistola illa non probabatur, & minus ex d. l. ea quæ.

192 Ideo uerior † est opinio, quod ex scriptura continente aliquem actum fuisse factum non præsumatur præsentia, neq; si sit facta a notario neque a priuato, sed est necessarium quod hoc addatur tam per notarium quam per priuatam scripturam, quia alioquin sequeretur quod duo spetialia concurrerent in eodem actu, ut per scripturam præsumeretur præsentia atque etiam ultra eam præsumerentur omnia solenniter acta. imo tex. in d. l. 1. C. de dot. promissio. de directo probat contrarium secūdum intellectum quem ego ibi dedi, quoniam dixi quod ibi non inducitur stipulatio, quia deficiebat unum necessarium quod res certa esset promissa, & si fuisset ibi res certa promissa ageretur ex stipulatione, unde dixi illum text. limitare totam materiam l. sciendum. infra eod. ut procedat tantummodo quando cætera necessaria ad stipulationem interueniunt naturaliter. nam tunc ex istis ueris fundamentis inducitur præsumptio solennitatis intrinsecæ, uno autem deficient naturaliter non potest induci, ne interueniant duo spetialia. sed quādo non constat de præsentia deficit unum ex fundamentis requisitis naturaliter, ideo nō potest illa præsumi, & etiam solennitas, & solum solennitas præsumetur quando per ueras probationes apparebit præsentiā interuenisse, & hæc opinio probatur in l. optimam in fi. C. eo. de contrah. & com. stipula. & in §. item uerborum. insti. de inuti. stipulatio. ubi dicitur quod necessarium est notarium asserere partes præsentes fuisse, & si hoc dictum fuit, negatio nihil operatur, nisi per ueros testes probauerit se absentem. Et propterea concludas quid quid uoluerit Alcia. quod per solam scripturam non probatur solennitas & præsentia, sed oportet uere probari de præsentia, ad hoc ut inducatur solennitatis præsumptio, & solum eius opinio posset procedere quādo in scriptura narraretur interrogationē & responsionem factam, nam tunc possemus dicere per eam

præsumi præsentiam, quoniam esset unum spetiale tantum, ut ipsa præsentia præsumeretur.

193 Quærit † Bar. hic de noua quæstione circa surdum & mutū, euenit quòd in Eugubio erat Lælius de gabrielibus mutus & surdus qui habebat tantam perspicaciam quod nedum intelligebat loquētem cum eo ad motum labiorū sed etiam quoslibet absentes donec uisus suus porrigeretur intelligebat quid loquerentur ad motum labiorum quamuis secrete loquerentur, ita quod habebat maiorem perspicaciā, quam habeant homines sani & prudentissimi, qui uix intelligunt loquentes secum cum uerbis expressis. unde dubitat Bar. an tales muti tam perspicaces possint facere stipulationem, & dicit uideri, quod sic, quia intelligi efficaciam sermonis, ut hic in tex. tamen postea determinat contrarium, quia non sufficit intelligere efficaciam sermonis alterius, sed oportet intelligere per aures & earum meatum, & uerum sensum auditus, ut dicitur in hoc tex. & supra probauimus in quæstionibus de epistola. Fallit tamē quando audiret cum magno clamore. arg. l. 1. §. fi. supra tit. 1. & eum sequuntur communiter * hic Doc.

Sed tu dicas quod hæc quæstio in terminis ab eo positis est inutilis & uana, ex eo quia format quæstionem de eo qui est mutus & surdus, & nulla pōt esse dubitatio quod mutus & surdus quantuncunque perspicacissimus possit stipulari, cum licet intelligat efficaciam sermonis tamen ipse loqui non potest quod est de forma præcisa, per text. nostrū. ideo quæstio posset formari tantum quando esset surdus tantum, & haberet illam perspicaciam, nam cum per loquelam suam adimpleret totam solennitatem stipulationis, solum defectus esset in auditu qui uidebatur posse suppleri per perspicaciam magnam.

194 Tamen adhuc † conclusio est uera & communis, quod non ualeret stipulatio, quoniam est necessariū ut intelligat per organū aurium & sensum auditus, non autem per sensum communem, & in hoc consentiunt omnes, sed tamen dubitatio est postea inter doct. super sua limitatione, dum uoluit quod si audit sonum uerborum quod stipulatio ualeat: nam in ea Doct. contradicunt, & ut diminuatur difficultas diuidas suam limitationem in duas partes.

195 Vna est † quādo per magnum clamorem sæpius repetitum audit uerba articulata & intelligit ea licet cum tarditate & cum repetitione, & tunc omnes cōueniunt quod stipulatio ualeat, per text. in dicta l. 1. §. fi. supra tit. 1. qui dicit cum quis tarde audit posse stipulari, & iste quando intelligit omnia uerba cum suis syllabis articulatis & lingua figuratis dicitur tarde audire, & ualebit stipulatio, quia tarditas audiendi uel loquendi uel cum clamore non impedit solennitatem stipulationis, dummodo per suos speciales sensus interueniat.

195 Sed difficultas † remanet in tertio casu quando audit sonum uerborum sicut sonum campanæ, & postea per signa uel motum labiorum intelligit uerba, an in hoc casu ualeat stipulatio, & Bartol. uidetur sentire quod sic, ex eo quia præsupponit sufficere naturaliter audire sonum, licet postea significationē uerborum percipiat ex signis, & per suam perspicaciam, sed tamē contrarium uidetur tenere Alex. hic & cōmuniter * doct. quia non uerificatur tota forma, quoniam per aures non intelligit, sed solum audit sonum, quem & animalia cætera audiunt, & hác opinionem confirmat Niger ratione, quia sequeretur quod si interrogaret latine, & ego responderem grece, uel annuerem capite, licet nō intelligeret grecum, tamen quia audiret sonum, & per inclinationē capitis intelligeret sensum uerborum, quod ualeret stipulatio sine interprete, quod est expresse contra tex. in d. §. fi. ubi requiritur quod interueniant uerba illius loquentis quæ audiat interpres & intelligat, & postea per sua uerba ea explanet cōtrahenti, qui per aures & sonum auditus intelligat ab eis. Alc. tamen conatur tollere illum text. & defendere opinionem Bar. inducendo eum pro Bar. & dicit, quod si tu grece respondeas, & ego non intelligo in effectu non audio nisi sonum, & tamen ualet stipulatio si interpres mihi declaret, ergo etiam ualebit si per interpretationem labiorum intelligat sensum, quamuis sonum tantūmodo audierit, nec text. ille secundum cum requirit interpretē loqui uerbaliter, & nō negat quin signis posit uerborum significationem declarare.

197 Sed hæc † intelligentia ad d. l. fi. est contra uerba tex. quia imo ibi requiritur quod interpres per uerba sua declaret sensum interrogationis, & ibi sit duplex auditus, unus quod uerba contrahentis audiat per distinctionem syllabarum licet non intelligat sensum eorum. Secundo quod postea audiat uerba interpretis ea declarantis, & quod ita sit necessarium probatur, quia sine interprete semper posit fieri stipulatio cum responderet uerbis, & postea sensum declararet cum digitis uel nutu, & sic omnes diuersarum linguarum sine interprete stipulationem facere possent, quod est contra expressam intentionem illius tex. confirmatur ultra doct. nam iudicatur auditus quando per suum sensum audit non per simplicē sonum, quia Iustinianus in l. discretis. C. qui testamenta facere possunt. ex mente Iubentii Celsi uult quod surdus nullus reperiatur qui per maximum clamorem aliquo modo non posit audire, unde sequeretur quod semper surdi possent stipulari, ergo quando iurisconsultus in d. l. 1. §. fi. supra tit. 1. dicit de eo qui nullo modo exaudit, uidetur ponere casum in practica non contingentem, & contra experientiam, & cognitionem loqui; si omnino non posse audire diceretur tantummodo ille qui non audit sonū, & cum hoc præsupponat ordinarium esse, apparet quod uoluit intelligere ut non omnimodo exaudiat quamuis audiat sonum, ideo est ibi casus in terminis contra Bar.

Secundo Alcia. pro Bar. inducebat text. in d. l. 1. §. legi, retorquendo, quia ibi dicitur posse legi quod oculis corporeis percipitur absque eo quod intelligatur, & est glo. in prohœmio decretaliū, & ibi Abb. col. 4. ergo pariformiter sufficit audire sonum si aliū de percipit sensum uerborum, sed tu dic quod imo probat cōtra Bar. quia in dicto §. legi. oportet quod intelligantur uerba distincta cum syllabis distinctis per oculum, quid enim prodesset testamētum posse legi per distinctionem syllabarum nisi ex lectura intellectum

tellectum uerborum haberemus, & licet unus qui legit non intelligat, tamen si alius est qui intelligit, illa scriptura per sensum uisus præstat intelligentiam, & si ille non posset distinguere syllabas non sufficeret intelligentia, ergo ille tex. probat contra Bart.

Tertio pro Bar. ipse adducit, quia iura prohibent stipulationem fieri sine uerbis & sine auditu, non autem prohibent casum istum mixtum, quando est auditus cum intelligentia per nutum, sed tu dicas quod imo prohibent etiam hunc casum, quia uolunt, ut inquit Ias. quod se exaudiant, idest cum effectu intelligentiæ audiant, & quando est simplex sonus non auditur cum intelligentia, & iste solus casus prohibetur in dictis iuribus.

198 Cum primus casus † si nullo modo audiunt non reperitur in natura, secundum Iubentium Celsum in dicta l. discretis. ergo ne uideantur iurisconsulti posuisse casum qui in natura reperiri non possit, oportet dicere quod quando uoluerunt surdum uel mutum nullo modo intelligentes posse stipulari intellexerunt de eo qui sonum audit, sed distinctas syllabas non percipit, quoniam audire non est solum sonum audire sed uerba distincta audire & intelligere, & omnes leges uolunt quod audiat uerba & exaudiat sicut etiam supra diximus de infante quod non sufficit posse loqui sed requiritur quod loquatur cum intelligentia plena, & hæc opinio probatur ét per gl. in dicto. §. sed hæc solennia, in quæstione de A, & B. & est magis rationabilis quam illa quam ponit Bar. & tutior.

199 Per quæ † etiam habes qualis auditus requiratur ad stipulationem, nam oportet quod contrahentes se inuicem audiant, taliter quod per sensum auditus intelligant uerba integra cum syllabis distinctis & claudendo oculos ut nullum signum possint uidere per solum auditum uerborum deueniant in cognitionem intentionis loquentis, alias nõ sufficit ad seruandam plenam formam stipulationis.

200 Sed subintrat † alia dubitatio necessaria, qualis debeat esse præsentia contrahentium in stipulatione, nam præsentia adhibetur semper ad aliquam intelligentiam seu notitiam habendam, uel propter commoditatem actus fiendi, ideo per uarios fines uariis modis consideratur præsentia, ut per gl. in l. præsens. ff. de procuratori. & in l. absentem. ff. de uerb. sign. & ut hæc intelligantur, Bart. ponit exemplum quando duo existunt in diuersis turribus & clamant. argum. l. quod meo. §. si uenditorem. ff. de acquir. possessio. uel si plures essent carcerati in diuersis palatiis uel castris in locis distantibus, uel si plures eiusdem familiæ principis essent in diuersis nauibus, & propter impedimentum distarent, & uellent inter se contrahere, tamen non se discernerent per uisum. in prædictis igitur casibus & in spetie quærit Bar. hic, an ualeat stipulatio si unus est in una turri & alius in alia turri & clamando unus interroget & alter respondeat, & cõcludit quod ualet stipulatio, non distinguendo an se uideant, quia non uidetur facta inter absentes, cum se possint exaudire & intelligere, & absentes non reputantur in materia stipulationis qui distant corpore se tamen exaudire possunt, & soli absentes prohibentur stipulari qui non possunt se exaudire, ut dicit hic tex. reddendo rationem quod non stipulantur absentes, quia inuicem se non exaudiunt, & sequuntur communiter * docto. concludentes quod sensus uisus non est de substantia.

201 Non obstant † contraria, quia in eis ex uariis causis & finibus consideratur præsentia. nam in iudicio requiritur præsentia, ut uideat & audiat iudex eos, & ipsi quoque audiant iudicem, ideo debent esse in loco, lege 4. §. abesse. ff. de damno infecto, & in procuratore domini requiritur præsentia ad hoc ut non teneatur præstare fideiussionem quando cum facilitate posset fieri executio. d. l. præsens. de procuratoribus. cum glo. & dicta l. absentem. in præscriptione uero præsentia consideratur quando omnes sunt sub eodem iudice, ut quis adeundo iudicem prouintiæ possit eum citare quamuis distent per multa miliaria, ideo præscriptio cum inter præsentes fieri quando dominus est in eadem prouintia sub eodem iudice, quia in quocunque loco reperiatur semper est negligentia quando pars potest adire iudicem & citare aduersarium. d. l. fi. C. de præscriptio. longi temporis, & in aliis quoq; casibus uario modo requiritur præsentia propter uarios fines, ut in dictis legibus not. in stipulatione autem requiritur præsentia, ut se propriis auribus naturaliter audire & intelligere possint, & ideo si hæc forma auditus interueniat, distantia personarum seu impedimentum uisus dummodo se inuicem alio modo cognoscant, non impedit stipulationem, ex quo infertur quod cecus ut supra dictum fuit potest stipulari, ut per Alex. in cõs. 12. uol. 1. col. 2. & facit tex. in d. l. hac consultissima. C. qui testamenta facere possunt.

202 Item infertur † quod stipulatio etiam poterit fieri de nocte sine luminibus, dummodo se audiant & cognoscant, & non interueniat dolus uel fraus. l. non minorem. C. de trãsactio. nec obstat. l. 1. §. tria luminaria. ff. de uent. inspicien. quia illa solennitas secundum Rippam requiritur ad pleniorem probationẽ in illo casu in quo erat suspitio ne fieret partus suppositus, & nec obstat dictum capitulũ consuluit. de officio delegati; quia procedit in actis iudiciariis, & facit quod uoluit Bar. in l. 2. §. Labeo. de aqua plu. arcen. & glo. in c. testes. & Felin. in c. 1. de testibus. uolentes quod si testes deponunt de actu, & constat quod partes cognoscebant & audiebant probant, licet non uiderint eas, item infertur secundum eundẽ. Rippam, quod si testes dixerunt se fuisse præsentes, licet non uiderint, tamen probant, si apparet quod cognouerint se adinuicem per alia signa, nec in contrarium est doctrina Bar. in l. si non spetiali. C. de testam. secundum Rippam hic.

203 Quarto infertur † quod audientes diuina officia extra ecclesiam nihilominus dicuntur esse præsentes eis & acquirunt indulgentiam concessam illis qui interueniunt in officiis. cardinalis & Inno. in cle. 1. de religio. quod tamẽ intelligi debet si ex alia causa nõ requiratur uisus. ut in celebratione missarũ, in qua saltem uidenda est eleuatio corporis Christi, & communio sacerdotis, ut saltem possit uideri per fenestras existente magna multitudine.

204 Quinto infertur † quod si statutum prohibet aliquem loqui cum monialibus in monasterio sub pœna excõmunicationis, iuxta capitulū monasteria. de uita & honestate clericorum, secūdum eundem Rippam incidit in pœnam si alloquatur ad ostium uel ad fenestram, facit quod uoluit Barto. in l. 1. §. quod ait. infra de adulteriis. & Abb. in capitulo cum inter. de consuetudine. & hic per eum, faciunt not. in Rub. C. de edendo. sed contra hoc ultimum de monasterio facit, quia quando est in monasterio est maior commoditas delinquendi, & magis puniri debet. argum. eorum quæ dixi in Rubr. C. de edendo. in quæstione de dante osculum luxuriosum. Sed tamen defendendo potes dicere, quod contraria procederent si prohiberetur alloqutio cum monacis propter solum adulterium, quia in monasterio reperiretur cõmoditas maior, sed illa prohibitio fit propter generalem causam ne detur aditus ad peccandum, & ille aditus potest fieri etiam per solam loquelam ad ostium uel ad fenestram, sed si alloquuntur in monasterio tunc non tantum possunt puniri de loqutione, sed propter alia inditia possent etiam puniri de præsumpto adulterio, si esset locus commodus ad illud faciendum, & probaretur datum fuisse osculum luxuriosum, secundum distinctionem positam in dicta Rub.

205 Glo. in uerbo si quis † opponit quod infans non posit uelle stipulari, & ideo non comprehenditur in remedio posito per text. nam uidetur quod iurisconsultus uolens euitare impedimentum intelligentiæ incidat in aliud simile, cum remedium traditum per ipsum requirat quod uelint stipulari, quæ uoluntas & ipsa debet habere intelligentiam, unde uidetur quod idem sit obstaculū in remedio tradito quod est in ipsa stipulatione, & sic nihil afferat, cum non intelligat quod agat. dicto §. pupillus. institu. de inuti. stipu. soluit tribus modis. Primo quod tex. debet intelligi de aliis & non de infante, & debet subaudiri ad dictum, si quis ex iis, uerbum, excepto infante. Secundo respondet quod text. debet intelligi de extraneo qui uelit eos stipulari, & tunc oportet diuidere dictionem, si quis, ab aliis sequentibus, & subaudire uerbum, aliquem, hoc modo, si quis extraneus uelit aliquem ex iis stipulari, & tunc potest comprehendere etiam infantem, & hanc uidetur tenere Bartol. licet referat utranque & etiam glo. quæ residet in ea, sed tamen nulla est bona, ex eo quia est uiolatiua literæ & diuinatiua faciendo illam subauditionem, excepto infante, & illam aliam extraneus uelit aliquem.

206 Vnde tertia † datur solutio quæ est de mente glo. sin. ad aliud propositum, ut intelligatur, si quis ex iis uelit per se uel per administratorem, & cum ipsi administratores uelint, ipse quoque infans poterit dici uelle, quia uidetur loqui uoce eorum. §. si uero. institu. de inuti. stipulatio. & hæc ultima mihi magis placet, quoniam eadem oppositio posset fieri de surdo & muto nihil intelligentibus uel parum intelligentibus, qui æquiparantur infantibus secundum distinctionem infra tradendam, & remaneret quod remedium in talibus surdis & mutis etiam esset inutile, ideo ut tollantur obiectiones, & consilium iurisconsulti procedat, oportet intelligere, si quis ex iis per se uel per administratorem uelit, & non est subauditio uiolenta, quoniam hoc est naturale & legale in dictis personis.

207 Addit gloss. unum uerbum † bonum, quod licet omnes dictæ personæ non posint uelle stipulari, nihilominus ex stipulatione posset eis acquiri, etiam quod non uelint, si forsan serui sui stipulantur ex proprio arbitrio uel ad instigationem alterius, nam tunc ex ea stipulatione etiam eis ignorantibus uel etiam inuitis ad utilitatem stipulari poterunt. l. secunda. infra rem pupill. sal. for. & est text. in §. item uobis. institut. per quas personas nobis. acquiri. In ultimo uersicu. additur aliud remedium, si forsan eueniret quod esset utile ipsis personis promittere & obligari, nam tunc serui non possent ex proprio arbitrio stipulando promittere & obligari, ideo text. dicit, quod si illi uelint stipulari iubeant, & erunt quod iussu obligati.

208 Quod † remedium etiam uanum uidetur, quoniam in eo requiritur quod infans uelit & iubeat, qui iussus non potest fieri nisi ab habente intelligentiam, ideo ea quæ obstant stipulationi obstant huic remedio propter duas qualitates quæ non cadunt in infante, ideo gloss. hic facit easdem responsiones, & primo quod excipiatur infans qui non potest uelle. Secundo quod debet subaudiri uerbum extraneus, dicendo, si quis extraneus uelit eos stipulari, & hunc uidetur sequi Bartol. sed tamen utraque dicitur esse diuinatiua, ut supra dixi, & uiolatiua text. Item non tollit obstaculum de iussu, quia extraneus non potest iubere ut ipse infans obligetur. Propterea tertius postea traditur intellectus, quod ipsi uelint per se uel per administratorem suum, declarando ut supra. Sed tamen quia adhuc durat obstaculum in aliis personis quæ non uidentur posse iubere neque etiam uelle. §. sed & mente captis. institutio. de curatoribus. ideo intellectus generalis tradi debet ad istum text. conueniens utrique remedio, quod intelligatur si quis ex iis uelit per se uel suum administratorem, ut in infante sit tutor, & in muto & surdo interueniant curatores & alii administratores legales, quorum persona & loquela dictæ personæ uelle dicuntur.

209 Gloss. in uerbo, & erit † declarat quomodo istæ personæ posint iubere, & præsupponit quod iussus potest fieri uerbo per epistolam, & per nuntium, ut ff. quod iussu. l. 1. §. primo. item potest fieri scriptura, ut probatur in dicta l. 1. §. sed serui. ubi Dominus se subscribendo chirografo serui dicitur iubere, quoniam iussus est actus qui dependet a solo cõsensu. unde potest fieri omnibus modis quibus demonstratur consensus, sicut etiam & cæteri contractus naturales, quo stante gloss. declarat text. & dicit, quod licet istæ personæ non posint facere stipulationem, tamen poterunt facere iussum, & mutus iubebit per scripturam quando scit scribere. dicta l. prima. §. sed & serui. uel etiam per nutum. argumen. l. nutu. ff. de leg.

leg. tertio. si nescit scribere, & surdus per sua uerba quamuis non audiat, & absens per nuntium uel epistolam, & infans cum auctoritate tutoris, sed tamen adhuc obstat contrarium supra allegatum, quia licet possit illis modis declarare uoluntatem, nihilominus non sufficit, quia non habent intellectum, & in specie infans non uidetur posse iubere sicut non potest etiam stipulari propter incapacitatem intellectus, & sic adhuc obstat ratio quæ impedit stipulationem.

210 Vnde † gloss. soluit illis tribus modis quibus supra, primo quod excipit tuũ infans. Secundo quod intelligitur si quis extraneus uelit. Tertio, quod infans dicitur iubere cum auctoritate tutoris, sed tamen Bart. non uidetur tenere, & uidetur approbare secundum intellectum quem in præcedentibus nos reprobauimus, & iterum obstat, quia & mutus & surdus non uidetur posse iubere, cum neque ipse intelligat quod agat, ut insti. de cura. §. item mente captis, & probatur in dicta l. prima. §. fina. ideo omnia resoluendo, dicas quod omnes dictæ personæ poterũt iubere uel per se uel per administratorem suum, secundũ quod per leges eis permittitur facere actus, unde si erit infans, solus tutor faciet iussum, si erit pupillus faciet pupillus cum tutoris authoritate, si erit mutus & surdus & nullo modo intelligat faciet solus curator, sinautem aliqualiter intelligant, tunc facient cum tutoris authoritate, & mutus per scripturam & surdus uerbis suis, ut inquit tex. in dicta l. prima. §. si pupillus. & §. fina. ff. quod iussu, ubi omnes isti diuersi casus referuntur, & propterea apparet quod intellectus uerus & simplex ad text. nostrũ dari debet ad resoluendum principale obiectũ, quod eo modo quo prohibentur stipulari prohibentur & uelle, & iubere, ut dicatur quod poterunt uelle & iubere per se uel administratorem suum secundum modos a lege permissos, & quia ubicunque lex dubitat de uno de aliis præsupponit extrema habilia interuenire & seruari. arg. tex. in l. qui testamento. ff. de testam. cum suis solutionibus ibi not.

211 Ex quibus habes † coniungendo ultima cum primis, quod ad perficiendum stipulationem quatuor qualitates sunt necessariæ in persona ipsorum contrahentium, & in perfectione causæ efficientis, nempe loqutio, auditus, intelligentia, & præsentia, loqutio debet habere quinque qualitates, primo quod fiat uerbis cum syllabis uoce & lingua figuratis, ut per auditum possit intelligi etiam quod non interueniat uisus. Secundo quod illa loqutio audiatur & percipiatur sensus per solum organum auditus non autem per sensum communem. ideo non poterit fieri per epistolam etiam inter præsentes. Tertio quod illa loqutio fiat cum intelligentia negotiorum. & ideo nõ poterit fieri ab infante neque a furioso quãuis loquantur & uideantur seruare stipulationis formam. Quarto quod illa loqutio fiat per uerba distincta, ut per solum auditum deueniant in cognitionẽ partes. unde surdus audiendo solum sonum non poterit intelligere per solum sonum cum aliis signis, & ideo surdus etiam cum magna intelligentia non poterit perficere stipulationem. Quinto requiritur quod illa loqutio fiat cum præsentia etiam cum interuallo personarum, ut propter distantiam non impediatur auditus cum intelligentia. Secundo requiritur quod interueniat auditus, qui debet esse naturalis, ut per organum intellectus audiens perueniat ad cognitionem uerborum, & non sufficit audire sonũ cum aliis uerbis. Secundo requiritur quod sit audientia plena cum distinctione syllabarum, & nõ sufficit audire solum sonum & oculis percipere intellectũ, sed debet esse talis qui etiam claudendo oculos possit dare cognitionem intentionis partium. Tertio requiritur intelligentia, quæ debet esse plena, ut nedum intelligat quod agat naturaliter sed etiam habeat cognitionem negotiorum. ideo infans quamuis intelligat & loquatur, & furiosus quamuis intelligat & loquatur, tamen non poterunt facere stipulationem nisi habeant intelligentiam cum cognitione negotiorum, quam nedum infantes sed nec etiam habentes octo annos uel nouem habent, & ideo de rigore non possent stipulari, nisi utilitatis causa fuisset dispensatum. l. si pupillus. ff. de acquirenda hæreditate. & §. si pupillus. insti. de inuti. stipulationibus. & l. seruum. supra rem pupilli saluam fore. & l. sancimus. C. ad Trebellianum. nisi in iocalibus. l. donatarum. C. de acquiren. possessione. & alii similes actus. Quarto requiritur præsentia quæ debet esse cum habilitate intellectus, taliter quod non impedit distantia si auditus uerus interueniat, ut per Bartol. hic, unde sequitur quod multa impedimenta quæ solent per accidens aliqua negotia impedire non impediunt stipulationem, ut est uisus, & præsentia corporalis, & infirmitas, & aliqua alia similia.

212 In testibus uero † adhibendis distingui debet, nã aut adhibentur ad deponendum de actu stipulationis uel contractus qui intelligitur per solum auditum, uel etiam de actu testamenti, & sufficit quod habeant habilitatem audiendi, & per uerba distincta intelligant illud quod coram eis fit uel totum negotium si narratur coram eis, uel unum generale, ut quod sit in carta inclusum testamentum. l. si unus. coniuncto. §. si. insti. de testamentis, & ideo nõ oportet quod testes uideant contrahentes, neque quod sint in illo loco, dummodo aliter partes cognoscant, ut inferrebat hic Rippa per prædicta, nec erit opus quod sint luminaria nisi sint actus iudiciarii. cap. consuluit. de officio delegati, uel sit actus in quo partes conuocantur ad tollendam suspitionem fraudis. ut in l. I. §. tria luminaria. ff. de uent. inspi. & habetur in c. testes. & in c. I. de testibus. cum concordantibus. si uero sit actus qui requirit rei interuentum cum certa qualitate, ut si stipuletur illud aurum dari uel illam summam dari, tunc oportet quod interueniat uisus testium & partium. dicta l. si stipulatus fuero hanc summam. infra eo. cum aliter testes de illa qualitate deponere non possint, & idem esset dicendum si res certi saporis contineretur in stipulatione, quia oporteret quod testes gustassent, sicut & partes, si de illo sapore deponere uellent. argumen. l. prima. & per totum. ff. de periculo & comodo rei uendi. & l. quod sæpe. §. primo. de contrahend. emption. & in omnibus dictis casibus si testis deponat se fuisse

præsentem, etiam quod nõ fuisset corporaliter præsens, ut partes tangere non posset, sed potuerit audire seu gustare uel cognoscere probabit concludenter, & non dicetur falsarius, ut per Bart. hic, licet uideatur tenere contrarium in l. si non spetiali. C. de testam. tamen debet intelligi per alias qualitates ut dixi de summa per uisum, & de gustu, & in summa testis debet deponere de sensu corporeo qui conuenit illi actui, & per illum sensum corporeum deuenire ad cognitionem actus spetialiter & non per sensum communem, ideo uariis modis præsentia sua reputabitur & cognitio & intelligentia, & facit quod uoluit Bar. in l. 2. §. Labeo. ff. de aqua plu. arcenda, & gloss. in dicto c. testes. & Feli. in c. 1. de testibus. cum similibus.

213 Extra glo. sumpta occasione † ab eo quod hic dicitur mutum & surdum posse iubere. Bartol. generaliter quærit quos contractus uel actus possint facere mutus uel surdus uel infans uel furiosus, & cui æquiparetur surdus uel mutus infanti pupillo uel furioso, & etiam cui æquiparetur infans & furiosus, & iura sunt uaria, nam quod omnia ista æquiparentur probat tex. noster hic, & tex. in Rubr. & nigro supra de bono. possessio. infanti furioso surdo & muto & ceco competenti, ad idem est tex. in §. item & mente captis. insti. de curato. ubi surdis mutis & furiosis dantur curatores sicut & infantibus & pupillis, item & quarto facit text. in l. Fulcinius. §. adeo. ff. ex quibus caus. in poss. eat. ubi furiosus æquiparatur pupillo, & ipsi ambo æquiparãtur mutis & surdis & aliis qui habent curatores, idem probatur in l. cui eorum. in fi. ff. de postulan. ubi dicitur quod potest quis postulare pro pupillis furiosis surdis & mutis fatuis & omnibus quibus dantur curatores. idem dicitur in l. dabimus. §. fina. cum l. sequenti. ff. de priuilegiis creditorum, & in l. 1. §. æque. ff. de muneribus & honoribus. & in l. seruo inuito. §. si pupilli. infra ad Trebellia. ubi in principio dicit, quod mutus pubes æquiparatur ei qui fari non potest, postea dicit in medio, quod muti & surdi per se possunt negotium gerere, & sic differunt ab illis qui habent curatorem, & postea in fi. dicitur, quod si non intelligunt, æquiparantur infanti. & in §. fin. institu. de hæredibus instituendis. dicit quod possint gerere se per hærede si intelligunt quid agunt, per quæ apparet quod æquiparatio non est bona, & quod non possumus facere conclusionem quod dictæ personæ æquiparentur, & ẽt probatur in lege secunda. de bonor. possessio. muto uel infanti, unde dicitur, si intelligunt quod agũt per se possunt acquirere, & idem replicatur in l. mutum. ff. de acqui. hæredi. ubi dicitur quod mutus & surdus possunt adire hæreditatem; & differunt ab infante & furioso.

214 Et generaliter † quod tales personæ inter se differant omnino, & non possint æquiparari, facit, quia defectus eorum procedunt a uariis & diuersis causis & separatis, nam mutus non potest facere stipulationem quia non potest loqui, & ideo nec etiam potest absoluere confitentes peccata sua neque baptizare neque conferre ordines sacros, neque consecrare eucharistiam, neque crisma dare, ut supra dictum fuit in no. surdus uero impeditur stipulationem facere, & alios actus qui requirunt pro forma auditum, unde non potest baptizare, tamen potest celebrare missam, conferre ordines sacros, crisinare, & multos alios actus facere quos mutus non potest ut supra diximus. Similiter infans differt ab omnibus istis, quia ipse audit, & loquitur naturaliter, tamen non potest facere actus qui requirunt intelligentiam negotiorum, & per hoc differt a mutis & surdis qui plærosque actus facere possunt, & infans nullos, unde ut dicebat Iason. mutus & surdus potest adire hæreditatem, & infans non potest. l. mutum. ff. de acquirenda hæreditate. item mutus & surdus potest constituere procuratorem, & infans non potest. l. mutus. de procurato. item mutus & surdus possunt contrahere matrimonium. capitulo cum apud. & capitulo tua. de sponsalibus, infans uero non potest. ut not. in Rubri. & nigro de desponsatione impub.

Item mutus & surdus possunt committere adulterium, quod non potest facere infans, item mutus & surdus possunt cætera delicta facere & infans nullum. l. si quis in graui. §. mutus. ff. ad Sylleianum. ubi mutus excusatur solum a pœna illius senatusconsulti quando requiritur loquela, & surdus excusatur quãdo requiritur auditus, in cæteris uero in quibus possunt præstare auxilium domino non excusantur. infantes uero indistincte excusantur, & generaliter possent allegari infiniti casus in quibus tales personæ differunt.

215 In tanta uarietate † Bartol. pro resolutione uidetur separare surdum a muto, tamen in utroque postea dicit & constituit tres casus. Primus est quando nullum habent intellectum. Secundus quando aliquid intelligunt etiam perfecte. Tertius quando infirmitas non est nociua, ut plenissime intelligant, in primo casu determinat quod æquiparantur infanti, in secundo determinat quod æquiparantur pupillo. in tertio determinat quod æquiparantur omnibus maioribus. unde ex eius dictis colliguntur tres conclusiones.

216 Prima † est, quod ubicunque mutus & surdus nullo modo intelligit æquiparatur infanti, per dictam legem Fulcinius. §. adeo. supra ex quibus caus. in posse. eatur. & institutio. de curato. §. sed & mente captis. cum aliis supra adductis. & communiter* sequũtur doctor. quia si nihil intelligunt necessario actus non potest fundari in persona eorum, sed oportet quod totus fiat in persona administratorum. sicut in infante, lege si infanti. C. de iur. deli. & dicta lege seruo inuito. §. si pupillo. in fine. infra ad Trebel. & licet uni detur tutor & alteri curator, tũ æqualiter actus exerceri debent per administratores, & idem est effectus, & habetur in l. infantis. C. qui admitti. & lege fina. C. de curato. furio. & dicta lege si infanti. C. de iur. delib. cum & ipse infans possit habere curatorem. nec obstat quod in dicto §. mente captis. dicatur quod curator datur sicut maioribus, quia hoc dicitur quando eis non conuenit tutor. sicut & si forte darentur infanti, & est communis * conclusio docto. hic, & in l. prima. C. de bon. possessio. infanti uel furioso.

Secunda

217 Secunda est conclusio † quod si est aliqualiter capax quod æquiparatur pupillo per eandem rationē, quia per se actus facere non potest, & non curatur quod pupillo regulariter datur tutores, sed istis duabus conclusionibus contradicunt omnia quæ supra diximus, demonstrando quod imo magna est differētia inter istas personas, & quod non possunt æquiparari, tum quia habent impedimentum a uariis causis diuersis & separatis, tū quia etiam mutus aliquos actus prohibetur facere quos surdus facere potest, & e contrario, item muti & surdi multos actus possunt facere quos nullo modo possunt infantes, & plærunque etiam pupilli, & istis aductis in contrariū non respondetur per distinctionem Bar.

218 Propterea † aliter resoluenda est hæc quæstio & constituenda est regula contra doct. quod dictæ personæ non æquiparantur, & quod inter se differunt in causis impedimentorum, & in confectione actuum, solum autem potest admitti æquiparatio quādo tractatur de impedimento intelligentiæ, ut quia mutus & surdus non habeāt intelligentiam, quod non contingit præcise ex solo impedimento loquelæ & auditus, sed ex alio impedimento circa loca intellectus & sensuum contingentia, & propterea dicendum est quod regulariter tales personæ non æquiparātur neque in causis impedimentorum, neque in potestate conficiendorum actuum, neque in ipsis actibus.

219 Fallit quando † in mutis & surdis interuenit impedimētum intelligentiæ, quia ultra defectus loquelæ uel auditus habent & etiam aliud sensum intellectus occupatum, ut non habeant cognitionem negotiorum. nam tunc in hoc casu potest procedere æquiparatio, quoniam tunc causa impedimenti dicitur esse eadem quæ est in infante & furioso & pupillo, & in tali limitatione oportet dare distinctionem secundum impedimentum læue uel plenum uel plenissimum, & potest procedere distinctio Bart.

Tamen nec etiam in hoc solo subiecto quādo est defectus intelligentiæ doctrina Bart. ex toto potest
220 procedere. † Quoniam oportet primo distinguere in qua ætate reperiantur muti & surdi, & considerare cui debeāt æquiparari, propterea dicas quod aut mutus & surdus sunt infantes, & tunc nulla est dubitatio quod ipsi æquiparantur infantibus, quoniam sunt infantes & habent impedimentum intelligētiæ naturale & accidentale, sed tunc magis consideratur naturale. arg. l. qui habet. ff. de tutel. si uero mutus & surdus sunt pupilli, ad hoc generaliter debemus dicere quod æquiparantur infantibus, ex eo quia habent impedimentum accidētale quod occupat sensum intellectus. unde non possunt deuenire ad capacitatem pupillorum, si uero sunt maiores pupillari ætate & minores. 25. annis, tunc generaliter debemus dicere quod æquiparantur pupillis, quoniam propter impedimentum accidentale non possunt deuenire ad cognitionem quam naturaliter habent adolescentes, & ideo eis semper dabuntur curatores. d. §. item & mēte captis. sicut pupillis tutores, & iō nullum actū facere poterunt efficacem sine curatoris auctoritate, sicut nec ipsi pupilli, & in iis terminis non procedunt. l. mutus. de procuratoribus. & l. mutum. de acquiren. hæreditate. cum similibus.

221 Si uero muti † & surdi sunt maiores. 25. annis, & tunc sumus in terminis in quibus docto. loquuntur, quibus debeant æquiparari an infantibus pupillis uel adultis, unde in quæstione doctor. debes facere præsuppositum, quod muti & surdi erant maiores. 25. annis, & dubium est an debeant æquiparari infantibus uel pupillis, & Bart. posuit illos tres casus separatos.

222 Et causa † istius separationis fuit, quia mutus & surdus possunt habere defectum intelligentiæ propter impedimentum naturale & accidentale, impedimentum naturale appello quando mutus non habet impeditum alium sensum seu organum nisi ipsam loquelā, & solum organum seu meatū auditus, nā tunc ex tali impedimento non tollitur intelligentia totaliter, quia remanent organa & celulæ intellectus, sed solū inducitur quoddā impedimētum ad acquirendam intelligentiā propter conuersationem & practicam loquendi & intelligendi. Secundo pōt esse impedimentum accidentale ad intelligentiā, quia ultra quod organa loquendi seu audiendi sunt impedita, et propter abundantiam causæ efficientis occupantur alia organa, & celulæ intellectus, ut ex hac superabundantia impediatur habere intelligentiam, prout euenit furiosis & mente captis, & cum sæpe possit contingere quod super abundantia impedimenti egrediatur organa loquendi uel audiendi, & occupet atque etiam impediat celulas & organa intellectus, euenit quod muti & surdi non intelligunt quod agunt penitus, uel cum aliqua diminutione.

223 Et de istis † mutis & surdis ita per accidens impeditis ex super abūdantia materiæ intelligitur tota dist. Bar. in qua cōstituūtur illi tres casus. Primus est quando mutus & surdus habet omnes meatus capitis occupatos ut nullo modo intelligat quod agat, & tunc æquiparatur infanti secundum omnes, ex eo quia caret penitus intellectu, ut dicitur in d. l. seruo inuito. §. pe. in fi. infra ad Trebellia. & in eo saluātur omnia quæ contingunt in infante, excepto quod ei datur curator quamuis sit maior. 25. annis, ut supra declaraui.

224 Secundus casus est † ubicunque dictus mutus & surdus hēt occupatos meatus seu organa intellectus tamen non in totum, quia aliqualiter ipse possit intelligere, & tunc licet sit maior uigintiquinque annis, tamen æquiparatur pupillo, per tex. in d. l. Fulcinius. §. adeo. ex quibus caus. in poss. eatur. & l. 1. in fine. supra titulo primo. & ideo sicut in pupillo actus concipitur in eius persona cum interuentu authoritatis tutoris, eodem modo & in surdo & muto poterit concipi actus cum interuentu authoritatis curatoris, quia de necessitate semper tales muti & surdi requirunt curatorem. dicto §. item mente captis. institutio. de curato. sicut & semper pupillis dantur tutores, & facit dicta lex. dabimus. de priuileg. credito. & dicta lex. cui eorum. cum sequentibus. ff. de postuland. & dicta lex. prima. §. æque. ff. de muneri. & hono. quæ præsupponunt omnibus surdis & mutis dari curatores, & hanc necessitatē uidetur inducere. tex. in d. §. itē furiosus. inst. de curat. & non separauit istos habentes debilitatū in-

tellectum ab illis qui habebant omnimodo impeditum, quia uere appellarentur furiosi uel mente capti, & comprobatur, quia & prodigo datur curator qui tamen uidetur plene intelligere, & de istis mutis & surdis cum debilitato intellectu non intelligitur tex. in d.l. mutus. de procuratorib. neque in d.l. mutum. de acq. hære. cum simil. supra adductis.

225 Tertius casus est † ubicunque isti muti & surdi habent meatus intellectus non impeditos, & solum habent sensum & organa linguæ & auditus impedita, quo casu ipsi habent intelligentiam plenam ex se, tamen propter defectum auditus uel loquelæ per experientiam impediuntur capere illam plenam intelligentiam quam habent cæteri omnes non impediti, & isti uidentur per Bar. æquiparari pupillis propter eandem rationem, quia ex illo defectu indigēt curatore.

Sed Areti. in d.l. mutū. adducit multa contra Bar. dicens quod tales habentes intellectum non occupatum æquiparari debent maioribus, sicut & ipsi sunt maiores xxv. annis, & sequuntur communiter * docto. hic, per dictam l. mutum. quæ uidetur in terminis contra Bar. ubi uidetur istis contradicere, & Paulus de Castro miratur de hoc dicto Barto. & dicit quod Angelus & Bald. quos ipse sequitur eum reprehendunt, & idem faciunt Alex. Alcia. & Rippa hic, & communiter docto. per multa quæ hic adducit Alex. & refert Rippa. nam primo contra Bar. facit tex. in d. l. mutum, ubi possunt soli muti & surdi acquirere hæreditatem & bonorum possessionem, & tamen pupillus non potest. l. potuit. C. qui admitti, & l. 1. ff. de bon. poss. infanti uel furioso. Sed Ruy. respondet defendendo aliqualiter Bar. quod ista procedunt quando non fuit datus curator, quia tunc omnia gerunt, secus autem si datus sit curator. d.l fi. ff. de bon. possessio. infanti uel furioso, & facit lex is cui bonis. infra eod. si uero habent curatores tūc æquiparantur pupillo. argu. l. si curatorem habens. C. de in integ. resti. mino.

Secundo contra Bart. adducit, quia mutus & surdus potest contrahere matrimonium. d. ca. cū apud. & cap. tuæ. de sponsalibus. secus in pupillo. ut instit. de nup. §. 1. sed ad hoc responderi potest quod æquiparatio non procedit in matrimonio, quoniam curatores in eo nihil iuris habent sicut nec etiam interueniunt in adulto. l. in copulandis. C. de nuptiis. & etiā pupillus potest contrahere matrimonium si malitia supplet ætatem, ut in cap. Iuuenis. de sponsalib. tamen non eneruat totum contrarium de lege si curatorem habens, ut statim dicemus.

Tertio contra Bart. adducitur. d. l. mutus. de procuratoribus, coniuncta lege neque. C. de procuratori. sed potest responderi quod ille text. intelligitur interueniente curatore & aliis requisitis legalibus, si nescit scribere, sed si scit scribere tunc posset per epistolam uel aliam scripturam, argumento d.l. Discretis. & l. prima. §. 1. cum sequenti. ff. quod iussu.

Quarto contra Barto. facit, quia mutus & surdus possunt testari, quod non est in pupillo. l. qua de ætate. ff. de testam. coniuncta l. discretis. C. qui testamē. fact. possunt.

226 Sed respondet † Aret. quod æquiparatio fit quantum ad contractus non quantum ad ultimas uoluntates, in quibus alia regula traditur, & adulti existentes sub curatore testari possunt, & tamen alia negotia perficere non possunt. ut no. in d.l. qua de ætate. & proximus infantiæ potest stipulari & tamen testari non potest. d. §. si pupillus.

Quinto facit, quia muti & surdi possunt delinquere in ommittendo, & non subuenitur eis ultra organum impeditum. l. si quis in graui. §. multū supra ad senat. consul. Sylleia. & fortius etiam in committēdo adulterium delinquunt, & aliud simile delictum faciunt, pupilli uero non committunt hæc delicta, & si delinquunt subuenitur eis. cap. 1. de delictis puerorum. & in ommittendo semper omnibus subuenitur. l. si ex causa. §. interdum. supra de minoribus. sed Areti. respondet, quod æquiparatio procedit in contractibus non in delictis, quod tamen non tollit totum contrarium ut statim dicemus.

Sexto adducitur, quia muti & surdi possunt donare. l. id quod. §. pactus. ff. de donationi. secus in pupillo. l. contra iuris. §. 1. ff. de pact. sed respondetur per Ruy. quod procedit in illis qui non habēt curatorem, sed si haberent curatorem, tūc nō possent. arg. l. si curatorem habens. C. de in integ. resti. mino. & de necessitate mutis & surdis non præstantur curatores, sed tamen non aduertit quod allegando l. si curatorem habens. æquiparat eos adultis non autē pupillis, quia illa lex loquitur de adultis, & dum uult quod non cogantur habere curatores, ipse præsupponit quod non æquiparantur pupillis, sed quod æquiparantur maioribus, propterea apparet quod dicta conclusio est multum uaria, & quod docto. se inuoluunt, & inculcant hos duos casus, an æquiparētur muti & surdi pupillis uel potius æquiparentur adultis.

227 Propterea dicendum est † quod in hac distinctione Bar. & doct. fuere diminuti, & omniserunt unum casum, quando muti & surdi habent organa intellectus non impedita de per se, sed propter impedimētum in organis loquendi uel audiendi habent aliquē defectum in intelligentia, & cum facilitate possunt decipi, & subiici multis circūuentionibus. unde ideo dicendum est, quod si dicti muti & surdi habent aliqualiter impedita etiam organa & celulas intellectus, & tunc æquiparantur pupillis, quia non habent perfectum naturalem intellectum, & ideo non poterunt facere actus aliquos sine tutore uel curatore, sicut nec pupilli, & in iis terminis loquitur Bar. in hoc suo Secundo casu, & intelligi debent dicta doctor. & ad omnia adducta in contrarium per Are. unica debet dari responsio, quod procedunt in mutis & surdis qui non habent occupatum intellectum seu organa ipsius, tamen quia propter defectū linguæ uel auditus non possunt habere conuersationem & experientiam ad capiendam plenam intelligentiam, dicuntur aliqualiter non intelligere.

228 Et isti † debent æquiparari adultis, & in eis seruari debent omnia quæ a legibus disponuntur de adultis, ut in certis præiuditialibus casibus omnimodo habeant curatores ad actus spetiales per iudicem destinatos

stinatos, & omnes alios actus possunt facere sine curatoris authoritate, nisi forsan sit eis datus curator generalis. l. si curatorem habens. C. de in integrum restitutione minor. & ideo muti & surdi tales in certis spetialibus casibus debent habere curatores spetiales deputatos a iudice, in aliis uero nō coguntur habere curatores, & ideo de per se omnes actus gerere possunt sicut adulti usque ad uigesimum quintum annum, nisi forsan sit eis destinatus curator generalis. dicta lege si curatorem habens, & in iis terminis procedunt ea quæ adducuntur per Aretin. hic, quæ debent intelligi quando mutus & surdus habent intellectus organa non impedita, quia tunc debet æquiparari adultis, & procedunt omnia allegata prædicta, & in spetie dicta lex mutus. & dicta l. mutum & hanc etiam distinctionem & hunc tertium casum expresse posuit hic Socci. qui uoluit quod omnes dicti muti & surdi possint petere restitutionem in integrum si læsi fuere, quia æquiparantur minoribus quibus hoc remediū generaliter competit. ut in toto tit. ff. de minoribus. & est uera & multum rationabilis resolutio & tenenda, & hæc etiam uidetur esse ex mente Bartol. hic, qui non plenam uidetur facere æquiparationem de surdis & mutis ad pupillos, sed tamen per prædictum tertium casum additum melius declaratur eius intentio.

229 Tertius est casus † qui potest appellari quartus. quod si mutus & surdus perfecte intelligunt æquiparantur maioribus, & allegat tex. Bald. in l. mutum. ff. de acquirenda hæreditate. & l. mutus. de bono. possessione infanti uel furioso. sed tamen in cōtrariū faciunt iura supra allegata, quæ uidetur innuere quod ipsis semper dantur curatores. l. dabimus. & dicta. l. cui eorum, & dicto §. primo. de curatoribus. cum aliis supra adductis. Secundo facit, quia text. distinguit inter surdos & mente captos, ergo loquitur de surdis perfecte intelligentibus, quia alias non possent distingui a mente captis. Tertio facit dicta lex cui eorum, quæ dicit dandos esse curatores iis qui perpetuo laborant morbo. Aret. respondet ut ibi per eum, & hic refert Niger. secundo etiam Alcia. hic saluat Bartol. & doctor. dicens, quod illa iura restringuntur in casu isto, quo isti perfecte intelligunt, quæ restrictio uera uidetur, quoniam iura prædicta uolunt quod dentur curatores cum qualitate si suis negotiis superesse non possunt, ut probatur in §. fina. institutio. de hæredum qualita. & differentia. ibi, si nō intelligant quod agant, sed isti possunt sua negotia expedire, ergo non sunt dandi curatores, nec obstat secundum, quia mutus & surdus nullo modo intelligentes neque parum intelligentes possunt dici mente capti, cum mente capti habeant infirmitatem, & in intellectu tantum loquela & auditu interuenientibus, sed muti & surdi habent infirmitatem in organo linguæ, & auditus, & per talem infirmitatem impeditur discursus intellectus plus uel minus secūdum materiam infirmitatis, & possunt habere mentem sanā, quamuis propter defectus organorum linguæ & auditus possit impediri, non obstat tertium, quia impeditis dantur curatores si suis negotiis superesse non possunt, sed si possunt interesse lex non cogit eos accipere curatores, & sic cōclusio Bar. ab istis obiectis defendi potest.

Tamen contra eum potest instari, quia illud exemplum positum per eum de Lælio de Gabrielibus est satis nouum & singulare, & in mille annis semel reperiri non potest. unde conclusio sua fundata fuit in casu nimis singulari & de raro contingentibus, quod non facit regulam generalem, per l. quæ de raro. ff. de legi. & l. nam ad ea. ff. eod. tit. sed potest responderi quod imo ille casus potest contingere sæpe, frequentius tamen potest euenire quod homines plene intelligentes ammittant linguam infirmitate uel abscisione, & surdi etiam ammittant auditum per infirmitatem. ut not. in d. l. discretis, & tunc remanebunt plenæ intelligentiæ, & non uidetur esse necessarium quod eis dentur curatores. dicta lege discretis. & ideo adhuc uidetur quod possit sustineri conclusio Bartol.

230 Tamen tu plene † resoluēdo dicas, quod iste casus Bar. debet distingui, ut ex eo sumatur tertius quem proposuimus, & distingui quod aut est mutus & surdus perfecte intelligens prout fuit ille Lælius de gabrielibus, & tunc omnino procedit conclusio Barto. quia apparet quod propter defectum illum intellectus nullo modo impeditur, neque per experiētiam unius intelligit, quia nō loquitur neque auditur, quoniam magis debent intellligere quam ueri loquētes & ideo in eo omnimodo procedit conclusio Bar. & idem dicemus de muto cui abscissa est lingua, quoniam impedimentum nullum recepit in intellectu, sed tamen si propter infirmitatem apoplexiæ superueniat talis infirmitas uel surditas, aliquando retinent plenum intellectū, & aliquando ammittunt, ut ego uidi Salerni in uno qui retinuit plenum intellectū, in alio uero obtusus fuit aliqualiter intellectus, regulariter autem dicendū est, quod conclusio Bar. non est uera, ex eo quia si naturale est tale impedimentum, necessario etiam propter experientiam impeditur discursus intellectus, cum non possit conuersari, & subiiciatur fallatiis & deceptionibus.

Et propterea constituenda est regula, quod muti & surdi a natura uel etiam surdi tantum æquiparantur adultis, idest minoribus. 25. annis, & ideo eis possunt dari curatores in casibus ualde præiuditialibus, in reliquis uero ipsi possunt gerere negotia sua, sed tamen si læduntur habebunt restitutionem in integrum sicut & minores, si tamen eueniat quod habeāt plenam perspicatiam ut in Lælio de gabrielibus & tunc conclusio Bar. procedere potest, ut omnino æquiparētur maioribus, & omnia negotia gerere possint sine curatore, & cum hac distinctione resoluuntur omnia contraria, & remanet articulus multū clarus, & hæc sufficiant de hoc principio.

Io. Bolognetus Messanæ legens die 24. Decembris. 1569. in xi. lectionibus.

SVMMARIVM.

1 In hoc §. prosequitur materiam propositã declarandi qualitatem substantialem in stipulatione.

2 In hoc §. specialiter tractatur de qualitatibus necessarijs ad formam stipulationis.

3 Duæ sunt qualitates in forma stipulationis, ordo, & congruentia responsionis, & quadruplex requiritur congruentia.

4 Congruentia principaliter requiritur in prolatione uerborum interrogatio.

5 Responsio ad interrogata potest fieri duobus modis, per uerba affirmatiua, & per uerba negatiua.

6 Responsio per uerba affirmatiua potest fieri cum quinque diuersis orationibus hic relatis.

7 Responsio fieri potest affirmatiue referendo omnia uerba responsionis.

8 Responsio affirmatiua fieri potest referendo unum uerbũ tantum de interrogatione.

9 Responsio affirmatiua fieri potest dicendo quid uis faciam.

10 Responsio affirmatiua fieri potest per aduerbia affirmantia.

11 Responsio affirmatiua fieri potest per uerba denotantia consensum.

12 Responsio negatiua negatiuis uerbis fieri potest quinq; orationibus seu dictionibus.

13 Responsio negatiua fieri potest negando inducentia uoluntatem.

14 Respõsio negatiuis uerbis fit dicendo, nihil proponis cur non promittam?

15 Responsio negatiuis uerbis fit dicendo cur non? & quare non?

16 Responsio uerbis negatiuis fit dicendo, ad quid non promitto & quare non promitto?

17 Responsio negatiuis uerbis fieri potest dicendo quid ni?

18 Responsio fieri potest prædictis uerbis & omnibus alijs uerbis habentibus implicitam promissionem affirmatiuam.

19 Solennitas responsionis circa identitatem uerborum in totum tempore Vlpiani erat sublata.

20 Agens est liberum quando agens est liberum & patiens bene dispositum incontinenti agit.

21 Negatiua quicquid inuenit destruit & totum contrarium inducit.

22 Intellectus cõmunis quod hic responsio sit facta per uerba negatiua oppugnatur ex aliquibus.

23 Secundus traditur intellectus quod dictio (quid ni) exponatur, idest certe, qui reprehenditur.

24 Communis intellectus approbatur & defenditur respõdendo obiectis.

25 Diuiditur & summatur.

26 Casus figuratur in prima parte enucleans decisionem, quod decisio potest fieri per uerba negatiua.

27 Casus figuratur in secunda parte enucleans decisionem ipsius.

28 Stipulatio potest confici per omnes responsiones affirmatiuas.

29 Stipulatio potest confici per omnes responsiones negatiuas habentes inclusam affirmatiuam.

30 Stipulatio in lege uel statutis an possit prohiberi discutitur.

31 Argumentum a contrario sensu an sit prohibitum quando statutum dictat quod uerba intelligatur ut iacent.

32 Noua traditur distinctio quando argumentum a contrario sensu uel alia interpretatio sit prohibita.

33 Responsio facta per uerba negatiua inducit affirmatiuam promissionem a contrario, etiam quod sit prohibita interpretatio.

34 Responsio facta per uerba negatiua inducit affirmatiuam promissionem per contrarium ad perfectionem matrimonij.

35 Verba solennia in matrimonio licet sint usitata, tamen non sunt pro forma substantiali obseruanda.

36 Responsio per uerba negatiua inducit affirmatiuam promissionem, si talem interpretationem assumunt a communi usu loquendi, secus si a priuata uoluntate.

37 Verba donec terra cooperiat oculos, intelligũtur cõmuniter de morte, ideo non uerificantur si uiuus bibat urceolo uel faciat proijci sibi terram super oculos.

38 Significatio attributa uerbis ab una parte tantum nihil operatur, quia est propositum in mente retentum.

39 Interrogatio dubia suppletur per responsionẽ & quãdo.

40 Responsio facta impersonaliter, promittuntur, an perficiant stipulationem.

41 Verba, promittuntur per me, idem significant quod uerba ego promitto.

42 Verba Pãfilo non consentio, an inducant promissionem in alia re petita.

43 Negatio de uno ex oppositis inducit confessionem de alio.

44 Negatio de uno ex obiectis inducit confessionem tacitã de alio in se, sed ex uerbis expressis proueniente.

45 Testator interrogatus an uelit relinquere bona tali, & respondeat quid ni, an recte testamentum facere dicatur, etiam refertur theorica, Soc. & Ias.

46 Testamentum quod non possit fieri ad interrogationem alterius late discutitur.

47 Interrogatio de complici facta in tortura inducit suggestionem & confessionem reprobatam seu suspectam.

48 Gloss. in l. iubemus. C. de testa. communiter approbatur quod testamẽtũ ad interrogationẽ notarij fieri possiet.

49 Testator potest induci blando sermone ad instituendum aliquem.

50 Cornei distinctio refertur an testamentum ualeat ad interrogationẽ alterius, quæ ex multis reprehenditur.

51 Iure digestorum non poterat fieri testamentum ad interrogationem alterius neque legata quia requirebantur uerba solennia.

52 Testamentum in scriptis occultum nec ad interrogationem alterius fieri potest.

53 Post Constantinum recte cepit dubitari an testamentũ posset fieri ad interrogationem alterius. propter l. quoniam indignum. C. de testa.

54 Testator uocans notarium & ei dictans testamentum ad interrogationem ipsius notarij postea illud omnino facere potest.

55 Testamentum ad interrogationem alterius non nominantis certam personam fieri potest.

56 Testamentum ad interrogationem uenientium ab intesto pauco uariato fieri potest.

108 *Mutuum factum de undecim, nisi iu decem solutis intelligitur, & in uno ualet ut donatio.*

109 *Defenditur communis opinio, quod si stipulatio ualet in una re in alia non ualeat ut pactum, si non fuit responsum.*

110 *Effectus multiplex refertur quod nulla nascatur obligatio naturalis.*

111 *Annuere quomodo quis dicatur sine uerbis declaratur per gl. & doc.*

112 *Capite quis dicitur annuere tribus modis hic relatis et consensus ostenditur quando inclinat uersus pectus.*

113 *Humeris quis dicitur annuere tribus modis, & inclinando personam uersus partem dicitur consentire.*

114 *Propter tam uarios modos demostrandi intentionem lex ciuilis cum ratione uoluit quod in stipulatione interueniant uerba formalia.*

115 *Per signa inducitur expressus consensus, sed non uerbalis.*

116 *Duæ sol. glo. ad contraria referuntur per Bar.*

117 *Theorica Bart. in articulo, si non ualet quod ago ut ago ualeat ut ualere potest, refertur & ordinatur reducendo ad sex casus & ponendo regulam negatiuam.*

118 *Alio modo ordinatur per doc. ponēdo regulam negatiuam quod ualeat.*

119 *Si disponentes faciunt actum qui possit ualere & non ualere, in dubio præsumuntur uoluisse illum actum ualidum facere, & ualidius quam possit.*

120 *Si disponentes faciant actum quem sciant de iure non ualere præsumuntur uoluisse facere eo modo quo ualere potest.*

121 *Si disponentes dicunt se uelle facere actum nominatum, & postea faciant operationes conuenientes alteri, præsumuntur uoluisse facere illum cui operationes conueniunt.*

122 *Si disponentes dicunt uelle facere actum quem possunt facere, & conueniant operationes, si non ualeat, an præsumantur uelle ualere ut potest, late discutitur.*

123 *Clausula exprimens alium modum facit si non ualet eo modo ualeat in alium modum positum in gl.*

124 *Clausula, omni meliori modo, facit ualere actum omni meliori modo quo poterit.*

125 *Clausula (omni meliori modo) non ualidat actum quando lex resistit.*

126 *Intellectus ad cap. primum de postul. prælat. in sexto. declaratur.*

127 *Testamentum factum a filio familias cum consensu patris, an si apponatur clausula, omni meliori modo, ualeat ut donatio, causa mortis late discutitur.*

128 *Clausula, omni meliori modo, an faciat donationem ualere inter patrem & filium non apposito iuramento.*

129 *Clausula, omni meliori modo, non porrigitur ad casus incogitatos qui ualere poterant.*

130 *Clausula, omni meliori modo, nihil operatur quando disponens se restrinxit ad actum inutilem.*

131 *Si actus qui geritur conuenit cum eo qui ualere potest in modo concipiendi, & differt ab eo in utilitate, tūc ualet eo modo quo potest, secundum Bar.*

132 *Intellectus Bart. ad l. si tam angusti. ff. de serui. reprehenditur.*

133 *Intellectus alius datur, quod ibi ideo ualet ut iter, quia lato sumpto uocabulo continetur, qui etiam reprehēditur, quoniam iter non continetur sub uia.*

134 *Intellectus alius refertur, quod uia in genere sumpta comprehendit iter, qui etiam reprehenditur.*

135 *Intellectus alius datur quod ibi dispositio de uia uerificatur de itinere, quia ad oculum corporis per locum angustum demonstratur, qui late examinatur & defenditur.*

136 *Intellectus alius refertur parum distans, quod ibi nominando uiam uidetur nominasse iter, qui etiam reprehenditur.*

137 *Nouus datur intellectus, quod ibi ualet ut iter, quia cognoscebant quod non poterat ualere, ut uia, ideo nominando uiam intellexerunt de itinere.*

138 *Testamentum factum si non ualet ut agitur nec ualet ut ualere potest, secundum Bar. qui tamē oppugnatur ex multis.*

139 *Testamentum factum iure communi si non ualet ut agitur ualet iure militari.*

140 *Testamentum in scriptis si non ualet ut agitur ualet sine scriptis, & idem si non ualet iure communi, ualet ut testamentum inter liberos.*

141 *Testamentum ualet eo modo quo potest quando non fit transitus in aliam spetiem, secus si fit transitus, secū dum Ias. qui reprehenditur.*

142 *Testamentum non ualet ut codicilli, quia mutatur modus succedendi, & uariatur hæres, secus si non mutatur,*

143 *Limitatio alia Alci. reprehenditur, & confirmatur regula generalis*

144 *Vltima uoluntas particularis si non ualet, ut ualet, ualet ut ualere potest, secundum Bart. qui defenditur ab obiectis.*

145 *Differentia inter totalem & particularem ultimam uoluntatem an de iure procedat.*

146 *Intellectus ad l. si seruus legatus. §. si seruus alienus, declaratur ut non obstet,*

147 *Vltima uoluntas particularis si non ualet ut agitur neque ualet ut ualere potest, quando actus est maior.*

148 *Iura allegata per Bartol. non probant, quia in eis ualet alio modo, quoniā sciebat testator quod eo modo quo agebatur ualere non poterat.*

149 *Si filiusfamilias facit testamentum cum consensu patris an ualeat ut donatio causa mortis, nouiter declaratur.*

150 *Contractus inter uiuos si non ualent ut aguntur neque etiam ualent alio modo, quicunque sit defectus secundum Bar.*

151 *Defectus in forma an impediat ualere actum ut potest, late discutitur & concluditur quod ualet si faciant operationes contrarias actui.*

152 *Defectus in forma non impédit ualere eo modo quo potest, quando contrahentes sciunt illo modo ualere non posse.*

153 *Si actus non ualet propter defectum causæ efficientis, ualet ut ualere potest cum illo defectu.*

154 *Si actus non ualeat propter defectum personæ cui acquiritur, producit naturalem obligationem.*

155 *Si actus est nullus propter defectum rei seu materiæ subiectiuæ producit naturalem obligationem.*

156 Conclusio Bar. quod contractus non ualet ut ualere potest procedit tantum quando est defectus formæ & materiæ consensus, secus si est alius defectus.
157 Si actus pertinens ad obligationem dissoluendam deficit in forma non ualet ut ualere potest secundum Bar. limitatur in omnibus ut supra.
158 Regula Bartol. de obligatione dissoluenda procedit & limitatur sicut quando agitur de obligatione inducenda.
159 Si actus liberatorius deficit in causa efficiente ualet ut ualere potest.
160 Si actus liberatorius deficit in persona cui acquiritur ualet ut ualere potest.
161 Si actus liberatorius deficit in re ualet ut ualere potest.
162 Labor Bar. fuit inanis distinguendo inter actum obligatorium & liberatorium, quoniam eadem est regula & eædem limitationes.
163 Communis omniũ opinio quod defectus in forma impediat actum ualere eo modo quo potest, impugnatur & falsa demostratur, quoniã ab alio principio hoc cognoscitur.
164 Iuramentum facit ualere actum omni meliori modo, & respondetur obiectis.
165 Iuramentum non inducit consensum ad pactũ uel alium actum, sed demonstrat iurantem habere uoluntatem vt valeat omni meliori modo.
166 Iuramentum non supplet formam sed demonstrat uoluntatem iurantis esse faciendi illum actum qui valere potest.
167 Intellectus. l. cum pater. §. filius matrem. per responsiones declaratur.
168 Iuramentum facit ualere actum uno modo, non autem inducit plures actus.
169 Iuramentum facit ualere stipulationem ut pactum ex cõsensu formatum, & sunt omnees effectus pacti.
170 Iuramẽtum inducit pactum uerum quod habet actionem de iure canonico.
171 Iuramentum super stipulatione appositum quando facit eam ualere ut pactum, illud pactum esse iuratum ex multis demonstratur.
172 Discussio doc. in hoc articulo an actus ualeat ut ualere potest, quanto maior fuit tanto maiorem in eo induxit confusionem.
173 In hoc articulo ante omnia est considerandum a quo principio dependeat, & uerum est principium quod dependet a voluntate disponentium, quæ ideo inquirẽda est per coniecturas.
174 Prima est coniectura quod valeat ut ualere potest, quando actus eo modo quo agitur ualere non potest ex quocunque defectu.
175 Nemo præsumitur velle facere actum nugatorium quando scit non valere.
176 Secunda est coniectura, quando nominant vnum actum & faciunt operationes conuenientes alteri, quia præsumuntur per verba impropria nominasse.
177 Tertia est coniectura quando demonstrant subiectum inhabile actui nominato, quia præsumuntur velle facere actum cui conuenit subiectum.
178 Quarta est coniectura, quando interuenit causa inducens enixam voluntatem.
179 Quinta est coniectura, quando causa est fauorabilis sui natura inducens stimulum & enixam uoluntatem.
180 Sexta est coniectura, quando dixit velle valere omni meliori modo.
181 Septima est coniectura, quando est appositum iuramentum.
182 Pro contraria parte quod noluerint valere alio modo sunt etiam coniecturæ, & prima est, quando disponentes se restrinxerunt ad illum actum.
183 Quæ verba requirantur ad demonstrandum quod voluerint se restringere, declaratur.
184 Secunda est coniectura, quando inter actum qui geritur, & alium est multa distantia, vel mutatur modus dinendi.
185 Tertia est coniectura, quãdo actus qui valere potest esset maior expresso.
186 Quarta est coniectnra, quando actus qui valere potest est multum insolitus.
187 Quinta est coniectura, quando actus est odiosus. quia nõ præsumitur enixa voluntas.
188 Sexta est coniectura secundum doc. quando actus nominatus peccat in forma quam non esse veram demostratur ex multis.
189 Duæ sunt constituendæ regulæ pro totali resolutione articuli.
190 Regula fienda est affirmatiua, quod semper disponentes præsumuntur velle valere actum omni meliori modo, quando non exceditur nominatus etiam impropriando verba.
191 Si apposita est clausula, quod ualeat alio modo, vel clausula, omni meliori modo, ualet secundum verba.
192 Quæ regula sit constituenda hic affirmatiua vel negatiua variauerunt, doe. & commu. tenent quod in dubio præsumuntur voluisse facere actum eo modo quo potest valere.
193 Regula negatiua est constituenda, quod in dubio actus non valet alio modo quam geratur, ampliatur & fallit vt ex coniecturis apparet.
194 Stipulatio si apponatur super cõtractu alio non impedit si non valet nasci actionem ex alio contractu etiam quod fiat a muto.
195 Mutus potest facere omnes contractus iure gentium.
196 Si stipulatio apponatur super contractu confessato, & sit nulla, tunc etiam nulla obligatio ex illo instrumento nascitur, nisi statuta aliter dicant.
197 Mutus stipulationem facere non potest, tamen ex præsumpta mente valebit vt pactum, quod nouiter declaratur.
198 Mutus ideo potest facere alios contractus quia consensus omnibus signis demonstrari potest.
199 Stipulatio habens mixturam alterius contractus licet nullam ex se producat obligationem, tamen non impedit ordinarias nasci ex contractu.
200 Stipulatio simplex si est inualida nullam producit obligationem.
201 Stipulatio facta ex causa liberalitatis an sit simplex vel habeat mixturã, declaratur referendo opiniones.
202 Tex. noster nimis restringitur quod hic sit facta stipulatio ex causa liberalitatis.
203 Stipulatio facta causa liberalitatis facit contractum donationis, si præcessit tractatus, alioquin remanet simplex stipulatio.

Lex prima. §. si quis ita. ff. de uerb. oblig.



1 N hoc. §. Vlpianus † prosequitur materiam propositam, declarãdi qualitates necessarias ad substantialia stipulationis, & eam perficiendam, ut apparere possint effectus uerborũ obligationis ex ea descendentis, nam cum in principio dixisset de qualitatibus necessariis in causa efficiente, ut in contrahẽtibus interuenire deberet loquutio uerbalis, auditus naturalis, & intelligentia, & postea in §. qui præsens. dixisset qualitates necessarias ad causam solennitatis, ut ad solẽnitatem perficiendam interueniret præsentia partium & unicus contextus, ac etiam tertio implicite dixisset de qualitatibus necessariis ad causam materialem, ut interueniret consensus uerbis expressus, sequebatur ut declararet qualitates necessarias ad causam formalem.

2 Ideo subiecit† §. nostrum. cum aliis seq. usque ad fi. in quo declarauit qualitates necessarias ad formã stipulationis. Quæ duæ sunt, † ordo in interrogatione & responsione, & congruentia responsionis. Sed quia congruentia quatuor modis requiritur, ideo per quatuor. §§. declarauit. Namprima est congruentia, quod responsio sit uerbis expressa sicut & ĩterrogatio, alioquin stipulatio sit nulla, ut nec naturalem obligationem producere possit. Secunda requiritur congruentia in modo, ut sicut interrogatur pure ita respondeatur pure, cum, si respõdeatur sub conditione, stipulatio sit nulla, & quomodo diuersitas ista uitiet stipulationem ponitur in §. si quis simpliciter. Tertio in forma responsionis requiritur cõgruentia in re ipsa, ut responsio sit de re de qua est facta interrogatio, & quomodo hæc diuersitas uitiet ponitur in §. si quis stipulanti, & §. sed si mihi. infra. Quarto requiritur congruentia in lingua uel in significatione uerborum, si diuersis linguis fiat stipulatio, & qualiter hæc diuersitas uitiet uel compleat stipulationem ponitur in §. fina. per quæ omnia necessaria ad formam stipulationis remanent declarata. 3

In præsentiarum autem uidendum est de ordine & congruentia uerbali, ordo autem est ut præcedere debeat interrogatio & responsio. l. obligamur. §. uerbis. supra titulo primo. & l. prima. C. de usur. & l. quinta. §. stipulatio. infra eodem. & not. institutio. eodem. in princip. taliter quod peruersio ordinis uitiat stipulationem, ut per Bart. supra in prin. legis nostræ. in 1. quæstione.

4 Secunda† requiritur qualitas in congruentia, quæ ante omnia debet esse uerbalis, ut sicut uerbis interrogatur ita & cum uerbis respondeat, uerumtamen quia per uerba multis modis potest fieri responsio inducens consensum, dubitatum fuit apud Vlpianum an certa uerba necessario in responsione interuenire deberent, & ipse in hoc text. notabiliter determinat quod certa uerba non sunt necessaria ad responsionem, quia hæc solennitas antiqua sublata fuit, sed sufficit quod respondeatur per quæcunque uerba inducentia consensum & promissionem, unde dicit quod sufficit promissorem respondere per uerba quid ni, quæ tamen determinatio multum uidetur esse dubia, & uidetur esse aliena a dicta lege obligamur. §. uerbis, & a dicta lege quinta. §. stipulatio, quæ dicit responsionem debere esse ut quis promittat ea de quibus fuit interrogatus.

5 Quare † ad inueniendam resolutionem oportet ultra docto. præmittere, quod responsio ad interrogata inducens consensum potest fieri duobus modis principaliter, uno modo affirmatiue, ut per uerba affirmatiua respondeat & consensum præstet. Secundo per uerba negatiua quæ implicite consensum & pro-

& promiſsionem inducant.

6 Primus modus† reſpondendi poteſt fieri ex quinque diuerſis orationibus uel conceptionibus,& pri-
7 mo † ut quis in reſponſione referat omnia uerba interrogationis, ut ſi interrogatus ſit, promittis mihi dare fundum uel equum & ille reſpondeat promitto tibi dare fundum uel equum, & hæc eſt uera & propria reſponſio & naturalis, per quam nemo dubitat formam ſtipulationis adimpleri, dicta lege quinta. §. ſtipulatio. cum concordantibus.

8 Secundo modo † poteſt quis per uerba affirmatiua reſpondere proferendo unum uerbum tantum de interrogatione, ut ſi interrogatus ſit, uis mihi dare fundum cum tali conditione, & ille reſpondeat, promitto, nam hoc uerbum ſolum inducit formalem reſponſionem, quia alia uerba tacite uidentur eſſe repetita, ut eſt text. in terminis & not. ualde in. §. præterea. inſtitut. de inutil. ſtipulationibus. qui text. ampliatur procedere etiam in aliis uerbis interrogationis, reſpondendo expreſsis, ut probatur in leg. a filio §. fin. & in fine principii de alim. & cib. lega. ubi Iuriſconſultus interrogatus an cibaria certo modo ibi narrato relicta ab omnibus uiderentur relicta reſpõdet Iuriſconſultus ab omnibus, quod ſolum uerbum ut ibi gloſſ. & omnes dicunt continet integram reſponſionem. Idem probatur in l. uxorem. §. primo. in fin. ibi, non eſſe oneratum. de leg. tertio. ubi interrogatus Iuriſconſultus an aliquis eſſet oneratus in qualitatibus ibi expreſsis, reſpondet non eſſe oneratum, quæ uerba ut ibi gloſſ. & doc. dicunt continent perfectam reſponſionem ad interrogata & idem in l. Pamphilo. §. final. in fin. eodem titulo. ibi, non eſſe præſtanda, quæ uerba continent integram reſponſionem, & in l. poſt emancipationem, & leg. uxorem. eodem titu. ponuntur decem aliæ ſimiles reſponſiones imperfectæ quæ perficiuntur per interrogationem. cum aliis ſimilibus. unde apparet quod per quodcunque uerbum interrogationis expreſsiuum tota ipſa reſponſio facta uidetur, & perficitur ſtipulatio, idem etiam eſt in caſu econtrario, ſi forſan quis dixiſſet, promittis, & in reſponſione dixiſſet promitto tibi dare centum, ſtipulatio ualeret, quia per reſponſionem declaratur interrogatio, lege Aurelius. §. Sticho de lib. legata.

9 Tertio modo † poteſt fieri reſponſio per uerba affirmatiua, dicendo faciam quid uis. lege blanditus. C. de fideiuſſoribus. quæ reſponſio propter interrogationem præcedentem de uerbo, promitto, uidebatur extra propoſitum, & inferre quod in futurum uellet promittere, & ſic promiſsionem non induci. Iuxt. gloſſ. in leg. in ementis. C. de contra. empti. tamen ibi determinatur contrarium, quia uerbum, faciam, eſt executiuum. unde implicatur uerbum, promitto quod faciam, ut inſtitut. eod. in principio, & dixi in Rubric. Idem etiam eſſet ſi reſponderet facio quod uis, nam tunc uerbum facio, referretur ad promiſsionem non ad executionem, & exponeretur promitto, cum promittere ſit facere. quod tamen intellige quando plus non addidit, quia ſi addidiſſet faciam quod petis & omne aliud quod tibi placebit, tunc reſponſio non eſſet bona, neque induceret obligationem, tum quia non eſſet congruentia in re, tum quia eſſet adulatoria, ut eſt text. not. in capitulo cum ueniſſent. circa medium, & ibi not. extra de inſtitutionibus.

10 Quarto † per uerba affirmatiua reſponderi poteſt proferendo aduerbia affirmatiua, ut etiam, certe, maxime, ita, ſic, quæ omnia aduerbia denotant reſponſionem affirmatiuam implicantem promiſſionem, ut uoluit hic Alciat. numero tertio. & reliqui qui exponunt dictionem, quid ni, pro certe, & idem Alciat. num. 12. dum declarat legem Pamphylo. §. propoſitum, quæ poſuit reſponſionem uerbis græcis, & exponit Alciat. ideſt maxime, & ibi probatur, quod per omnia aduerbia affirmatiua poteſt fieri reſponſio.

11 Quinto modo † quis poteſt reſpondere per uerba affirmatiua ſignificantia conſenſum, dicendo conſentio, uolo, placet, & ſimilia, quæ ſunt apta ad inducendam obligationem. argumen. l. placet. C. de ſacr. ſanct. eccleſi. & l. prima. ibi, placitum & conſenſus. ff. de pactis, per quas quinque uerborum conceptiones conueniunt hic omnes, quod ſtipulatio perficeretur ſi eiſdem modis eſſet reſponſum, & licet non dicant neque probent, tamen per iſtum textum efficaciter probatur, ex eo quia ſi per uerba negatiua illa, quid ni, inducitur ſufficiens reſponſio, quanto magis hoc erit ſi per uerba affirmatiua ipſa fiat quæ directo & naturaliter conſenſum inducunt.

12 Secundo† principali modo poteſt reſponderi ad interrogata per uerba negatiua habentia incluſam affirmatiuam quæ conſenſum demonſtret & promiſsionem inducat, & hic modus etiam poteſt fie-
13 ri cum quinque conceptionibus diuerſis.† Prima eſt conceptio, ut ſi in reſponſione dicatur, non nego promittere, non contradico, non diſſentio, non poſſum denegare, quæ uerba habent incluſam affirmatiuam, ergo conſentio & promitto, ut probatur in l. cum antea. C. de arbitris, ibi partes ſcripſerunt ſententiam non diſplicere, & Bald. ibi not. & Paulus de Caſtro. & in l. in arbitris. in fin. eodem titulo. ut uideatur approbare ſententiam, & faciunt not. in capitul. fin. de probatio. dum dicitur, non diffiteor, ergo fateor, & ſi dicatur quod imo per talia uerba non inducitur promiſsio affirmatiua, quoniam placere & diſplicere, conſentire & diſſentire, contradicere & aſſentire, ſunt contraria, & habent in ſe medium non conſentire, neque diſſentire, non contradicere neque affirmare, ut declarat Bartol. in l. gerit. ff. de acquir. hæredi. num. 12. & allegat gloſſ. in l. prima. §. ſcientia. ff. de tributoria actione. ſed defendendo potes dicere, quod licet hoc ſit ordinarium, tamen aliquando inducitur contraria diſpoſitio, ſi præceſsit interrogatio uel aliquod aliud ſolenne in quo debeat eſſe firma & certa reſponſio, per l. cum prætor. ff. de iudi. & dicta l. cum antea. et ipſe met dixit in dicta l. gerit, numer. 13.

Ideo cum præcesserit interrogatio cui certa respon sio danda erat per uerba negantia uoluntatem inducitur uoluntas implicite.

14 Secundo modo † quis potest negatiuis uerbis respondere dicendo, nihil proponitur cur non promittam, uel non habeo causam non promittendi, nihil allegatur quod promittere non debeam, ut probatur in l. uxorem. §. concubinæ & §. finali ibi, nihil poni cur non deberentur, de legat. tertio. & §. testamento. in fin. & in §. hæredem in fin. cum multis concordantibus, in quibus per illa uerba Iurisconsultus, dicitur consentire, actum interrogationis præcedere.

15 Tertio modo † potest fieri responsio uerbis negatiuis, dicendo cur non, nam sensus est, quare non debeo promittere, & sequitur ergo promitto. l. testamento. in fin. ff. de alim. & ciba. leg. ibi, respondi cur non. & l. an inutilis. in principio. infra de acceptilatio. ibi, respondi cur non.

16 Quarto † potest fieri responsio negatiuis uerbis, dicendo quid non promitto, quare non promitto, & subintelligitur, ergo promitto, & probatur in lege prima. §. dixerit aliquis. ff. de publica. ibi, ad quid, gloss. exponit idest cur. Item probatur ratione præcedentis casus.

17 Quinto † potest quis respondere negatiuis uerbis dicendo, quid ni, nam tunc illa uerba exponuntur idest cur non, seu non habeo causam non promittendi, ergo promitto, ut hic per omnes per

18 quem † tex. apparet quod nedum cum hac conceptione, sed cum omnibus etiam præcedentibus conceptionibus negatiuis potest perfici responsio inducens congruam promissionem & sufficientem formam ad stipulationem, unde apparet quod multum ampliatur materia stipulationis circa congruē-

19 tiam responsionis. Et quod tempore † Vlpiani sublata erat solennitas uerborum, ut quis per idem uerbum teneretur respondere, & ratio istius deci-

20 sionis est. † Quia ubicunque agens est liberum & subiectum bene dispositum, incontinenti, & immediate agit & operatur secundum philosophos, & posuit Bartol. in l. serui electione. ff. de legat. primo. quem ibi sequuntur omnes. Sed quando quis respondet iam constat quod habet liberam uoluntatem & potestatem, & proferendo uerba negatiua demonstrat quod nullum est impedimentum, & subiectum est bene dispositum. ideo incontinenti agit & operatur faciendo promissionem congruentem.

21 Secunda † ratio adducitur, quia in istis responsionibus negatiuis negatur uoluntas promittendi, unde uidetur quod per uirtutem negatiuæ inducatur promissio, quia negatiua quicquid inuenit destruit & totum contrarium inducit, ut per gloss. in lege tertia. §. genera. ff. de acquir. possessio. & habetur in l. non est sine liberis. ff. de uerbo. significati. & dixi post omnes. in l. prima. §. huius rei. ff. de officio eius. dum disputaui, an inducatur per argumentum a contrario sensu contraria dispositio uel contradictoria, tamen hæc ratio secunda non uidetur generalis, ex eo quia illa regula quod negatiua destruit quod inuenit & totum contrarium inducit, procedit quando est plena negatio & interuenit dictio, non, ut per gl. in d. §. genera. & in exemplis supra positis omnibus non est dictio, non, quæ præcedat uerbum, promitto, ideo non uidetur sufficiens ratio, & prima magis uidetur concludere.

22 Propterea adhuc durat † maxima dubitatio, an hæc decisio sit uera, quod in materia requirente formam, ut in tex. nostro, uerba negatiua possint facere responsionem sufficientem cum obseruatione formæ. primo per dictam rationem, quia non sequitur, non promitto ergo consentio, & promitto, cum uideatur induci medium. Item, ut supra dixi, per tales responsiones negatiuas uenit responsio affirmatiua & promissio per subauditos intellectus a contrario sensu sumptos, qui totam promissionem tacitam faciũt. l. apud antiquos. cũ gl. C. de furt. & nihil de promissione in uerbis continetur. unde non uidetur sufficere ad inducendam formam, maxime in iis quæ sunt stricti iuris, ut probabetur in l. 1. per Deciũ in ultimo notab. C. de pac. & ipsemet posuit in d. §. huius rei. & per Bar. & omnes in l. omnes populi, de iustitia & iure. in 6. q. principali. & maxime, quia incerta dicitur esse cum possit inferre suum contradictorium tantum, & non contrariam dispositionem, ut per Decium in d. §. huius rei. ergo cum sit incerta promissio, & tota tacita, ut nullum uerbum affirmatiuum expressum habeat, non uidetur adimpleta forma, & per consequens stipulationem non ualere, sicut si per nutum uel aliis signis responsum fuisset. Tertio etiam facit quod habetur in d. l. 1. §. scientiã. ff. de tributo. actione, ubi etiam demonstratur dubietas responsionis quæ non potest perficere stipulationem. l. quicquid adstringēdæ. infra eo. ti. nostro & l. ueterib. ff. de pac. & cum habeamus regulam, quod forma non potest adimpleri per æquipollens, ut supra sæpius dictum fuit, & habetur in l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de lib. & posth. unde uidetur quod hæc responsio nullo mõ possit conuenire nedum tē pore Vlpiani sed neq; ẽt tempore Leonis, a quo fuit introductum ut stipulatio quibuscunque uerbis fieri posset. l. oẽs. C. de contrah. & cõmit. stip. nã intelligitur quibuscunq; uerbis aptis tamē, item quibuscũq; uerbis expressis inducentibus responsionem, hic aũt nullum uerbum fuit expressum de promissione.

23 Verũtamen † quia tex. iste multũ clarus est, & uidetur cõtra stimulũ calcitrari negãdo ꝙ talis promissio nõ ualeat & nõ causet stipulationē, cũ hãc respõ sionē separatã faciat a respõsione facta per nutũ & signa, ideo Alc. hic dabat secundũ intellectũ. nu. 3. dicẽs, quod hæc respõsio nõ est negatiua ut arbitrãtur Doc. quia tũc procederēt supra allegata, sed dicitur esse affirmatiua, ex eo quia illa dictio, quid ni, secũ dũ grãmaticos exponitur. i. certe, & quãdo promissio est per uerba affirmatiua tũc dicitur esse expressa, cũ saltē habeat unũ uerbũ expressum affirmatiuũ super quo põt fundari tota respõsio per interpretationē, & quia cõtinet repetitionem omniũ positorũ in interrogatione, d. §. præterea, instit. de inuti. stipul. facit lex Titia. §. idem respondet, supra eodem.

Et quãuis ut dicebat Alci. ethymologia diffinitionis uerbi, quid ni, uideatur esse. cur non, tamē ex cõi usu

usu loquendi exponitur pro, certe, qui seruari debet l. librorum. §. quod tamem cassius. supra de legat. 3. qui intellectus prima facie uidetur esse multum probabilis & applaudens auribus & sensui, & tenendus esset si assumptum Alcia. uerum esset quod ista dictio, quid ni, significaret idem quod dictio, certe, uel maxime, quia cessarent prædictæ difficultates, tamen non est uerum, quia nos non habemus text. probantem hanc significationem neque approbantem illum usum grammaticalem, qui non tollit quin hæc responsio sit negatiua de propria sui significatione, & exponatur cur non, quia dictio, quid, secundum eosdem grammaticos significat, cur, uel quare, & dictio, ni, significat, non, unde exponitur cur non, & apparet quod est responsio mere negatiua, & ille usus grammaticorum euenit propter effectum, quia licet sit responsio negatiua, tamen ex mente proferrentis implicat affirmatiuam, ut sit sensus, cur non promitto, ideo si non est ratio quare non promitto sequitur quod ego promitto, ideo habet effectum affirmatiuum, & merito per grammaticos pro breuiori locutione exponitur pro certe, sed non negatur, quin illa affirmatio non ueniat per subauditum intellectum, sicut solemus dicere de duabus negatiuis quæ faciunt affirmatiuam, quod non est ex propria natura, sed quia una negat aliam, & negando negationem per subauditum intellectum inducitur approbatio.

24 Quare † tenendus est intellectus communis, quod hæc dictio, quid ni, sit responsio negatiua, sed tamen quia per interpretationem & subauditionem implicat responsionem & promissionem affirmatiuam, ideo uidetur supplere totam formam stipulationis, ut uideatur habere interrogationem cum responsione conuenienti, & propterea notabiliter determinatur per istum tex. quod responsio negatiua implicite continens affirmatiuam per subauditionem seu interpretationem tacitam perficit stipulationem, & est seruata forma ipsius, nec obstat quod uideatur incongruentia, cum interrogatio sit affirmatiua, & hæc negatiua, quia licet appareat occulariter incongruentia, tamen in sensu dicitur esse congrua responsio, quia implicat affirmatiuam sufficientem. Non obstat quod sit tacita promissio, quia respondetur quod omnino non dicitur tacita, ex eo quia dependet a uerbis expressis negatiuis, unde habet primordium uerbale a quo sequitur postea per interpretationem congrua responsio, quod uidetur sufficere. argument. text. in dicto. §. præterea. institut. de inutil. stipulationibus. & illa tantummodo est mere tacita quæ non habet primordium uerborum expressorum, ut est illa quæ fit nutu, & signis, quod etiam notabiliter determinat iste tex. nec obstat quod sint uerba dubia, quia inter affirmatiuum, & negatiuum datur medium, quoniam tunc ex prolatione inducitur illud medium quod est contradictorium, & non contraria dispositio, quando simpliciter & per se proferuntur, secus autem quando proferuntur per responsionem ad interrogationem tacitam uel expressam, ut probatur in d. lege. cum antea. & l. ne in arbitris. C. de arbitris. ubi subscriptio facta ad sententiam, non displicet, quæ facit interrogationem tacitam operatur quod uidetur subscribere se illam sententiam approbare, & idem est quando fit interrogatio quæ requirit responsionem certã, nam respondendo per uerba negatiua quæ negant uoluntatẽ, ne uideatur elusoria responsio, necessario inferunt affirmationem, cum si induceretur illud medium, nihil operaretur responsio, & remaneret interrogatio inutilis, & sic apparet quod negatiua facta de uno contrario inducit contrariam dispositionem quando præcessit interrogatio tacita uel expressa, & hoc modo procedit text. in l. cum prætor, de iudi. & procedunt ea quæ late dixi in dicta l. 1. §. huius rei. supra de officio eius. ubi respondendo obiectis Decii tenui quod argumentum a contrario sensu inducit contrariam dispositionem & non suũ contradictorium, & hoc quoque probatur notabiliter ex isto tex. quia nisi induceretur contraria dispositio non esset data formalis responsio ad interrogata, & propterea sequitur quod responsio dicitur esse certa per interpretationem sumptam a responsione negatiua, & per hoc etiam tollitur aliud obiectum, quod uidetur esse indeliberata responsio, quia imo est facta cum deliberatione, quin imo cum maiori deliberatione quam si fiat per affirmatiua uerba, cum proferrendo negatiua demonstrat quod considerauit omnia impedientia uoluntatem, & cum postea dicat quod non impediunt suam uoluntatem, demonstrat expresse quod cum deliberatione consentit, & sic conclusio tex. remanet semper uera quod talis responsio perficit formam responsionis, & differt ab illa responsione quæ fit nutu uel signis.

25 Quibus sic stantibus † diuiditur iste text. in duas partes, in prima ponit de responsione, quid ni, an sufficiat, in secunda ponit de responsione quæ fit nutu uel uerbis uel signis. Secũda ibi, quod si sine. Summatur secundum Doctor. sufficit quo ad obligationem consensum colligi ex uerbis per interpretationem, secus si ex signis & nutu colligatur. quod summarium secundum aliquos non uidetur esse perfectum, quia non continet omnia, cum non exprimat de primordio uerborum necessario in responsione, neque ponat perfectam formam ipsius stipulationis. unde tu potes ita summare, ad perficiendam stipulationem necessaria est responsio uerbalis congrua interrogationi. Ideo si nutu uel signis fiat neque naturalis obligatio nascitur, sufficit tamen quod a uerbis expressis etiam negatiuis per interpretationem inducatur responsio congrua.

26 Casus ita breuiter † fingi potest. Fuit quæsitum ab Vlpiano qualis responsio debeat fieri ad hoc ut perficiatur forma stipulationis & an sufficiat responsio facta per quæcunque uerba affirmatiua uel negatiua, & in spetie per dictionem, quid ni, & uidebatur dicendum quod deberet esse multum solennis, & quod deberet fieri per idem met uerbum de quo facta fuit interrogatio, ut instit. eodem in princi. Secundo faciebat text. in lege quinta. §. stipulatio. infra eod. ubi determinatur quod eadem uerba ponantur in responsione quæ sunt

prolata in interrogatione. Tertio faciebat, quia saltem uidebatur esse proferrendum uerbum, promitto, dispositiuum, in quo cætera accessoria interrogationis uiderentur repetita. §. præterea. institu. de inutil. stipulationibus. Quarto faciebat text. infra in. §. sequenti. ubi responsio cum diuersa qualitate non ualet. Quinto faciebat, quia stipulatio fuit introducta ut promittens deliberate respondeat, ideo uidetur necessarium quod uerbum dispositiuum proferatur omnino cum aliis uerbis interrogationis, saltem tacite repetitis, cum alioquin per alia uerba non uideatur esse responsio certa, sed dubia. Sexto faciebat, quia stipulatio fuit introducta ut esset firmior contractus omnibus aliis, ergo ut hæc firmitas induceretur uidebatur necessarium, quod responsio deberet habere plenam congruentiam cum uerbis interrogationis. Septimo faciebat, quia forma non potest adimpleri per æquipollens, ergo responsio per alia uerba non uidetur sufficere. argument. text. in leg. qui hæredi. & leg. Mæuius. ff. de condit. & demonstrationi.

Iis tamen non obst. contrarium fuit determinatum in hoc tex. quod imo ad perficiendam formam stipulationis sufficiat quælibet responsio per quæcũque uerba facta tam affirmatiua quã negatiua, dummodo habeant implicitam promissionem & responsionem congruentem, & in spetie quod sufficit illa responsio facta per dictionem, quid ni, et ratio decidendi est, quia sufficit pro forma stipulationis quod interueniat congrua responsio a uerbis expressis sumpta quæ inducat promissionem sufficientem ad interrogationem, & ratio, quod responsio negatiua sufficiat, decidendi fuit, quia per illam denegatur uoluntas, & demonstratur non impedire promissionem, unde sequitur postea promissio, quia ubicunque agens est liberum & subiectum bene dispositum incontinenti agit, secundum philosophos. quos referunt & sequuntur Bartol. & doctor. in leg. serui electione. ff. de legat. primo. unde respondendo per uerba negatiua, quæ tollunt uoluntatem, demonstrant quod subiectum est dispositum, ideo incontinenti promittens qui liber est per interpretationem dicitur promittere, & ita adimplere formam stipulationis.

Non obstant allegata in contrarium, & primo quod requirantur uerba solennia, quia hoc erat de iure antiquissimo, sed tempore Vlpiani recesserat ab usu ut sufficeret responsio per quæcunque uerba facta, dummodo haberent congruum sensum promissionis, ut probatur in hoc textu & in. §. final. Non obstat lex quinta. §. stipulatio infra eodem, quia ibi referuntur ea quæ debent interuenire uel expresse uel saltem per interpretationem, unde non negat quin per uerba pauciora possit fieri responsio, quæ tamen habeant eundem sensum, non obstat dictus. §. præterea, quia non negat quin per alia uerba expressa possit induci repetitio eorum quæ in interrogatione ponuntur. ut dixi in præmissis, per textum in leg. Pamphilo. §. primo. & fin. & lege uxorem, de legatis tertio. cum similibus. Non obstat textus in lege sequenti. quia ibi responsio fuit congrua propter nouam conuentionem quando placuit illa diuersitas, item ibi responsio erat incongrua expresse, & per nullam interpretationem poterat induci congruentia, hic uero congruentia poterat induci per interpretationem & subauditionem tacitam. Non obstat quod hic tota responsio dispositiua sit tacita, quia istud non impedit formam adimpleri quando interuenit principium uerbale a quo descendit hæc tacita responsio, & solum dicitur in totum tacita quando nullum uerbum præcessit, ut in responsione quæ fit solo nutu uel signis, hic autem pars tacita tolleratur, quia per relationem ad interrogationem uidetur quasi uerbis generalibus expressa, stante principio solenni. argument. dicti. §. præterea. Non obstat quod sit propter deliberationem responsio uerbalis introducta, quia & hæc responsio est deliberata, & demonstratur per uerba expressa, imo si fiat per uerba negatiua uidetur maior deliberatio, quoniam demonstrauit non curare de contrariis, non obstat quod non sit certitudo, quia imo est certitudo referrendo eam ad interrogationem quæ uidetur esse repetita, & contraria procedunt quando est simplex prolatio uerborum, non autem quando responsio fit ad interrogata ut supra. Non obstat quod forma non adimpleatur per æquipollens, quia negatur, quod hic fiat per æquipollens, cum imo responsio fiat per uerba expressa. in quibus uerbis implicite continetur responsio integra congrua responsioni, & propterea remanet decisio tex. firma.

27 Sed iterum instatur † quid si nullum uerbum proferratur in responsione, & solum nutu uel signis respondeatur, utrum sit seruata forma, ut stipulatio ualeat, & ratio dubitandi erat & uidebatur dicendum quod & ipsa sufficeret, per conclusionem supra firmatam, quod tacita responsio compleat formam. Secundo faciebat textus infra in §. quod si adiicitur, ubi si placeat diuersitas perficitur stipulatio, ergo ex solo consensu præcedente interrogatione perficitur stipulatio. Tertio faciebat textus cum sua materia in lege sciendum. Infra eodem, ubi sufficit dicere se promisisse, & tota interrogatio uidetur interuenisse, & stipulationem complere. ergo eadem ratione ex interrogatione expressa uidetur perfici stipulatio, si responsio consensu demonstretur. Quarto facit textus in leg. cum ostendimus. §. fin. de fideiusso. tut. ubi ualet sine interrogatione, & responsione. Quinto uidebatur textus in lege nutu. infra de legat. tertio. ubi quæ fiunt nutu æquiparantur iis quæ fiunt uerbis, & testamentum in scriptis uidetur inducere legatum nutu, quia principale est scriptum.

Iis tamen non obstan. contrarium determinatur in text. quod imo talis stipulatio non ualeat, quia non est adimpleta forma, cum debeat fieri utroque loquente, ut supra eodem in prin. & hic promittens

non

non dicitur loqui. Non obstant contraria, & primo decisio facta in præcedenti casu, quia hic non fuit tacita responsio in totum, sed uerba fuere prolata a promittente, a quibus tota responsio congrua per interpretationem & subauditionem descendit, & ita forma fuit adimpleta, si uero nullum fuit uerbum prolatum, ut ipso non loquente facta fuerit responsio. Non obstat tex. in §. quod si adiicit, quia ibi tota forma interuenit, quoniam quando placuit diuersitas interrogatio extenditur ad totam responsionem, & ideo fuit uerbalis interrogatio, a qua sumitur repetitio totius responsionis quæ tolleratur in eodem instanti. l. lecta. uersi. dicebam. ff. si certum peta. Non obstat le. sciendum. cum materia, quia loquitur quando uerbum promisisse fuit scriptum post stipulationem perfectam, & per illam scripturam demonstratur quod precesserat tota solēnitas interrogationis, & responsionis, & sic tota forma uerbalis interuenit saltem per præsumptionem legis, nos loquimur in uerbo prolato tempore quo fit stipulatio, quia tunc ex uerbo (spondeo uel promitto) non inducitur interogatio, ut ibi dicemus. Non obstat lex cum ostendimus, quia illa procedit in stipulatione ficta, cum suis similibus, nos autem loquimur de stipulatione uera. non obstat lex nutu, quia ille tex loquitur de fideicommisis, quæ tempore digestorum non requirebant uerba pro forma, & etiam hodie procedit in legatis quæ eis sunt æquiparata, sed de iure antiquo nō procedebat, quoniam & in legatis uerba expressa requirebantur, ut plene habetur in Rub. ff. de leg. primo. & sic remanet conclusio, quod stipulatio ualet quando interuenit responsio per quæcunque uerba, sed quando nullum uerbū interuenit stipulatio est nulla, ut nec nascatur naturalis obligatio.

28 Notanda sunt† ex isto tex. duo in prima parte, unum tacitum, quod responsio in stipulatione est perfecta ubicunque fuit facta per uerba affirmatiua, etiam quod non fuerint relata uerba interrogationis, quoniam sufficit quod tacite uideantur repetita, & hoc probatur in tex. nostro, quia est necessarium antecedens ad suam decisionem, nam cum in eo determinatur sufficere responsionem per uerba negatiua (quid ni) a quibus affirmatiua responsio non potest induci nisi per subauditū intellectum & tacitam promissionem totam. ergo tanto fortius hoc idem erit in responsione facta per uerba affirmatiua, quæ directo demonstrant responsionem affirmatiuam & propriam promissionem, & quamuis non sint relata omnia uerba interrogationis, tamē illa de proprietate censentur repetita, per l. Titia. §. idem respondet. infra eod. & no. in dicto. §. præterea. insti. de inuti. stipulati. quæ conclusio procedit etiam quod non sit prolatum uerbum principale promissiuum, sed sit relatum quodcumque uerbum interrogationis, ut in dicta l. Pamphilo. §. j. & fi. & l. uxorem. §. testamēto. & §. sine hærede. de lega. 3. cum similibus supra allegatis. & etiam colligitur ex isto tex. inducendo ut supra.

29 Secundo notandum † est ex uerbis expresis ex isto tex. quod stipulatio perficitur cum responsione facta per uerba negatiua quæ possunt referendo ad interogationem habere implicitam affirmatiuam etiam per interpretationem, & subauditū intellectum, & ex ea nascitur obligatio omnis tā naturalis quam ciuilis, & fundamentum istius decisionis fuit traditum in figuratione casus in ratione decidendi, ubi etiam responsum fuit ad contraria, quia incontinenti quando agens est liberum, & subiectum bene dispositum incontinenti agit, & sic promittit, & propter interrogationē præcedentem (ne sit elusoria ipsa promissio, negando uoluntatem, inducitur contraria dispositio uoluntatis. argumento legis. cum prætor. de iudi. & eorum quæ diximus de contrario sensu in dicto §. huius rei.

30 Vnde ex hoc† tex. sequitur secundum Alciatū. hic, quod in materia stricti iuris etiam requirente uerba pro forma non est reiecta sana interpretatio quæ potest ex uerbis colligi, imo lex non potest reiicere illam. secundum Bal. in l. 2. §. iis legibus. supra de orig. iur. tex. dicit interpretationem esse necessariam in legibus, ergo non potest prohiberi ne efficiatur imposibilis.

Quod facit ad statutum prohibens interpretationem in eis fieri, & mandans quod intelligantur ad literā & prout iacent, quoniā nō erit prohibita interpretatio rationabilis, & est etiam decisio Bar. in l. oēs populi. col. fi. de iusti. & iur. cum similib. allegatis per Barb. in l. cum accutissimi. C. de fideicommiss. col. 80. & Cur. in consi. 9. col. 8.

31 Sed in contrariū facit† dictū Bal. in l. 2. C. de patribus qui filios distraxerunt qui dixit ꝙ uidetur prohibitū argumētū a contrario sensu, & sequitur Ias. in l. j. col. 3. ff. de officio eius. & Bal. in l. præcibus. C. de imp. & aliis substitutio. dixit, stantibus statutis talibus, ꝙ in expressa uulgari nō cōtinet tacita pupillaris, sequitur Alex. in l. i. ff. eo. titu. & sub simplicibus non cōprehendetur casus mixtus secūdū Ang. in l. si ita scriptū. ff. de lib. & posth. & Ias. in l. 2. in f. eo. Pro resolutione Alc dicebat, aut in statuto agimus de restrictione, & tunc licet militēt uerba & cessat ratio expressa uel quę sola pōt assignari iux. glo. in l. quāuis. C. de fideicommiss. statutū non cōprehendet illū casum, quia non uidetur dictū per statuentes ꝙ mete nō agitauerūt.

Et procedit quod consuluit Decius consil. 63. ubi decretum principis puniens rebellem & eius fratres factum ad finem ut tales magis abstergerētur respectu propinquorum non comprehendet fratrem inimicum rebellis, quia propter talē quis non abstergetur, aut agimus de extensione, & tunc si in statuto militat eadem ratio, extendetur quatenus uis uerborum importat etiam late, & intelligendo literaliter tamen. unde non comprehendetur quod uenit a contrario sensu, secundū Bald. & alios. & Decium in l. fœminæ. col. 3. uersi. 6. de reg. iur. &. consequenter appellatione masculorū non uenient fœminæ, quia illud non est intelligere literaliter, sed ex extensione ut concludit Bal. consi. 460. in 5. uol. Corneus consi. 14. col. penulti. lib. secundo. cum aliis hic adductis per eum, & ad

doctrinam Bar. in dicta l. omnes populi, respõdet quod non attinget uerba statuti ad literam debere intelligi, quia tale statutum multum operatur ultra ius commune, & recipit interpretationem rationabilem, sed tu dicas quod per talem distinctionem non est sublata argumentatio quæ fit ex tex. nostro, quoniam hic sumus in materia stricta, & de forma, & interuenit prohibitio legis, quod non habeat locum interpretatio, ut dictum fuit in principio, ubi superloqutione auditu, & intellectu prohibetur interpretatio, ut literalis loqutio, & auditus admitti non possit, & tamen prohibetur argumentum a contrario sensu quin inducat responsionem & perficiat formam, & in hoc casu tractamus tam de restrictione quam de extensione eorũ q̃ ponũtur in interrogatione & respõsione, ut patet ex exẽplis sup. adduc. & inf. adducẽdis.

32 Propterea † tu aliter resoluendo dicas, quod si statutum uel lex disponeret super interrogatione alterius, seu super actu formali quasi ad interrogationem inducto pro responsione, & tunc nunquam argumentum a contrario sensu est prohibitum, neque tacita dispositio per istum text. quia alias dispositio remaneret inutilis, colligendo argumentum ad contradictorium tantum, & quando statutum nihil operaretur semper procedit argumentum, ut per Decium in l. j. C. de pact. in ultino. super illo statuto non extantibus masculis fœminæ succedant. Facit etiam, quia indefinita æquipollet uniuersali in legibus ne remaneant inutiles, ut per Bar. in l. si pluribus. ff. de leg. 2. & tamen hoc fit per interpretationem, cum ex propria significatione equipolleat particulari, ut ibidem dicitur. Si uero statutũ simpliciter disponat de per se, & tunc potest procedere distinctio Alcia. supplendo tamen per ea quæ habentur in dicta l. omnes populi. circa finem. ubi etiam plene dixi. ff. de iusti. & iur.

33 Vnde habes † ampliationem ad tex. nostrum, quod responsio facta per uerba negatiua perficit stipulationem, ex argumento a contrario sensu, etiam quod interpretatio sit prohibita per legem generaliter. sed requiritur quod in spetie & præcise formalia uerba ponat iux. no. in capi. j. de electione in 6. & in clem. j. eo. tit.

34 Secundo infertur † ad matrimonia, si forsan interogatus uir an uellet talem uxorem respondeat per illos modos affirmatiuos uel negatiuos quod ualebit matrimonium, & e contrario si mulier interrogata de marito respondeat uno ex dictis modis, & probatur, quia in matrimonio concipiendo interueniunt illæ duæ stipulationes, & cum per tales responsiones perficiantur, similiter & matrimonium perficietur, & idem dicemus de sponsalibus quæ per stipulationem concipiuntur. l. 2. & 3. de sponsalibus. ut per tales responsiones uideantur perfecta.

35 Sed in contrarium † uidetur esse tex. in cap. cum inter. de sponsalib. ubi dicitur quod in matrimoniis usitata uerba interueniunt, uis, uolo, unde uidetur quod non possit recedi ab illa forma, & uidetur multũ applaudere auribus, ꝑpter dubietatem dictarum responsionum, tamen respondetur quod ille tex. portat secum solutionem, ex eo quia addit, & per alia uerba demonstrantia cõsensum, ideo Abb. ibi colligit ex illo tex. quod ad contrahẽdum matrimonium nõ sunt stabilita certa uerba formalia, propterea remanebit in generali dispositione iurium loquentiũ de stipulatione & cõsensu, & illatio remanebit ualida, ut inducatur alia ampliatio ad tex. quod procedat etiam in matrimoniis & in omnibus aliis causis spiritualibus in quibus interuenire debent responsiones nisi in spetie sint stabilita uerba formalia.

36 Prædicta tamen intelligi † debent quando per uerba apposita in talibus responsionibus ex communi usu loquendi inducitur talis affirmatiua, ꝑmissio uel dispositio, secus autem esset si proferẽs eis daret certum intellectum, & cum hac intentione proferret, ut patet in exemplis positis hic per Perusinos, quando quis promisit tractare aliquam ut uxorem donec terra cooperiat oculos suos, & postea discedens iuit in tabernam, & bibit cum urceolo, & cooperuit oculos putans adimpletam esse conditionẽ ut matrimonium sit extinctũ, sed tamen contrarium determinant ipsi, & bene, ex eo quia illa uerba (donec cooperiat terra oculos) secundum communem usum loquendi referũtur ad mortem quando humabitur corpus, ideo illa significatio accidentalis quando ex uoluntate cooperietur non attenditur.

37 Aliud exemplum † ponunt de pace facta a quibusdam Perusinis, qui promiserunt non offendere suos aduersarios donec terra cooperiat oculos suos, & donec uitæ durabunt, cum haberent uites in pectore, & tangerent postea pectus suum, & cũ discessissent unus fecit sibi cooperiri caput terra, & etiam uites combussit ut amplius non durarẽt prætendentes irritam esse pacem, tamen determinat postea contrarium, quod imo durabit pax, & contrafaciendo incidunt in pœnam, quia illa uerba (de terra) intelliguntur de morte ut supra, & non de illo accidentali casu, & illa uerba (uitæ nostræ) intelliguntur de uita naturali secundum cõmunem usum intelligendi non de uitibus.

38 Pro qua opinione † etiam facit, quia hæc significatio dictis uerbis fuit attributa ab una parte tãtum, unde propositum in mente retentum nihil operatur. l. si repetẽdi. C. de condictio ob causam. sed si fuisset actum inter ipsas partes ut haberent illam significationem accidentalem, tunc seruaretur inter ipsas, & reputaretur elusorium matrimonium atque elusoria pax, quasi ioco facta. argum. l. obligationum substantia. §. fin. supra titulo primo. & hoc modo intelliguntur ea quæ postea subdunt quando actum fuit inter partes quod uerbũ (commodo tibi equum) importet idest dono, uel quando nominatur equus intelligatur de boue, in quibus tamen conuentionibus distingui debet late prout dictum fuit in Rub. supra in quæstione an per, A, & B, possit concipi stipulatio, & faciunt no. per Bar. & doctor. in le. non solum. §. morte. in materia protestationis. in 2. casu. sup. de noui operis nuntiatione.

Tertio

39 Tertio † infertur quid si in interrogatione dictum fuit, mihi illum librum, & responsum fuit, promitto tibi illum librum, an stipulatio sit perfecta, & communiter * tenetur quod sic, quia sicut per interrogationē suppletur & declaratur promissio.d.§.præterea.insti, de inuti.stipula. ita e contrario interrogatio dubia suppletur & declaratur per responsionem. Facit tex. in l. Aurelius. §. Sticho.cum ibi no.de lib.legata.§.fi.instit.de hæred. insti.nam interrogatio & responsio sunt inuicem correlatiua, & unum refertur ad aliud.ideo etiam inuicem supplentur & declarantur.

40 Quarto infertur † ad casum, quando interrogatur aliquis ut uellit dare centum, ille autem impersonaliter respondet, promittuntur tibi centū, talis responsio imperfecta & dubia declarari debet per interogationem præcedentem, per istum tex.& facit lex si defensor.§. j.ff. de interrogator. actionib. quē adducit hic Alcia.cum no.per Azo. in summa.C.de inuti.stipula. qui dixit quod si interrogo, habebo talem uestem, & tu respondeas, habebis, ualet stipulatio, & addit tria carmina Plauti comici in pseu.nullum periculum est quod sciam stipularier, ut concepisti uerba uiginti minas dabis, dabuntur, hoc quidem igitur actum est haud male.

Contrariam tamen opinionem tenuit Bar. & alii in l.fi.ff.si cert.peta.per tex.in auth.si quando C.de consti.pecunia, ubi expresse dicitur quod si impersonaliter fiat constitutum, dicendo, satisfiet tibi, non ualet, ergo eodem modo stipulatio non ualebit per illa uerba impersonalia, tamen Alcia. hic respondet, quod loquitur in cōstituto in quo non præcedit interrogatio, nos in stipulatione in qua præcedit interrogatio supplens responsionē. Secundo respondet Rippa, quod ille tex, loquitur in responsione facta per uerbum futuri temporis, nos in uerbis præsentis temporis, & hanc opinionem ego etiam puto ueram per regulam tex. nostri, & per dictum, §. præterea.ubi uerbum (promitto) impersonaliter profertur respectu interrogantis. & tamen suppletur per interrogationem, ergo eodem modo uerbum (promittuntur) supplebitur per interogationem, ut intelligatur de ipso interrogato.

41 Et hæc duo † æquiparantur, promitto centum, uel promittuntur centum a me, nam licet uerba sint impersonalia, semper per interrogationem supplentur & declarantur. Vnde habes aliam ampliationem ad regulam tex.nostri, ut procedat ēt quod fiant responsiones per uerba impersonalia uel per uerba passiuæ significationis, quia semper per interrogationem supplebitur & declarabitur promissio.

42 Quinto infertur † ad alium casum, quando dictum fuit, promittis mihi Stichum & Pamphilum, & tu respondeas in Pamphilo dissentio, uel Pamphilum non promitto, nunquid in Sticho uideatur facta promissio, & stipulatio de eo ualeat, & regula istius tex. innuit quod sic, quia ex uerbis expressis per subauditos intellectus, & interpretationem suppletur responsio ut uideatur Stichum promisisse.

43 Et pro hac opinione † adducitur tex. in terminis in cap.nonne. de præsumptionib.ubi obiectū fuit Christo quod haberet diabolum & samaritanus esset, respondet diabolum non habeo ergo uidetur fateri se samaritanum, & ita argumentatur tex.& no.doc.facit tex.in l.nihil interest.ff. de inoffi.testame.ubi no.quod qui unum ex contrariis eligit alteri uidetur renuntiare, & melius quod uoluit Bal.in l.& si fine.§.sed quod Papinianus.ff.de minoribus.ubi quando duo ponuntur in positione, & interrogatus negat unum, uidetur aliud fateri, & tenet Areti.in §.si stipulanti.col.fi.infra eodem.& card.in cap.qualis 25.distinctione.& facit ꝙ uoluit Bal.in l.legata inutiliter.in fi.ff.de leg.j. ubi habens potestatē infirmādi & confirmādi statuta, si aliqua infirmet, uidetur alia confirmare.

Contrarium tamen tenuerunt aliqui Mod.hic, quia cum in Sticho taceat, nulla uidetur facta responsio, & tacens non præsumitur consentire.cap. is qui tacet.de regu. iur. lib.6.& per Bar.in l.quæ dotis.ff.solu.matr.& ad istum tex.respondent, ꝙ uerba (quid ni) magis inferunt in consensum quā taciturnitas ipsa in qua militat regula dicti capituli is qui tacet.& confirmat Alcia.num.5.quia qui unum negat in alio non uidetur consentire expresse, sed tacite, ut dicit Bal.in capi.constitutus. in ultima col.ex.de appellatio. & sentiunt docto. in dicto cap.nonne, sed tacitus consensus non sufficit ad stipulationem ut in hac lege in princip. non obstat iste textus, ut supra inductus, quia respondet quod dictio (quid ni) ex usu peritorum absolute ponitur pro certe, ut dicunt grammatici. Vnde consensus est expressus sicut in cæteris affirmatiuis uerbis, & in significatione uerborum attendimus magis usum quā proprietatem & etymologiam. §. exhibitoria. insti. de interdictis.

Tamen per ista tu non recedas a communi opinione, quod imo uideatur promittere Stichum. argum.istius tex. per quem impletur responsio ex interpretatione per argumentum a contrario sensu, & in dicto casu habet locum argumentum tale. lege cum prætor.ff.de iudi.& per omnes in dicta l.j.§. huius rei.ff. de officio eius. & hæc interpretatio summenda est ne remaneat inutilis & imperfecta responsio, & probatur in terminis in dicto cap. nonne.

44 Non obstat † quod sit tacitus consensus, quia responsum fuit supra quod non est tacitus simpliciter, cum sumatur a uerbis expressis, & tunc dicitur proprie tacitus quando nullum uerbum est prolatum, ut in nutu & signis, quam differentiam notabiliter & spetialiter ponit hic text. Non obstat quod dictio (quid ni) exponatur pro (certe) quia istud negatum fuit supra, cum imo uera expositio sit (cur non) secundum eosdem grammaticos, & licet exponant pro (certe) faciunt propter finem, quia uident illa uerba esse prolata ad finē ut fiat affirmatio sicut etiam dicit de duabus negatiuis quæ affirmāt, quæ tamē uere nō affirmant, sed cū una negat aliā per argumētū

to a cõtrario sensu inducitur tacita affirmatio, unde ipsi considerant finem, qui tamen solus non sufficit in legibus, cum alio modo in eis sumẽda sint uerba, neque per læuitates grammaticorũ debent ipse declarari, & propterea habes ampliationẽ ad tex. nostrũ, ut procedat etiam qñ de una re responsio negatiua facta fuit, quia inducetur affirmatiua in alia sufficiens ad perficiendam stipulationem. nec obstat tex. in l. si quis stipulãti inf. eod. quia loquitur in casu cõtrario, & sic in diuersis terminis; & apparet ex dictis omnibus quã utilis fuerit hæc decisio Vlpiani, maxime cũ loquatur in materia stricta, & in iis quæ respiciunt formam actus.

45 Sexto per Bar. infertur† ad quæstionẽ practicabilem & quotidianã, quid de testamentis, quando testator infirmus interrogatus fuit utrũ uellit relinquere bona sua Sempronio, & respondeat per uerba negatiua (quid ni) uel per alia uerba cui magis debeo relinquere quam ipsi, uel non habeo causam quare ei non relinquam, & ipse determinat quod inducitur dispositio, ut tacite uideatur relinquere, arg. istius tex. qui uult in stipulationibus & contractibus talem interpretationem fiendã esse ne fiat inutilis dispositio, ideo tanto fortius debet procedere in ultimis uoluntatibus, in quibus fit latior interpretatio ut actus ualeat. l. in testamentis. cum materia. ff. de reg. iur. nec obstat l. fi. de hæredi. instituend. quia loquitur in uerbis simpliciter prolatis. hic autem proferruntur ad responsionem, quo casu dicuntur esse dispositiua per istũ tex. & pro opinione sua adducit l. Pamphilo. §. propositũ, ff. de leg. tertio. ubi fideicommissum ualet per interogationem & responsionem subsecutam per uerbum grecum quod exponitur maxime, ut hic per eum.

Ex cuius dictis habes conclusionem, quod testamentum ualeat per responsionem ad interrogata, quod tamen limitat Paulus de castro nisi sit in articulo mortis, & Socci. posuit hic tres cõclusiones, prima fuit, quod testamentum ad interrogationẽ alterius fieri potest, concordat glo. in dict. l. iubemus. in uerbo quemadmodum. Co. de testament. quæ allegat tex. in l. hac consultissima. §. at cũ humana fragilitas. C. qui testamenta facere possunt, quam tamen conclusionem limitauit Paulus de castro non procedere quando esset infirmus graui infirmitate. & quamuis aliqui quos refert Soccin. tenuerũt contrarium per l. fi. C. si quis aliquem testari prohibuerit, tamen ipse eam defendit propter dictum. §. at cum humana fragilitas. & quia per interogationem est suspitio de subductione & deceptione, & d. l. fi. loquitur de adulatione quæ non prohibetur, sed hic agimus de subauditione & deceptione quæ semper prohibetur.

Secunda est postea conclusio circa intellectum dicti, §. propositum ad hoc ut per interrogationẽ fiat sit necessarium quod testes sint adhibiti & rogati uel potius sufficiat alternatiue quod unum uel aliud interueniat. & Bar. in l. gerit de acquir. hereditate. num 11. 12. & 13. dixit quod unum sufficit, sed hic uult copulatiue utrunque requiri. & primam opinionem sequitur Alex. hic num. 15 quia conuocatio testium est a casu, & non est necessaria in codicillis. §. fi. insti. de codicillis. ergo illa nihil operatur. neque probat text. in dicto. §. propositum. sed tamen Socci. dicit quod imo requiritur conuocatio testium propter suspitionem seductionis & deceptionis, quæ conuocatio nõ fit ad formam codicillorum ut apparet de uoluntate clara ipsius.

Tertiam ponit conclusionem, quod ille text. & iste debet restringi ut solum procedat quando testes fuerunt conuocati a contrahentibus animo faciendi stipulationem, alioquin responsio dubia non procederet. Ias. autem dicit distinguendum esse, an sit legatum particulare. uel fideicommissũ uniuersale, uel institutio, tamen postea irresolutus residet. Rippa quoque & Alcia. multa confuse implicant, ut nulla resolutio haberi possit. Vnde tu pro resolutione plena constituas quatuor casus separatim discutiendos. Primo, an testamentum ad interrogationem alterius fieri possit. Secundo, an dato quod possit cum interrogatione & responsiono debeat aliud concurrere. Tertio, quæ sint necessaria ad decisionem. §. propositum. & quis sit eius intellectus. Quarto, an decisio Bartol. sit uera, ex qua inferretur ad text. nostrum quomodo procedere possit.

46 Circa primum † uariæ sunt opiniones quę faciunt articulum dubium, & pro parte quod non ualeat testamentum, facit quia uidetur dependere a uoluntate alterius, quod est reprobatum. l. illa institutio. digest. de hæredibus instituend. Secundo facit, quia interrogatio facit quandam suppositionem & suspitionem ut habetur in capitulo primo de confessis. dum ibi not. quod quando quis inquisitus interrogatur de complicibus debet interrogari generaliter, quia si spetialiter interrogetur an Sempronius fuerit secum, appellatur suggesto, & confessio non ualet.

47 Et ideo† per talem interrogationem inducitur falsitatis suspitio. ut per Bald. in dicta l. iubemus. column. 2. dicentem quod semper est suspecta interogatio quando fit a persona priuata. Cor. consi. primo lib. iiij. column. 3. & tales interrogationes semper trahunt homines ad dicẽdum illud quod non cogitant dicere. Cor. consi. 259. uisis. lib. secundo. Tertio facit, quia quando testator est maxima infirmitate grauatus, uel si est in angonia, ad uoluntatẽ astantiũ testamentum facere cõpellitur, & quod de more morientium est ut omnibus interrogantibus dicant sic, & ita, ut per Marianum consi. 183. col. quarta. nu. 19. & 20. & per Afflictum in decisio. 143.

48 Pro alia uero parte† facit glo. in dicta l. iubemus. in uerbo. quemadmodum. C. de testamentis, communiter * approbata quæ dicit, quod testamentũ potest fieri per interogationem. Secũdo facit tex. in l. hac consultissima. §. at cũ humana fragilitas. C. qui testamenta facere possunt. ubi tex. disponit in ceco quod fiat testamentũ ad interrogationem notarii, ergo non est reprobatũ. & si hoc permittit in persona impedita tanto fortius permittitur in aliis personis non cecis neque in sensu impeditis.

Tertio facit, quia semimortuus potest facere testamentum.l.quoniam indignũ.Cod.de testam. cum glo.in uerbo(seminecis)& facit text.in dict. §.propositum.ibi,in discrimine uitæ constitutus, & tamen non impeditur testamentum fieri per interrogationem. dicto.§.propositum.& non reperitur a lege prohibitum,ergo est permissum.l.nec non.§.quod eis. ff. ex quibus cauf.maior.& interrogatio non facit suggestionem.

49 Sed tantummodo † potest allicere testatorem quodam blando sermone, qui non impeditur. per l. fin. Codic. si qui aliquem testari prohibuerit. & per Bartol. in l. Lutius. §. Semproni. ff. de leg. ij.& non est uerum quod testetur ad uoluntatem alterius, quia responsio remanet in sua libera uoluntate & dispositione, & pro hac opinione consuluit Decius consi.489.in casu occurrenti. col. secunda uersi. secundo non obstat.

50 Corneus uero†in dicta l.iubemus. super hac difficultate multũ insistit, & finaliter uidetur constituere regulã contra Socci.&Bar.hic,ꝙ testamentũ ad interogationẽ alterius factũ nõ ualeat.fallit qñ testator prius dictauerat notario ut scriberet, & postea cum legeret interrogat testatorem an ita dixerit, & respondeat,nã tunc ualebit, ut hic est casus in dicto §,at cum humana fragilitas.Secũdo fallit, qñ interrogatur a uenientibus ab intestato, &eius portio parũ augeť,qatũc cessat suspitio.arg. l.hac consultissima.§.ex imperfecto. & §. fi.Co.de testam. Tertio fallit,quando testator prius conuocauit testes,& eis notificauit quod uolebat facere testamentum,quia tunc constat de uoluntate testandi & cessat suspitio.quas tres limitationes intelligit etiam procedere qñ esset magna infirmitate grauatus,quia in dictis casibus infirmitas non uidetur impedire interrogationem fieri,quia semper cessat suspitio,

Quæ tamen theorica licet sit exquisita tamẽ est imperfecta,& etiam est ualde dubia,dum ponit regulã, ꝙ per interrogationẽ testamentũ fieri non potest,quia non probat sufficienter, & non bene cõstat quod iure prohibeatur.itẽ alii casus sũt in qbus ꝑ interrogationẽ nulla põt induci suspitio.

51 Sed tamen tu† potes dicere hanc quæstionẽ esse uanã & inutilem, attento quod de iure digestorũ non ualebat testamentũ nisi fieret cũ uerbis præceptiuis in illis quatuor formis,hæres esto,hæres sit, hæredẽ esse iubeo,hæreditatis meæ dominus esto, ut dixi in Rub.& in l.Gallus,in princi.ff. de lib.& posthumis.& legata quoque non poterunt fieri nisi per uerba præceptiua posita insti.eodem.§.j.secundum Vlpianum,quem ego retuli in Rub.supra de leg.primo.omnes istas antiquitates plene declarando,unde cum essent necessaria illa uerba nõ poterat conuenire interrogatio, ideo per ea testamentum fieri non poterat.

52 Secundo†etiã uidetur inutilis,quia testamentũ in scriptis non potest recipere hanc interrogationẽ,qm̃ testator scribit illud testamentũ, uel mandat fieri a notario loco secreto,& illud non publicat, sed clausum ostendit testibus rogando ut sigillent& subscribant,ut habetur in.§.postea.insti, de testam.& per totum illum titulum. & in. §. ne tamen.insti.de pupillari substitutione.unde apparere uidetur quod per interrogationẽ nunquã potuerit fieri testamentũ, sed tñ tu saluãdo hanc dubitationem docto.quod imo sit utilissima, dicas quod de iure digestorũ uerũ est ꝙ nõ poterat procedere usque ad.l.quoniam indignũ.C.de testam.

53 Sed tamen†quando fuit per Constantinum dispositum in illa lege ut quibuscunque uerbis fieri posset directis uel inflexis uel aliis denotantibus uoluntatem,succesit quoque hæc potestas faciendi testamentum per interrogationẽ,& confirmata fuit in dicto.§.at cũ humana fragilitas.& idem dicendum est de legatis.post legem in legatis. C. de leg.uel saltem post legem primam & secundã. C.cõmunia de leg.Non obstat quod dicitur de testamento in scriptis,quia respondetur uerum esse quod in eo non potest hæc quæstio contingere qñ est occultũ, sed intelligitur formata in testamento nuncupatiuo siue scriptis,de quo in.§.fi.insti.de testam.quamuis hodie a notariis semper scribatur, & quoniam testamentum in scriptis parum est in usu in Italia,ut dixerit Bar. quod nunquam uidit nisi unum,apparet quod quæstio est generalis & utilissima,etiam quod non possit procedere in testamento in scriptis.

54 Propterea†cum utilissima quæstio sit,pro resolutione considerandi sunt quinque casus, primus est quando testator uocauit notarium & ei dixit ut scriberet testamentum, & illud dictauit, ut ordinatum esset,& teneretur memoriæ, si postea notarius legat & interroget testatorem,& ille respondeat testamentum ualebit.dicto. §.at cum humana fragilitas.

55 Secundus casus est†quando notarius uel priuatus interrogant testatorem ut diceret quem uelit instituere hæredem,uel cui uellit dare legata,non nominando personam,ipse uero respondet nominando personas quibus reliquit, nam tunc etiam testamentum ualebit, quoniam nulla est suspitio, & non est interogatio proprie sed potius quędam incitatio admonitio, uel recordatio.

56 Tertius casus†est quando uenientes ab intestato interrogant alterando parum portionem suam nam tunc etiam similiter ualet testamẽtum, quia cessat suspitio.d.l.hac consultissima.§.ex imperfecto,& §.fi.C.de testamentis,quod tamen intelligitur quando non tractatur de reuocando testamẽtum,quia tunc posset esse suspitio,cũ iam sint exclusi,& est magnum eorum interesse,ut per Cor.in dicto consi.183,unde dicendum est ut supra.

57 Quartus casus est†quando est seruata forma. §. ꝓpositũ.ꝙ prius testator dixit se uelle relinquere, & postea fuit interrogatus an ita dixerit, & respõdeat ꝙ sic,nã tunc cessat etiã suspitioper illũ text.

58 Quintus casus est†qñ testator mãdauit ut cõuocarẽtur testes ad faciendũ testamentũ,& eos rogauit secundũ solemnitatẽ testamẽti,nã etiã ualebit ꝑ interrogationẽ,qm̃ cessat suspitio,& app de uolũtate sua deliberata,ꝙ tamen intellige si testator uocauit,secus autẽ si ille extraneus interrogãs ipse eos uocasset,&simul cũ eo duceret in camerã testa

ris & postea interrogaret, nã tũc esset magna suspitio seductionis, & non esset aliqua coniectura deliberatæ uoluntatis, idem esset si forsan hæredes instituendi extra cameram testatoris dictassent notario testamentum, & forsan sine eius mandato, & postea ingrederetur cameram & legeret testamẽtum, & interogaret an ita dispóneret, qui responderet quod sic, nam tunc esset magna suspitio, cũ non fuerit scriptum in præsentia testatoris, & ipse omnia memoriæ habere non possit, neque forsan propter celeritatem legendi potuit bene considerare, cum nihil præmeditauerit.

59 Et propterea † omnes casus colligendo, tu potes constituere regulam affirmatiuam cõtra Corneũ, & pro Bar. hic quod testamentũ ad interrogationem fieri potest, & cũ in dictis casibus ualeat, apparet quod prohibetur fieri per interrogationem Fallit autem quando est suspitio, ut quia interrogãs cõuocauit testes, uel dictauit testamentum in alia camera, quo etiã casu nõ infirmatur testamẽtũ propter interrogationẽ solã, sed quia interueniũt aliæ cõiecturæ inducẽtes suspitionẽ, quæ præstãt occasionẽ iudici ut debeat supersedere super inuestigatione uolũtatis testatoris, & probatur hæc regula per totã materiã tituli nostri. in qua laborauerunt doct. in inquirẽdo quare stipulatio requirit interrogationẽ & responsionẽ uerbalẽ, & quare debeat pcedere, & cõcluserunt oẽs ꝙ interrogatio facit ut ille magis deliberate respõdeat, & ꝙ propterea causat firmiorẽ uolũtatẽ, ita quod interrogatio auget uoluntatẽ & cõfirmat præsumptionẽ, qđ ipse libere & deliberate respõdet, & apparet falsum esse quod interrogatio inducat suspitionẽ suggestionis & deceptionis, cũ imo totũ cõtrariũ operetur ex mente omniũ doct. hic, & in rub.

60 Et quod dicitur † de suggestione importuna, ꝓcedit in causis criminalibus in quibus agitur de grauissimo præiudicio nominati, hic uero agitur de utilitate, & quæ seruantur in causis criminalibus non debent trahi ad contractus uel testamenta, qm̃ rationes sunt diuersæ, & quod dictum fuit in contrariũ quod testatores semper solent dicere sic & ita in interrogationibus, hoc non probatur plene, cũ imo etiã semimortui sæpe contradicant, & nunquam sola interrogatio faciet istã suggestionem, sed semper interuenient aliæ urgentiores coniecturæ, propter quas causabitur hæc suspitio, & iam per Iurisconsultos receptum fuit, ꝙ interrogatio potius auget præsumptionem uoluntatis, quam diminuat, & in dicto. §. propositũ. interrogatio fuit facta ad maiorem certificationem uolũtatis, & in d. §. at cum humana fragilitas. fuit postea per Iustinianum ad maiorem declarationẽ ueritatis, ut semper appareat, quod per interrogationem in omnibus actibus non inducitur suspitio suggestionis & deceptionis, sed semp eius natura est ut plenius uolũtatẽ testatoris demõstret.

Quare concludendum est omnino, testamentum ad interrogationem alterius factum ualere, & permissum fuisse, per dictam l. quoniam indignum. Fallit quando adsunt aliæ coniecturæ, ut supra dictum fuit, quo casu non propter interrogationẽ, sed propter alias coniecturas testamentum redditur dubiũ & uacillat, ideo ut iudex debeat inquirere de præsumptionibus deceptionis & suggestionis.

61 Secundo est † uidendum, an in dictis casibus in quibus testamentum ualet ad interrogationem, sufficiat simplex interrogatio, uel potius aliud requisitum concurrere debeat, & Bartol. hic præsuponit quod debeat præcedere rogatio testiũ per dictum. §. propositum. & hoc clarius uoluit Socci. hic, qui dixit, quod si pro forma actus requiratur rogatio testium, ut in testamentis, illa debet interuenire, & si non requiratur pro forma, ut in codicillis, adhuc debet interuenire propter purgandã ipsam præsumptionem, ut appareat plenius uoluntas testatoris, ex eo qa interrogatio inducit suspitionem suggestionis, & eueniat sæpe quod testatores ad interrogationem respondeant sic, maxime si sunt infirmitate grauati, ut per Maria in consi. 183. col. 4. nu. 19. & 20. Vnde infert ad quemdam uerbosum qui quotidie dicebat se uelle facere hospitale hæredem, ut eius uoluntas non admittatur nisi prius rogauerit testes quibus dixerit uoluntatem suam, ad ostendendam deliberationem relinquendi.

Corneus uero in dictis suis limitationibus tenebat contrarium, & hoc idem tenuit Bar. in le. gerit. de acquir. hæred. qui dixit quod unum alternatiue sufficit, & non cumulatiue requiruntur, & hãc partem etiam ego puto ueram.

62 † Quia assumptũ Socci. & aliorum non est uerum quod per interrogationem inducatur suspitio suggestionis, quę nõ est recepta in contractibus neque in ultimis uoluntatibus, quãuis ex spetialibus rationibus militet in tortura inquisitorum. d. cap. j. de confessis, & in contractibus & ultimis uoluntatibus operatur effectum contrarium, quod imo auget uoluntatem, & demonstrat deliberationem in responsione, & confirmat ipsam dispositionem, ut dixerunt docto. in tota hac materia, uolentes, quod ordo seruari debeat, & peruersio ordinis uitiet stipulationem, quæ ratio militat etiam quod testator sit graui infirmitate grauatus, imo adiuuat eũ ut non teneatur ore proprio tot uerba proferre, ut dicitur in dicto §. at cum humana fragilitas. & arg. tex. in §. præterea. instituta de inuti. stipula.

63 Et propterea † plenius dicas, Aut enim interrogatione expressa fuit certa persona quam debeat instituere hæredem, & prolata sint uerba dispositiua, ut instituis talem hæredem, uel facis talem hæredem, & ille respondet instituo uel facio illum hæredem, nominando eum, & tunc ualebit omnimodo testamentum non obstante interrogatione quia illa auget deliberationem, & non obstat tex. in l. Iubemus. C. de testament. ubi dicitur quod testator debet nominare ore proprio hæredem. sed tamen etiam quod ipse testator non nominauerit & solum respondendo dixerit sic, uel ita, uel facio, adhuc testamentum ualebit, quia uidebitur ẽt propter interrogationem uerbis generalibus expressisse nomen argu, dicti. §. præterea. de inutilibus stipulationib. instit.

Sed

64 Sed si † interrogatus fuisset per uerbum uis facere illa heredem, & ille respondeat, uolo facere, & tunc dependet ab articulo infra discutiendo, an uerbũ (uolo) sit dispositiuũ de presenti, tamẽ si est testamentum nuncupatiuum in quo necessario debent interuenire testes rogati pro solennitate ipsius, & tunc adhuc testamentum ualebit, ex eo quia propter conuocationẽ testium apparet quod deliberauerat testari & instituere hæredem de presenti, ideo etiam ualebit, sed si essent codicilli, in quibus non debet interuenire rogatio testium pro solennitate, est magis dubium, & ideo tutius est, uel quod interueniat dicta rogatio testium, non quidem propter interrogationẽ, quia illa non impedit sed ampliat deliberationem, sed solum pro certificanda uoluntate testatoris, ut uellit de presenti disponere, & nõ trahere in futurum, sicut est natura uerbi (uolo) ut per Bartol. in dicta l. serui electione. col. ij. & dicta l. gerit. num. 13. & 14. de acquir. hæredita. & uel quod ipse testator prius declarasset, uoluntatem suam antequam esset interrogatus. dicto §. propositum, sed si interuenissent aliæ cõiecturæ suspitionis, ut quia interrogans conuocasset testes, uel testamentum fuisset scriptum extra cameram sine commissione testatoris, & tunc deberet interuenire rogatio ipsius testatoris ad irrogandum dictam suspitionem.

65 Et in summa † concludas, quod propter interrogationem nõ est necessarium quod aliud requisitum interueniat, quoniam ipsa nullam suspitionem inducit neque suggestionem sui natura, sed magis auget deliberationem & firmitatem dispositionis, sed debent interuenire propter alias dubitationes contingentes si proferatur uerbum extensiuum ut trahatur ad dispositionem de præsenti, uel ex alijs extrinsecus aliqua suspitio suggestionis & deceptionis interueniat ad eam purgandam, & hoc procedit etiam quod testator sit in discrimine uitę constitutus. dicto. §. propositũ, nec est uerũ qđ testatores semper rñdeant sic, qm̃ & sæpe solent contradicere, & qui uult dicere contrariũ illud debet probare quod indeliberate respondeat, quoniam presumptio est ut etiam semi mortui possint habere sanam mentem & deliberate respondere. dicta l. quoniam indignum. C. de testamen. & remanet generalis consensus, quod testamẽtum ad interrogationem alterius hodie fieri potest, quicquid dicant alij contradicentes.

66 Tertio est uidendum † de intelligentia dicti §. propositum, & quæ sint necessaria ad eius decisionem. Barto. hic & communiter * Docto. uidentur uelle quod concurrant illa duo simul, conuocatio testium & interrogatio cum responsione. Bartol. uero in dicta l. gerit. & dicta l. serui electione. & l. fi. supra de testamen. uidetur uelle quod unum ex illis sufficiat alternatiue, & uidentur sequi cõmuniter Doc. Rip. uero dicit, Aut quærimus de deci sio. illius tex. Aut de decisione aliorũ casuũ. si decisione illius tex. & tunc ibi interuenerunt sex simul, primo, quia testator nõ habebat neq; cognatos neq; agnatos. secũdo, quod conuocauerat testes, seu accersiuerat amicos, Tertio quod prædixerat se uelle relinquere illi talia prædia. Quarto, quod ille redegit in testationem, & interrogauit an ita dixerit, Quinto, quod erat in discrimine uitæ constitutus. Sexto, quod ipse ad interrogationem respõdit per uerbum affirmatiuum, ut exposuit. Alciat. taliter ꝙ ille est casus spetialissimus, & non potest trahi in consequentiam, sed tamen postea quantum ad decisionem aliorum casuum uidetur resìdere simul cũ Alex. & alijs, quod tot non sint necessaria, sed solum sufficeret, quod interueniret conuocatio testium, & interrogatio simul cum responsione.

67 Sed tu dicas, † quod ideo ibi iurisconsultus formauit illam dubitationẽ cum tot requisitis, quia tẽpore iuris digestorũ erat maxima dubitatio an admitteretur illa interrogatio, quoniam institutiones fieri non poterãt nisi uerbis solennibus, & præceptiuis, & legata quoque requirebant uerba solennia, & preceptiua, ut not. fuit in Rub. de leg. 1. sed tamen determinat ibi dispositionem ualere iure fideicommissi, quoniam non ex capite legati, uel institutionis dispositio recipietur, sed ex capite fideicomissi, & codicillorum, in quibus aliqua solennitas non requiritur, & pendent a sola uoluntate, ut institu. de leg. §. primo. in fi. Addidit tamen non esse dubitandum ualere, sentiens quod neque in illo casu fuerant tot necessaria quę ibi interuenerunt.

Aduertas tamen quod ille tex. habet duplicem literam, ut hic perpendunt Alciat. & Rippa. una est, quod ibi interuenerat uerbum (uellet,) quod est præteriti imperfecti, & non disponit, ut per gl. in l. in ementis. ff. de contrahen. emptio. & ita uidentur habere communes conclusiones. Alia est litera, quod ibi fuit uerbum (uolo,) præsentis temporis, quod est dispositiuum, licet extendi possit sui natura, & iste intellectus non est probabilis in illo text. quid in litera scribatur (uolo) quoniam contradicunt conclusiones communes, & etiam structura uerborum, sed solum potest sustineri, allegando quod ibi fuere uerba iurisconsulti referentis uoluntatem testatoris, sed non expressit uerba ipsius, unde inducitur præsumptio propter conuocationem quod testator usus est uerbo (uolo) & hic est satis probabilis intellectus, & uidetur tenere Bartol. in dicta l. gerit. & dicta l. serui electione.

68 Ideo tu dicas † quod aut tenes intellectũ quod uerbum (uellem) fuit prolatum a testatore, & tunc ad illam decisionem perficiendam etiam hodie interuenire debent omnia illa requisita, quæ simul iuncta demonstrant deliberationem testatoris, non obstante quod uerbum (uelle) sit imperfecti temporis, & hoc modo habes ibi unum casum singularem & notabilem, quod uerbum (uellet) in ultimis uoluntatibus inducit præsentem dispositionem, contra glo. in dicta l. in ementis. & ibi no.

69 Si uero † tu tenes intellectum quod ibi fuerit ꝓlatum uerbum (uolo) tunc ad perficiendam illam decisionem sufficeret quod essent uocati testes,

uel quod alternatiue interuenisset quod prius dixisset se uelle disponere, & postea interrogatus responderet ad restringendam uoluntatem testatoris & eam certificandam quod de præsenti uolebat disponere,& non quod uelet extendi infuturum,& interrogatio ibi & responsio ponitur ad maiorem certitudinem, quia hæc est sua natura, sed ad habendam decisionem dicti.§. propositũ, hodie hęc duo essent necessaria, conuocatio testiũ & interrogatio,& responsio,si interuenit uerbum (uolo) ad tollendam dubitationem, an uerbũ (uolo) sit dispositiuum de præsenti.

70 Quarto est † uidendum de ueritate quæstionis Bar. hic, qui concludit quod per illam responsionem negatiuam inducatur dispositio affirmatiua, per istum text. in qua primo dubitatur an loquatur de institutione uel fideicommisso uniuersali uel particulari,& propter dictum.§. propositum. uidetur Bar. sensisse de fideicommisso particulari, sed tamen Iaso. dixit quod imo intellexit de institutione & de fideicommisso uniuersali, quia dixit bona sua uniuersaliter, quæ comprehendunt hæreditatem. l. cogi. ff. ad Trebellianum. & posuit uerbum (dimittere) quod est commune aptum ad fideicommissum uniuersale,& etiam institutionem, quia uerba communia relata ad uniuersitatem bonorum importam hæredis institutionem, & alio instituto hærede fideicommissum uniuersale, ut per glo. in dicta l. iis uerbis. de uulg. & pupilla. & Bar. in dicta leg. Centurio. & plene in Rub. ff. de lega. primo,& in cap. Raynaldus. de testam. & hanc opinionem etiam ego puto uerã, quia uerba conueniunt, & secundum communem usum loquendi totam dispositionem testamentariam denotant,& maxime, quia si ipse non diceret, nos quærere debemus ut faciamus plenam resolutionem.

71 Quo stante postea succedit † secunda dubitatio, an conclusio Bar. sit uera per uerba sua in institutione & fideicommisso, & uidetur primo quod non, cum pro forma institutionis debeat nominari hæres uoce propria testatoris. dicta l. iubemus. C. de testam. & uoluit Bal. expresse in l. in epistola. quæstio. 2. C. de fideicommiss. cui tamen rationi responderi potest, quod imo interuenit nominatio testatoris, quia cum expressum fuerit nomen ab interrogante tacite postea uerbis generalibus illud quoque nomen testator exprimere uidetur, per istum tex. iuncto d. §. præterea. insti. de innu. stipula. & illa rigorosa nominatio requiritur in testamento in scriptis, non autem apparet quod fuerit introducta in testamentis nũcupatiuis, uel saltem uidetur esse remissa, per dictum. §. at cum humana fragilitas, & expressio uerbis generalibus idem operatur quod tacita, ut habeamus certitudinem, iux. no. in l. j. ff. de uulga. & pupillar. & hoc satis etiam probabile est.

Sed tertia succedit maior dubitatio propter uerba prolata a Bar. an in suis terminis procedat decisio, quoniam interrogatio fuit facta per uerbum (uolo) quod est extensiuum, dicendo cui uis dimittere bona tua, & responsio est facta per illud mẽt, cui alteri quam sibi uellem dimittere, cum præterito imperfecto, ut in hoc casu sint tres incertitudines, una in interogatione per uerbum uolo, Alia in respõsione per uerbũ uellem præteriti imperfecti,& tertia quia fuit facta per uerba negatiua, quę per subauditum intellectum inducũt affirmatiuam dispositionem, & propterea non uidetur quod aliquo modo per istum tex. possit sua quæstio determinari, qa loquitur de uerbo dispositiuo præsentis temporis.& propterea in puncto iuris uidetur quod opinio Barto. in suis terminis procedere non possit nisi interuenisset conuocatio testium facta a testatore, uel aliqua alia coniectura demonstrans deliberatam uoluntatem de præsenti, sed tamen generaliter determinando quæstionem, tu distinguas, Aut testator fuit interrogatus per uerba dispositiua præsentis temporis, dicendo, cui dimittis bona tua, uel quem instituis hæredem,& ille respondeat cui magis debeo dimittere uel debeo instituere, tunc omnimodo procederet conclusio Bar. per istum tex. qui in terminis probaret hanc conclusionem. Sin autem responsio fuisset facta, cui magis uellem dimittere, stante tamen interrogatione dispositiua, & tunc uidetur dubia responsio. unde opporteret quod interuehiret alia coniectura, ut uocatio testium, uel dictatio præcedens facta a testatore.

72 Si uero interrogatio † facta fuisset per uerbum (cui uis) præsentis temporis, & responsio sit facta per uerbum (uolo) præsentis temporis, & tunc an procedat conclusio Barto. dependet ab alia ardua quæstione de qua per Bar. & docto. in l. serui electione. de lega. primo. An uerbum (uolo) cum sit extensiuum sit dispositiuum de præsenti, uel potius trahatur etiam ad futurum tempus,& Bar. ibi * Et communiter* docto. uidentur tenere quod de

73 præsenti disponat propter illam regulam † quando agens est liberum & patiens bene dispositum, incontinenti uidetur agere. Sed tamen cõtra opinionem Bar. multi etiam alii tenuerunt, quos refert Ias. in d. l. serui electione,& Craue. in tracta. de antiqui. tempo. in §. propositum. nume. 60. ubi dixit in fortioribus terminis, qñ esset dictũ uolo instituere ecclesiã,& allegat multas authoritates & decisiones in cõsiliis & lect. ita ut duplex uideatur esse communis opinio & contraria,& articulus sit ualde dubius, ut etiam hic ponderat Alcia. multa ab utraque parte allegans, ut & tu quoque in hac quæstione dubitatiue loqui debeas, Aut tenemus illam opinionem quod uerbum (uolo) inducit de præsenti dispositionem,& tunc conclusio Bar. hic etiam remanebit uera, quod per interrogationẽ cum responsione de uerbo (uolo) sit inducta dispositio,& testamentum ualeat. Si uero tu tenes opinionem contrariam, quod de præsenti non dispo nat,& tunc conclusio Bar. non poterit procedere, cum sint illæ duæ incertitudines de uerbo (uolo) & de responsione per subauditum intellectum. unde tunc ad perficiendum testamentum erit necessarium quod præcedat conuocatio testium, uel dictatio testatoris, ut restringatur ad præsentem dispositionem.

Puta-

74 Putarem tamen† posse distingui. Aut enim ista uerba proferuntur in plateis uel in ecclesiis, & aliis locis in quibus non est uerisimile quod hoc temporis uellit testari, ut faciunt isti uerbosi, & tunc procedat opinio Ias. & complicium, quod nō inducat præsentem dispositionem, & etiam decisio Socci. hic. Si uero hæc uerba proferantur in camera, & in aliquo loco priuato, ubi commode possit fieri testamentum, & tūc uideatur uelle de præsenti disponere, quoniam communis usus loquendi uidetur esse proferre uerbum uolo etiā in præsenti dispositione, & plærique testatores quando testantur semper utuntur uerbo (uolo) dicendo, uolo illum esse meum hæredem uel illum filiū habere hanc domum, ut ego uidi decies in testamētis in scriptis factis ab ipsis testatoribus; & si bene legantur talia testamenta in scriptis apparebit hunc esse communem usum loquendi; & propterea testamentum ualebit, maxime institutis filiis, uel factis legatis ad piam causam uel fuerit infirmus. ad tollendas tamen dubitationes cautela est quod adhibeantur testes, & rogentur per testatorem, quia tunc cessabunt dictæ contrarietates; seu adhibeantur aliqua ex requisitis positis in di. §. propositum. quæ præsentem uoluntatem inducere uidentur, cogita tamen.

75 Ex quibus sequitur† intellectus ad tex. nostrū, utrum adhoc ut procedat decisio ipsius sit necessarium quod adhibeantur testes, & Socci. hic in. 3. conclusione dicit necessariam esse adhibitionem, ut hæc responsio dubia perficiatur, & appareat de uoluntate respondentis, quæ opinio est cōtra tex. nostrum, qui simpliciter loquitur & se fundat in natura responsionis, quæ de per se certa est propter relationem ad interrogationem, & appellatur expressa uerbis generalibus, & testes non sunt adhibendi ad solemnitatem stipulationis, sed sufficit quod ipsi interueniant absque rogatione, per l. cum res. C. de probationibus. & si aliis potest cōstare de contractu, non est opus quod testes interueniant, & in hoc differunt ab ultimis uoluntatibus, quæ sine testibus non ualent. l. si unus. C. de testam. & l. fi. C. de codicill. cum similib. tamen omnia resoluendo, dicas quod aut responsio fuit facta per uerba præsentis temporis, ut promittis, pmitto, & tunc omnimodo stipulatio perficitur; per decisionem positam in hoc tex. qui cauillari non potest.

76 Si uero† interrogatio fuit facta per uerbum uis promittere centum, & ille respondeat uolo promittere, & tunc potest esse dubitatio an perficiatur stipulatio, & fortius si responsio esset facta per uerba quid ni, uel non uideo cur non uellim promittere, quia uerbum (uolo) est extensiuum, & non disponit de præsenti, tamen dicendum est, quod cum hoc uerbum sit dubium, si quis uult probare stipulationem continere promissionem est necessarium quod adhibeantur testes ad certificandum uoluntatem de præsenti, & in hoc casu potest procedere conclusio Socci. sed si non interueniant testes, tunc erit contracta stipulatio de promissione promittendi, non autem de ipsa promissione, qua si ipse promittens se obligauerit ad promittendum per stipulationem. Item habes ex dictis Soc. & Bar. quod uerba iactatoria non inducunt dispositionem nisi accersitis amicis. dicta l. fi. supra de testam. concordat glo. in l. ij. C. in quibus casibus, lib. xi. in uerbo (ipsi) & glo. in cap. cum uenissent. de insti. circa medium.

77 Per quam† dixit Angel. in le. si cui. quod si quis dixit facias de bonis meis quod uis, non inducitur obligatio etiam quod in præsentia testium dicatur, quinimo uoluit Roma. in rub. supra de arbi. col. 4. quod si quis interrogauit ut daret librū & ille respondit non tantum librum, sed omnia quæ habeo, non est inducta obligatio propter incertudinem, sequitur Alex. in l. ita stipulatus. infr. eodem. col. secunda.

78 Sed in contrarium† adducit Alcia. capitulū iuramēto. de homicidio. ubi Hærodes dixit filiæ saltatrici cū iuramento quod peteret omnia quæ uellet & dabit, & illa petiit caput Ioannis Baptistæ. & tex. ille præsupponit quod ad omnia alia erat obligatus, sed non ad faciendum illud delictum, sed respondet quod ibi non erant uerba iactatoria, imo cum deliberatione prolata propter iuramentum. item ibi erat Rex qui maiora potest præstare. Item illa promissio fuit particulariter confirmata post intentionem factam de capite Ioannis Baptistæ. Item & quarto Rex istud obseruauit ex decore dignitatis Regiæ, & propter præsentiā tot baronum qui erant in conuiuio, & magis de honestate uoluit seruare, Bartol. in l. omnes populi. ff. de iusti. & iur. in 6. q. principa. & Alcia. lib. 2. de uerbo. signi,

79 Septimo† infertur per Bar. ad consultores, quādo commissa fuit causa tribus consultoribus, & unus respondidit eum esse condemnandum, alter dixit esse absoluendum, tertius dixit non uideo cur non sit condemnandus, & dubitatur cum quo tertius concordet, & propter negatiuam uidebatur quod concordaret cum absoluente, sed tamen determinat contrarium quod imo cōcordat cum condemnante, quia subintelligitur ego pronuntio condemnandum, per istum tex. & sequuntur omnes in terminis cōsultorum cum uerbis ab eo expressis. sed tamen in contrarium facit, quia decisio tex. nostri fundatur super interrogatione quæ certa est, propter quam & responsio certificatur alioquin si non præcessit interrogatio ex negatione unius uerbi non inducitur contraria dispositio, sed solum illud medium nec uelle nec nolle, ut per Bar. in l. gerit. ff. de acquir. hæredita. nume. 12. & 13. sed in proposito casu nulla interuenit interrogatio, ergo non potest induci contraria dispositio affirmatiua, sed tantummodo illud medium nec condemnare nec absoluere. doctor. non aduertunt adhoc contrarium neque soluunt, tamē fortiter stringit, sed defendendo dicas quod imo in proposito casu fuit interogatio, quoniam quando partes accesserunt ad consultores, petierunt ut consulerent de absolutione uel condemnatione, & ipsi consulendo uidentur respondere huic petitioni & interogationi, propterea talis respon

sio declaratur per interrogationem, & inducitur contraria dispositio affirmatiua, & conclusio Bar. redditur uera in consultoribus qui debent respondere per uerba futuri temporis, quoniam ipsi non possunt absoluere neque condemnare, sed tantummodo proferre eorum opinionem.

80 Sed dubitant † postea quid de arbitris & iudicibus, si unus pronuntiasset condemnandum, alter absoluendum, & tertius non uideo cur non sit cõdemnandus, an eius decisio procedat tam in uerbis quam in resolutione, & difficultatem causat, quia ad officium iudicis pertinet cõdemnare uel absoluere de præsenti, non autem pronuntiare cõdemnandum uel absoluendum.

81 Tu uero resoluendo † dicas, Aut quæstio formatur per uerba de pręsenti, quia unus dixit condemno, alter dixit absoluo, & alter dixit non uideo cur non debeam condemnare, & doct. uidentur determinare idem in iudicibus quod in consultoribus, per tex. nostrum hic, tamen ei obstat doctrina Bart. in dicta l. gerit, quia nulla præcessit interrogatio, ergo contrarium debet inferri quod non condemnat neque absoluit, sed tu defendendo dicas, quod imo conclusio est uera, quia præcessit interrogatio. nam actor in libello petit ut iudex condemnet reum, & reus ipse excipiendo petit ut eum absoluat, propter quas petitiones iudex postea profert sententiam in qua habet respectum ad libellum cui debet esse conformis. l. ut fundus. cum materia. ff. communia prædiorum.

Ideo sententia dicitur quędam responsio facta ad interogationem partium, & propterea per eã declarabitur & inducetur contraria dispositio affirmatiua condemnans, & sic tertius per istum tex. concordabit cum primo condemnante, & ita habes duas ampliationes ad istum tex. unam ut procedat etiã in cõsultoribus, secundam ut procedat etiam in iudicibus condemnantibus. Tertiam addit Bartol. in dicta l. gerit, in subscribentibus sententiam, quia si dixerunt non displicet, uidentur a contrario dicere quod sibi placet.

82 Quartam † etiam notabiliorem habes, quod decisio tex. nostri procedit non tantum quando interuenit formalis interrogatio prout in stipulatione, sed etiam si præcessit qualis qualis petitio seu informis interrogatio, ut apparet in dictis tribus exemplis, quod est ualde tenendum menti, ut scias inducere tex. nostrum ad decisionem multarum quæstionum occurrentium.

83 Sed adhuc remanet † dubitatio, quid si quæstio formatur per uerba futuri temporis, quia unus pronuntiat condemnandum, alter absoluendum, & alter non uideo cur non sit condemnandus, an procedat decisio Bar. hic, & difficultatem causat, quia sententia lata per uerba futuri temporis non ualet, quia aliud est condemnare aliud pronuntiare condemnandum, ut inquit Bar. in l. j. & ij. Cod. si aduers. liberta. & l. fin. Cod. ubi & apud quem. & in l. ab executione. Cod. quorum appellatio. non recipiuntur. unde inferrebat Bart. quod si iudex dixit. pronuntio prout in consilio, quod sententia non ualet, quia in consilio est uerbum futuri temporis, & aliud est condemnare aliud pronuntiare condemnandum. contrariam tamen opinionem, quod imo ualeat sententia per dictũ uerbum futuri temporis prolatam, tenuit glo. ordinaria in l. diem proferre. §. si plures. ff. de arbitris. in glo. magna prope finẽ, quæ dixit ista æquiparari, condemno, uel pronuntio condemnandũ, & illam glo. sequitur Abb. in capitulo primo. ultimo no. de iudi. & Imo. in l. si quis filio. §. irritum. de iniusto rup. & irri. testam. & Alex. in l. in substitutione. ff. de uulg. & pupilla. & hic per Claudium Saysella multa cumulantẽ, & sequitur etiam Ripp. hic. per tex. in l. quid tamen. ff. de arbi. ubi ualet pronuntiatio, mihi uidetur nihil debere, & glo. ibi addit quod non est opus iudicẽ affirmare uel negare, & allegat etiam text. in l. penul. ff. de rescind. uenditio. & in l. accusatoribus. ff. de accusationibus. & in l. post legatum. §. libertas, ff. de iis quibus ut indig. & l. si mihi & Titio. §. testamentũ. de testamẽto militari. & capitulo cum Bertoldus. de re. iudi. & sequitur etiam Abb. in cap. cum uenerabilis. de exceptionibus & ibi Feli. hinc inde multa ad saturitatem allegat, & addit quod est com- *
munis* opinio, & facit etiam quod uoluit Feli. in cap. cum uenissent, colum. 16. de insti.

84 Ideo † dicti doctor. reprehendunt illationem Bartol. de consultore, uolentes quod dicta sententia (pronuntio prout in consilio) sit bona. & in terminis posuit Abb. in dicto capitulo cum uenerabilis. alii uero in illatione Bart. distingunt, quod quando iudex dixit (pronuntio condemnandum prout in consilio) tunc non ualeat, sed si diceret (pronuntio ut in consilio uel condemno ut in cõsilio) tũc induceretur sententia, secundum Butriũ & canonistas in dicto capitulo cum uenerabilis.

85 Alciatus uero † hic tenet primam opinionem, quod imo sententia non ualebit, ex eo quia aliud est pronuntiare condemnandum, aliud est cõdemnare, & hãc opinionem etiam ego puto ueram, quia non dicitur esse conformis libello, in quo petitur ut condemnet, non autem ut pronuntiet condemnandum. Nec potest summi arg. a contrario, ergo condemno, quia illud sumitur in propositione negatiua, quando negauit unum uerbum, non autem in propositione affirmatiua, dicendo pronuntio condemnandum, non enim per argumentum aliquod potest inferri, ergo condemno, ideo neque in uerbis neque in mente dicitur condemnare, & hæc est tutior & uerior opinio. unde solent boni iudices dicere, pronũtio condemnandũ prout per præsentẽ nostrã sententiã condemnamus.

86 Addit tamen † hic Alexand. bonum uerbũ, quod licet talis sententia non ualeat ut diffinitiua, quia non diffinit negotium, tamen ualebit ut interloqutoria, quia interloquitur an sit condemnandus, & habet uim diffinitiuæ, quia non potest ab eo reuocari. unde potest appellari sicut a cæteris interloqutoriis habentibus uim diffinitiuæ, & est de mente Bald. in l. cum iudex. Cod. de sententiis. & Alex. hic, dum respondet ad dictã l. Emylius. quos Alcia. sequitur. & cum sit interlocutoria non extinguet iurisdictionem iudicis, quasi functus sit officio suo

cio suo

cio suo. iuxta l. iudex postquam. de re iudi.

87 Ideo si durat † instantia poterit iudex proferre sententiam condemnatoriam, dicendo condemno, quæ erit mere diffinitiua, quando ab ea nõ fuerit appellatum, & addit etiam, quod ista secunda non erit appellabilis, ex quo uenit in executionem primæ, et est glo. no. in l. si cum exceptione. §. hæc autem actio. ff. quod metus causa. & ab executione uel etiam a pronuntiatione de exequendo non appellatur, ut est magis communis * opinio per Angel. in l. ab executore. ff. de appellationibus. Alex. consilio 95. in 2. & mod. in capit. nouit. de appellationibus, & adductis in contrarium respondet Feli. in dicto. cap. uenerabilis. sed hoc ultimum mihi non placet, quia non est uerum assumptum quod hæc sentẽtia sit lata pro exequtione primæ, quia non tendit ad exequtionem, sed tẽdit ad eam confirmandam & perficiendam. unde argumentatio de senteutia exequtiones nõ ualet, quia tunc fertur pro exequtione quãdo fertur ad finem ut satisfiat uictori, & cogatur adimplere, hæc autem non tendit ad hunc finem, unde remanebit mera diffinitiua cõfirmatoria primæ, a qua poterit appellari sicut a cæteris diffinitiuis.

In proposito autem casu quando formata est quæstio de pluribus iudicibus proferrentibus sententiam per uerbum futuri temporis, si tu tenes quod ualeat ut diffinitiua, tunc conclusio Bar. erit uera, etiam in iudicibus, sed si tenes quod nõ ualet ut diffinitiua, tunc non poterit procedere in iudicibus, sed solum in consultoribus, tamen poterit ualere ut interloqutoria, & tertius concordabit cum primo ad perficiendam hanc interloqutoriã, & hæc sufficiant de prima parte tex. quæ redditur ualde notabilis, & generalis, & utilissima.

88 In secunda parte † ponitur resolutio alterius quæstionis, An responsio facta sine uerbis quæ tamen demonstret consensum certum pernutũ uel signa, perficiat stipulationem, & Vlpianus determinat quod non, sed quod stipulatio erit nulla, ut nec etiam ex ea nascatur naturalis obligatio, neque ei posit accedere fideiussor. unde colligitur ex isto tex. quod stipulatio sine responsione uerbali non ualet, & ratio est apparens, quia stipulatio non potest confici nisi utroque loquente, hic uero non loquitur, ergo stipulatio non ualet, sicut neque in muto neque in infante, unde habes quod tacita responsio non perficit stipulationem, & uidetur contradicere tex. in prima parte, ubi per responsionem subauditam, quæ in totum est tacita, perficitur stipulatio, sed solutio data fuit in præcedentibus, quod ibi illa tacita prouenit a uerbis expresis, hic uero nullum uerbum fuit expressum, & magna est differrentia secundum hunc text. an tacita proueniat a uerbis expresis uel fiat sine uerbis, quia tunc est penitus tacita, illa uero dicitur tacita uerbis specialibus sed expressa uerbis generalibus, & dicitur contraria tacitæ. ut in hoc tex. in uerbo econtra.

89 Vnde infertur † ad statuta facientia mentionẽ de tacita uel expressa dispositione, ut sub nomine expressæ ueniat hæc uerbis generalibus facta, & ideo si statutum dicat, quod expressa in istrumento mittantur executioni, hęc stipulatio etiam mittetur executioni uirtutę statuti, & si lex dicat quod expressa pupillaris excludit matrem, & tacita nõ excludat, expressa uerbis generalibus excludet matrem, ut per Bartol. in l. j. supra de uulg. & pupill. ubi Rippa multa ad propositum adducit, quę comprobantur per decisionem istius tex.

90 Secundo notandum est † ex isto tex. quod stipulatio nõ ualet quando annuit sine uerbis, & partes consentiunt, & sic apparet quod non possunt partes consentire, ut stipulatio ualeat non seruata forma, & est ratio, quia forma est iuris publici & priuati ei renuntiare non possunt. l. ius publicũ ff. de pactis, & l. 3. ff. de testamentis. & ratio rationis est, quia in contractibus constituti sunt certi limites qui præteriri non possunt ne inuicem confundãtur. l. ij. ff. si cer. petat. & ibi no. & faciunt no. in l. nemo potest. supra de leg. primo & l. obligationum fere. §. placet, supra titulo primo. ex quo infertur, quod non ualet pactum ut sine uerbis stipulatio ualeat & producat actionem etiam si dicant quod uolunt stipulationem haberi pro facta quia hoc non dependet ab eorum uoluntate, & stipulatio non ualebit, & nõ poterunt facere quod stipulatio ualeat & obligatio ex ea nascatur. l. cũ præcario. ff. de præcario, & dixi supra in principio in notabilibus.

91 Item † infertur quod si partes conuenissent ut contractus perficeretur ad consilium sapientis, nõ posset consultor addere stipulationem, si non fuit facta a partibus, quoniam non possunt dare partes consultori potestatem faciendi quod ipsę facere non possunt, & ideo omnia alia utilia partibus facere poterũt in quibus non deficit forma. illa uero in quibus deficit forma non poterunt per consultorem subaudiri.

92 Item & Tertio † infertur, quod si notarius esset solitus apponere stipulationem, & eam ommisisset quod quamuis ei permittatur clausulas solitas subaudire. lege quod si nolit. §. qui assidua. ff. de ædili. ædicto. & no. in l. si librarius. ff. de reg. iuris, tamen non poterit subaudire stipulationẽ si non interuenerunt uerba neque alia similia in quibus forma non interuenit, unde in utroque casu opportebit cõsiderare, an in instrumento fuerit scripta interogatio & responsio aliqua, & si apparebit scripta, licet non animo stipulandi, & tũc per consultorẽ & notarium poterit suppleri, stãte aptitudine ipsius formæ, qm̃ notarii tenentur apponere clausulas solitas, & etiã ipsam stipulationẽ, & tenuit Bald. & Niger ubi dixi in Rubric. supra eodem. sed si non interuenerunt uerba apta, tunc neque consultor neque notarius poterit eam subaudire, & ita procedit quod uoluit Ang. in l. quicquid astringendæ. infra eodem. nec dictio (extra) poterit hoc casu extendi ad stipulationem deficientibus uerbis, & sequitur hic Alcia. addens tex. in capitulo penul. ex. de iure iurand. & hæc de iure communi.

93 Ex consuetudine † uero tam consultor quam notarius poterit semper supplere stipulationẽ, quia

pasſim in pleriſque locis eſt permiſſum notariis ut ſcribant ſtipulationem factam, quamuis nulla actualiter interuenerit interrogatio & reſponſio, quæ conſuetudo ualet, ut dixi ſupra in princip. poſt Soccin.& alios, quod tamen intellige quãdo eſt etiam conſuetudo contrahentium ita faciendi ſtipulationem, licet nõ expreſſerint eam, facit lex uel uniuerſorum. de pigno. actio. cum ſimilibus, & ita habes per conſuetudinem unam ampliationem ad dictum. §. qui aſſidua, & duas reſtrictiones de iure. ut dictus. §. intelligatur quando ſolitus eſt notarius illas clauſulas apponere, & etiam eſt conſuetudo contrahentium. ſecunda quod interueniant uerba apta ut naturaliter inſit forma ſtipulationis, quoniam ſine naturali forma nec cõtrahentes ipſi per ſuam conſuetudinem poſſunt facere quod ſtipulatio habeatur pro poſita & producat obligationem,

94 Tertio notandum eſt † quod quando ſtipulatio eſt nulla ex defectu reſponſionis ſeu uerborum, tunc nullam producit obligationem neque naturalem neque ciuilem, & concordat tex. in l. cum qui. digeſt. de conſti. pecunia. ſed in contrarium uidetur eſſe tex. in l. ſi ſtipuler. §. fi. infra eod. ubi tex. in terminis. & l. ſi ita ſtipulatus. §. Chriſogonus. infra eodem, & l. certi condictio. §. quoniam. ff. ſi cer. petat. ubi ſi ſtipulatio ſit nulla producitur alter contractus & naſcitur obligatio ex eo. & ſic uidetur quod deficiente ſtipulatione nihilominus naſcatur obligatio. facit tex. in l. 5. §. conuentionales. infra eo. ubi dicitur quod pendentia negotio contracto. ſoluunt communiter * docto. quod illa iura procedunt quando duplex erat materia in conuentione partium ad duos contractus conficiendos, ut quod intenderent facere emptionem uel uenditionem, locationem, uel mutuum, nam licet ſi ſtipulatio ualeret poſſent ſimul uniri & creari unicus contractus ſtipulationis. dicto. §. Chriſogonus. & §. quoniam. tamen ſi ſtipulatio eſt nulla, non impediuntur naſci ipſi contractus qui producant ſuas obligationes etiam ciuiles & actiones. nos autem loquimur quando unica fuit materia ſtipulationis in mente partium. nam tunc ſi eſt nulla & inualida propter deffectum reſponſionis, nulla poterit naſci obligatio ciuilis & naturalis, per iſtum tex. & ita reſtringunt hunc tex. quãdo interuenit unica materia ſtipulationis, & ſi quęratur, quomodo ſciemus quod duplex materia interuenit. reſpondet quod apparebit quando præceſſit tractatus faciendi uel mutuum, uel uenditionem, & locationem, ſed ſi non præceſſit tractatus, tunc unicus tantum contractus naſcetur ſtipulationis præſumetur, & ea deficiente nulla poterit naſci obligatio, ut in iſto text. qui debet reſtringi quando non præceſſit tractatus alterius contractus.

95 Sed contra † hanc ſolutionem inſtatur, quia uidetur quod ſemper interueniat duplex materia ut ſemper uideatur actum de duobus contractibus, quoniam ſtipulatio ſine cauſa dicitur eſſe nulla. l. ij. §. circa. ff. de exceptio. doli. & quando interuenit cauſa illa dependet ab aliquo contractu, & ideo ſemper uidetur eſſe materia plurium contractuum, cum ab ea reguletur ſtipulatio. dicto. §. cõuentionales. ibi, a negotio contracto pendet. & late dictum fuit in Rub. ſupra eo. in illo diffuſo articulo, An ſtipulatio reguletur ſecundum naturam actus uel contractus. ſed reſpondetur defendendo communem, quod non ſequitur neceſſaria, eſt cauſa, ergo ineſt materia duorum contractuũ, quoniam ſtipulatio plærũque apponitur propter contractum factum ſuper una parte contractus, ut eſt illa ſtipulatio, rem tradi, uacuamque poſſeſſionem tradi, quæ fit tantummodo ex parte emptoris, & eſt cauſa ſufficiens ut ualeat ſtipulatio & ab ea reguleť. l. ſi ſtipulatus. ff. de uſur. & l. ratio. §. j. de actio. emp. & tamen non erit materia contractus uenditionis, quoniam ab una parte tantum fieri non poteſt. idem erit quando uenditor ſtipulatus eſt ſibi prætium dari, & fideiuſſorem præſtari. nam tunc regulabitur ab illa cauſa uenditionis, & tamen non erit dupplex materia, Tertio etiam generaliter apparet ubicunque ſtipulatio apponitur ſuper contractu perfecto; quia ab ea cauſa regulabitur, & tamen non erit dupplex materia, ut in caſu legis. j. §. belliſsime, & §. ſequenti. ſupra ut lega. no. cauea. & in l. ſi eum. §. qui iniuriarũ. digeſt. ſi quis cautionibus. & in l. miles, §. decem. digeſt. de re iudi. cum multis cumulatis in dicta Rubric. in quibus omnibus caſibus erit ſtipulatio de per ſe, & ſi ipſa erit inualida nulla naſcitur obligatio ciuilis nec naturalis neque aliquis etiam alius cõtractus qui obligationes aliquas producant, & ſic apparet quod tex. noſter generaliter poteſt procedere.

96 Et ſi dicatur † ſaltem quando ſtipulatio apponitur ſuper toto contractu naſcitur duplex actio, ſi ſtipulatio eſt ualida uel ſi erit nulla naſcetur obligatio naturalis, contra tex. noſtrum. per l. duo ſocietatem. digeſt. pro ſocio. reſpondeť quod ibi contractus alius erat perfectus, & ſtipulatio fuit ſuper partibus contractus appoſita, & nunquã ſtipulatio producit actionem ſi nulla eſt, ſed ipſa actio naſcitur ex contractu qui præceſſerat, uel generaliter ad omnia dicta contraria reſpondeas, quod quamuis ſit duplex materia, uel etiam propter cauſam naſcantur plures actiones, tamen non obſtant textui noſtro, qui dicit quod ſtipulatio ſi eſt inualida non producit obligationem neque naturalem neque ciuilem, non autem dicit quod impediat alios contractus implicitos producere ſuas actiones; cum ipſi habeant ſuam materiam aptam, & aliud eſt ex ſtipulatione naſci obligationem naturalem, aliud eſt deficiente ſtipulatione non impediri naſci actiones ex ſuis cõtractibus, de quo non loquitur iſte text. & ſemper remanebit uerum quod quando ſtipulatio eſt nulla ex ſua materia ſtipulationis, neque naturalis obligatio naſcitur, & ſic ſemper ſtat firma concluſio, quæcunque ſit ſtipulatio, ſiue habeat mixturã cum alio contractu ſiue non habeat, tamen ex ſua materia ſtipulationis ſemper erit uerũ quod nulla naſcitur obligatio, neque etiam naturalis, quãuis non impediat actiones proprias ex ſuis contractibus

tractibus

tractibus nasci, de quo hic non quæritur.

97 Sed iterum † instatur, quia imo uidetur quod semper ex ipsa materia stipulationis debeat nasci obligatio naturalis quoniam omnis stipulatio uidetur in sua substanria continere pactum. nam stipulatio non est sine consensu l. prima. in fin. de pactis. pactum autem est consensus. ergo pactum uidetur esse materia stipulationis. item pactum in genere comprehendit sub se stipulationem, in dicto. §. fin. genus autem semper inest in suis spetiebus, lege si quid earum. §. inter emptum. digest. de legat. tertio. igitur cum in materia & substantia stipulationis insit pactum, sequitur, quod quamuis stipulatio sit nulla ipsum, pactum remanet, & debet ex eo nasci naturalis obligatio, & hoc uidetur expresse dicere text. in lege. an inutilis. digestis de acceptilationibus in secundo responso. dum dixit potuit ne non esse consensus, quasi dicat si pactum est consensus & inest in stipulatione, tantum est dicere non inest pactum, quantum est dicere quod stipulatio est sine consensu, istud contrarium prima facie uidetur, plurimum urgere, & propter illud Cumanus hic fuit in singulari opinione ut refert Soccinus super glosa numero 6. quod semper pactum insit in stipulatione, & quod semper si non ualet ut stipulatio remaneat pactum quod est de eius materia cum obligatione naturali. argumen. legis quotiens. supra de rebus dubiis, & lege miles qui destinauerat, de testament. milit. etiam quod expresse esset actum quod fieret stipulatio, dicendo, promictis mihi stipulanti, argument. text. in lege si unus. §. acceptilatio, supra de pactis in sui generalitate, & ad istum textum respondebat, & dictum. §. eum qui. quod procedunt quando expresse est actum quod non insit pactum, quia in dubio semper cum sit de materia dicitur inesse, & solum impeditur quando actum fuit quod stipulatio sit nulla & etiam pactum, ut probatur in dicta l. an inutilis. secundo responso. recte ponderato, sed licet hæc opinio uideatur probabilis. tamen ipsa non est uera, quoniam nimis uiolat & lacerat istum textum. & dictam legem primam. §. eum. quæ iura simpliciter dicunt quod stipulatio inutilis nullam producit obligationem, & non additur quod actum fuerit ut etiam pactum non ualeret.

98 Et ideo simpliciter † opportet dicere quod in stipulatione nulla regulariter non insit pactum. non obstat argumentatio supra posita, quod pactum cum sit consensus inest in materia stipulationis, quia respondetur negando, & quod est æquiuocatio, nam in stipupulatione inest consensus, & pactum in genere, sed non inest pactum in spetie, quia pactum in spetie habet suum consensum cum sua materia & forma qui differt a consensu stipulationis, sicut etiam differt a consensu interueniente in contractu uenditionis, locationis, & mutui, & aliorum contractuum, cum & pactum sit spetialis contractus, & ideo sicut consensus aliorum contractuum non inest in materia stipulationis. ita nec etiam pactum dicetur inesse in materia stipulationis.

Et sequitur conclusio generalis, quod stipulatio facta non habet implicitum pactum neque eius materia implicat consensum pacti, sed ipsa semper est sola, & solum contractum stipulationis producit, nec obstat dicta. l. an inutilis. quia non dicit potest ne non esse consensus stipulationis, quia semper necessario inest, sed dicit, potest ne non esse consensus pacti, & respondet quod sic, quia nihil impedit quod sit stipulatio ualida uel nulla cum suo consensu, & tamen non insit pactum ipsum neque consensus ad pactum.

99 Quare remanet † quod conclusio text. nostri semper & indistincte est uera, quando stipulatio est nulla nullam quoque producit obligationem etiam naturalem quæ nascatur ex ipsa stipulatione. cum propter formam ommissam consensus suus nihil operatur, quæ conclusio procedit etiam quando ipsa stipulatio habet mixturam alterius contractus, nam tunc sunt duo cõsensus causantes duos contractus coniunctim, & quando stipulatio est nulla propter formam deficit suus consensus in totum, & nulla obligatio potest nasci generalissime, sed tamen non impedit quin alter contractus coniunctus producat suas actiones & obligationes, & si pactum quoque esset in instrumento, non impediret illud producere suam obligationem, tamen semper remanebit uerum quod ex ipsa stipulatione cũ sua materia deficiente forma nulla nascitur obligatio ciuilis neque naturalis.

100 Sed adhuc instatur † quia imo uidetur quod saltem ex præsumpta mente contrahentium uideatur semper actũ quod insit duplicatus consensus ad pactum, & ideo semper deficiente forma nascatur obligatio ex pacto. dicta. l. si unus. §. acceptilatio. supra de pact. & l. si acceptolatum. infra de acceptilationib. respondetur quod hæc est alia questio, qm̃ aliud est querere, an pactũ insit in materia stipulationis, aliud est quærere an contrahentes ultra materiã uoluerint quoq; facere stipulationẽ, nã tunc ingredimur illũ diffusum articulũ An si non ualet ꝙ ago ut ago ualeat ut ualere põt, ex capite alterius actus quẽ examinat Bar. infra super glo. & ibidem etiã nos latissime discutiemus. sed tamẽ quia Bar. ibi & docto. examinãt illũ articulũ generaliter, respiciẽdo oẽs actus, cõueniens est ꝙ cũ hic tractetur de sola stipulatione, ut spetialiter illũ examinemus prius in sola stipulatione, ut habeamus perfectum intellectum tex. nostri, & euitemus æquiuocationes.

101 Quæro igitur † ex mente doctor. licet non exprimant, an si stipulatio sit facta, & ex aliqua causa sit inutilis, an si non ualeat ut stipulatio ualeat eo modo quo ualere potest qm̃ plærunque deficiente forma remanet consensus sufficiens

ad pactum ideo dubitatur an si non ualet ut stipulatio ualeat ut pactum, in qua difficultate dicas. Aut præcessit materia alterius contractus cum tractatu uenditionis locationis uel similis, & tunc semper datur regula, quod si non ualet ut stipulatio poterit ualere ut ille contractus. quia stipulatio inutilis non impedit contractum coniunctum producere actiones suas. dicta l. si stipuler. §. fin. & l. certi condictio. §. quoniam. digest. si certum petatur & l. si ita stipulatus. §. Chrisogonus. inf. eodem. & in hoc conueniunt omnes.

102 Secundus casus est † quando non interuenit tractatus neque materia alterius contractus, sed tamen semper potest dubitari an saltem uideantur partes uoluisse facere pactum, & quod si non ualet ut stipulatio saltem ualeat ut pactum, & in hoc sunt opiniones contrariæ, & articulus redditur difficilis sicut & ille generalis, & quod ualeat facit text. in dicta l. si unus. §. acceptilatio. & dicta l. si acceptolatum, de acceptilationibus. in qua difficultate uariæ sunt opiniones Doctor. & prima fuit Cuma. qui uolebat quod semper præsumeretur actum quod ualeret in uim pacti, per rationem supra positam, quia pactum tanquam consensus uidetur esse de materia stipulationis, quam opinionem supra reprobauimus, quia fundamentum suum non est uerum, & etiam contradicit text. in dicta l. an inutilis. secundum communem literam & reprehendit hic Socci. super glo. naturaliter.

Secunda est opinio, quæ uidetur communis quod in dubio præsumatur actum quod ualeat ut pactum, tamen non per rationem, quod pactum sit de materia stipulationis. sed quia contrahētes semper præsumuntur uelle facere actum utilem l. quotiens. digest. de rebus dubiis. & l. quotiens in stipulationibus. infra eodem. unde uoluerūt quod si non ualet ut stipulatio ualeat ut ualere potest, & sic in uim pacti ne pereat in totum actus, & de isto pacto præsumuntur in genere cogitasse. argument. text. in l. qui iure militari. digest. de testamento militari, & per text. in capitulo primo de sponsalibus in 6. & probatur in dicta l. an inutilis. secundum literam Pisanam. ut hic per Soccin. & ad text. nostrum & dictum. §. eum qui. respondent quod procedunt quando contrahentes se restrinxerunt ad stipulationem. quia tunc apparet quod non habent animum ad pactum per l. non omnis. digest. si certum petatur. opportet tamen quod de ista uoluntate se restringendi constet, & exemplum ponunt quando dixerunt promittis mihi stipulanti & promitto tibi stipulanti, ut dixit præcise Bald. in Rubric. Codic. de con. pecun. columbn. fin. uersicul. sequitur uidere. quem hic refert Imol. colum. fin. & Galliaul. in ultimo no. & Alexand. plenius in. §. præcedenti. unde restringunt istum textum ut procedat quando essent apposita illa uerba (promittis mihi stipulanti uel ex stipulatione) ut per eos, sed Areti. reprehendit, & dicit hanc opinionem esse nimis uiolatiuam & desttuctiuam text. nostri, & dicti. §. eum qui. simpliciter dicentium, quod ex stipulatione nulla non nascitur obligatio naturalis, & text. in dicto. §. eum qui. dicit, si non ualet ut stipulatio neque ut constitutum ualet, quia non habet animum constituendi, & sic text. uult, quod ex hoc solo quod facit stipulationem demōstrat non habere animum faciendi constitutum neque pactum. item iurisconsultus fuisset diminutus, item hoc modo intelligendo fuisset deffectus materiæ secundum eum, & per interrogationem satis cognoscitur uoluntas stipulandi.

103 Vnde † Aretin. ponit tertiam opinionem quę est contraria præcedenti, quod in dubio si non ualet ut stipulatio neque ualet ut pactum, dictis iuribus. & est ratio, quia in dubio partes uidentur se restrinxisse ad stipulationē, & non habuisse animum faciendi alium contractum nisi stipulationis, quem animum demonstrauerunt quando inceperunt ab interrogatione, cum seruando formam præsumuntur uelle facere actum qui requirit illam formam, & se restrinxisse ad eam, per text. in l. non codicillum, Cod. de testam. & l. prima. digest. de iur. codicillo. & ad allegata in contrarium respondet, quod ibi interuenit uoluntas tacita uel expressa secundum formam positam in dicta l. an inutilis. secundum communem literam, item ibi est deffectus materiæ idest rei super qua interponitur, ideo ipse facit regulam, quod si stipulatio non ualet ut stipulatio, neque ualet ut pactum, fallit quando hoc actum fuit, quæ opiuio satis dicitur conuenire text. nostro. & dicto. §. eum qui. & etiam text. in dicta l. an inutilis. secundum unam lecturam. tamen postea uidetur uiolatiua ad glo. in l. iurisgentium. §. quod fere. digest. de pact. & etiam ad dictam l. si unus. §. acceptilatio. & dictam legem an inutilis. secundum aliam literam, ut hæc declarat Herculanus Perusinus qui etiam demonstrat communiter doctor. non sensisse quod dicit Aretinus, nec uidetur sufficiens coniectura quod incipiant partes ab interrogatione, cum illa possit conuenire omnibus contractibus. dicto. §. quod fere.

104 Quare quarta † est opinio ex mente Bartol. in illo generali articulo, quod aut deffectus est in forma, & tunc si non ualet ut ago neque ualet ut ualere potest, si uero est deffectus in aliis requisitis, tunc ualeat ut ualere potest, & dicit eam procedere etiam quando agitur de obligatione dissoluenda, & hanc tenet Alcia. hic numero 9. & uidetur esse de mente docto. in dicto principali articulo, quia deffectus formæ est potentissimus, quoniam forma dat esse rei. l. Iulianus. §. sed & si quis, supra ad exhibendum. & solet dici quod maior est deffectus formæ quam materiæ, quia quando est deffectus formæ lex resistit actui, ut impediat eum in totum. lege si non sortem. in princip. supra de condi. indeb. quæ opinio uidetur bona ad istum textum qui loquitur de deffectu formæ, & dictum §. eum qui. tamen uidetur diminutiua ad dictam

ctam l. an inutilis, & ad glo. in dicta. l. iurisgentium §. quod fere.

105 Item † non est uera in eo quod dicit de deffectu materiæ, quia materia stipulationis est ipse consensus sicut & aliorum contractuum. l. prima. in principio. digest. de pactis. & deficiente consensu nulla potest nasci obligatio neque pactum, dicta l. prima in fin. de pactis. unde deffectus materiæ æqualiter impedit pactum sicut deffectus formæ, & fortius, cum non entis nullæ sint partes, l. eius qui in prouinciam. digest. si certum petatur. item dum Bartol. dicit, quod deffectus in causa efficiente non impedit pactum nasci. per l. Mutus. & l. quacunque. digestis. de procurator. quia ibi dum loquitur de muto est deffectus formæ cum non possit loqui, & in infante esset deffectus in causa efficiente, & tamen stipulatio non poterit ualere, neque etiam iure pacti. unde quod dicitur de deffectu causæ efficientis debet restringi tantum ad casum quo possit seruari forma, & interuenire consensus, ut est in pupillo qui sine tutoris authoritate stipulatur, nam tunc obligabitur naturaliter, per text. in. §. per nouationem. insti. quibus mod. toll. obligat. & §. primo. insti. de fideiussoribus. Quinimo potest dici quod tunc obligatio non nascitur ex pacto, sed potius nascitur ex stipulatione propter illam causam, quod pupillus ciuiliter obligari non potest, & idem etiam potest dici de eo qui stipulatur alteri. ut in l. stipulatio ista. §. alteri, infra eodem, cum materia. præterea etiam si deffectus est in re neque etiam ualet ut pactum, ut insti. de inuti. stipulationibus. §. primo.

106 Quare tu dicas † quod in stipulatione regula generalis debet tradi, quod si non ualet ut stipulatio, neque ualet ut pactum, per istum textum. & dicta l. cum qui, quoniam in dubo contrahentes uidentur se restringere ad actum quem faciunt & non ad alium. iuxt. l. non omnis. digest. si certum petatur. & procedit sine dubio quando est deffectus formæ hic, & in dicto. §. cum qui. item quando est deffectus in causa materiali, idest in ipso consensu. item quando est deffectus in causa efficiente, ut in muto uel infante; item quando quando est deffectus in re, ut quia non sit in commertio. Fallit autem quando expresse actum fuit quod ualeat ut pactum, nam tunc seruabitur uoluntas. dicta l. fin. Codic. de codicillis. & fallit quando est apposita clausula (omni meliori modo) Tertio fallit quando est deffectus in re qui tamen non reperitur in aliis contractibus, ita probatur in dicta l. si acceptolatum, quia obligatio naturalis non potest tolli per acceptilationem, sed bene potest tolli per pactum uel saltem impediri. Fallit quando deffectus est in causa efficiente ex hoc solo quod non potest obligari, ut in pupillo stipulante, quamuis possit dici quod nec etiam est limitatio, quoniam tunc est uera stipulatio sed non obligans ciuiliter, ut patet in dicto. §. per nouationem, quia illa facit nouationem. & alii contractus non possent facere. item fallit quando est deffectus in persona cui acquiritur, ut ei ciuiliter acquiri non potest. dicto. §. alteri, quæ etiam non uidetur bona fallentia, quoniam remanet uera stipulatio. sed non obligans ciuiliter ut ibi, taliter quod in effectu non sunt nisi quatuor proprie limitationes quas tamen omnes plenius declarabimus infra in generali articulo qui est communis cum hoc, & restringemus in aliquibus, & alias limitationes dabimus.

107 Sed tamen adhuc † remanet dubitatio, utrum prædicta regula quæ loquitur quando deffectus stipulationis reperitur in omnibus rebus deductus an etiam habeat locum quando deffectus reperitur in una re deducta in stipulationem & non in alia re, exemplum est, quando aliquis interrogat an uelit dare Stichum, & ille respondeat quod uult dare Stichum & Panphilũ, quo casu stipulatio ualet in Sticho & non ualet in Pamphilo, in quo non fuit seruata forma interrogationis, ut infra eadem lege. §. si stipulanti, &. §. sed si mihi. Matthesil. dicebat in not. suo 27. quod ex tali stipulatione nec naturalis obligatio nascatur, ut in Pamphilo non ualeat, neque ut stipulatio neque ut pactum, quia qui interrogauit cogitauit de Sticho tantum, & ille qui respondit cogitauit de stipulatione tantum, & non de pacto, & ideo non potest a nulla parte ualere ut pactum, confirmatur per text. in dicto. §. sed si mihi. qui dicit, quod stipulatio est inutilis & superuacua, ergo non ualet ut pactum, quia non esset superuacua. Secundo in eodem text. dicitur quod nulla nascitur obligatio, ergo nec naturalis. item & quarto probatur, quia si ualeret ut pactum illud uestiretur cohærentia contractus & produceret actionem, iuxta l. petens Codic. de pactis. & l. lecta. digest. si cert. petatur. quod est expresse contra illum textum & has ponderationes facit etiam Ias. & alii in dicto. §. sed si mihi.

108 Soccin. autem hic † tenet contrarium, per glo. in l. rogasti. §. si tibi. digest. si certum petatur. ubi text. dicit, quod si quis dedit undecim mutuo ut restitueret tantummodo decem non constituitur mutuum nisi in decem, glo. querit ibi quid fiet de illo uno, & respondet quod accipiens retinebit iure donationis, quæ hodie ualet ex solo pacto. l. si quis argentum. §. penul. Co. de donatio. ergo eodem modo uidetur quod in illo Pamphilo ualeat obligatio iure donationis, nam mutuum non potuit esse nisi in decem, & sic in aliquibus ualuit, & aliquibus non, & tamen in illo addito est pactum, ergo & in Pamphilo addito debet ualere ut pactum, nec obstant contraria, quia per illam glo. declaratur ille text. ut antiquitus non ualeret, hodie uero ualeat iure donationis, per dictam l. si quis argentum, quamuis respondeat quod illa glos. procedit quantum

ad ualiditatem actus, & non quantum ad annullandum. ut per Bartol. in l. Seia. §. Gaio. de fundo instructo. numero 5. uersiculo primo. casu. Et l. cum uulgari. de dote prælegata. ibi, alias legatum efficeretur inutile. Non obstat quod non habeant animum paciscendi, quia imo præsumitur ut habeant animum. per not. in dicto. §. Gaio, & dicta l. cum uulgari. Non obstat quod sit inutilis & superuacua, quia intelligitur de ipsa stipulatione ut stipulatione, non autem de pacto resultante, non obstat quod nulla nascatur obligatio, quia similiter intelligitur de ipsa stipulatione non de pacto ressultante, quia exceptio declarat regulam. l. nam quod liquide. de penu. lega. Non obstat quod uestiretur cohærentia stipulationis, quia respondetur negando quod pactum ressultans de re principali uestiatur cohærentia contractus, quas responsiones approbat & sequitur hic Rippa numero. 26. qui expresse negat uestiri pactum cohærentia stipulationis, quia non solet uestiri pactum de re principaliter deducta in promissionem, sed solum de accessoriis & appendiciis, & correspectiue promissis, ut not. in dicta l. petens. Alciatus autem in dicto. §. si stipulanti. multum dubitat circa prædicta, hinc inde allegans, sed in. §. sed & si mihi. magis resolute tenet opinionem Matthesi. quæ uidetur esse magis communis * & efficitur utilis inuestigatio, attento quod hodie donatio ualeat ex solo pacto nudo. dicta l. si quis argentum, & sequeretur quod parum interesset an ualeret ut stipulatio, cum per pactum posset ualere efficaciter.

109 Mihi autem † magis placet etiam prædicta opinio Matthe. & communis, quod imo in dicto casu cum stipulatio non ualeat in illa re adiecta nec etiam ualeat ut pactum neque ut donatio, & probatur primo ex præcedenti regula sumpta a text. nostro, & nunquam præsumitur pactum nisi actum fuerit expresse uel per aliquam aliam clausulam, & nec deffectus formæ semper impedit, atque deffectus materiæ. secundo probatur per dictum. §. si stipulanti, & dicto. §. sed si mihi. non uiolando literam, quæ simpliciter negat obligationem nasci, ac dicit esse superuacuam & inutilem in re adiecta, cum si ualeret ut pactum. quod non esset si ualeret ut pactum saltem respectu retentionis. item illud pactum posset uestiri cohærentia stipulationis, quoniam sunt duæ stipulationes. l. scire debemus. infra eodem, & illa res adiecta est accessoria ad aliam, & posset pactum uestiri. argument. dictæ l. petens. confirmatur etiam, quia text. in dicto. §. quod si adiicit. uult quod si diuersitas placeat inducatur stipulatio, quæ diuersitas non potest esse nisi superueniat consensus, qui quoque debet superuenire ad hoc ut ualeat ut pactum, ergo negat ualere ut pactum, cum uelit ualere ut stipulationem propter extensionem interrogationis, & per consequens, aut placebit diuersitas, & erit sola stipulatio, aut non placebit, & tunc nec etiam pactum uel donatio esse poterit, item non curasset iurisconsultus addere de diuersitate si potuisset ut pactum uestitum ualere.

Tertio potest adduci ratio Matthesilani, cui non fuit bene responsum, cum illa lex. Iam hoc iure. procedat etiam quando per unitatem sermonis annullatur actus, cum ibi substitutio quæ in uno ualeret in nullo admittitur, & sic annullatur, nec obstat doctrina Bartol. in dicta l. Seia. §. Gaio, quia illa procedit in repetitione, hic autem non sumus in repetitione, sed de una separata promissione de pluribus rebus. nec obstat glos. in dicta. l. rogasti, quia illa loquitur quando interuenit actus extrinsecus per quem consensus tacitus sine uerbis solet induci, l. qui patitur. digest. Mand. & l. secunda. Codic. de pact. & l. filius familias. digest. ad Macedoni. ibi autem interuenit traditio de undecim, & postea conuentio quod non teneatur restituere nisi decem, quæ duo demonstrant consensum utriusque, & faciunt tacitum consensum donationis, & sic illa glosa bene loquitur in casu suo, & Matthesi. in suo & habes ampliationem ad regulam supra positam, quod non ualeat stipulatio tanquam pactum, etiam quod in una re deducta ualeat & in alia non.

110 Et effectus est † maximus an nascatur naturalis uel nulla & primus est propter nouationem quæ non inducitur sine obligatione, dicto. §. per nouationem ubi per stipulationem factam a pupillo fit nouatio, & non per factam a seruo. Secundo est utilis propter condictionem indebiti seu repetitionem quę datur ex naturali obligatione. l. prima. cum materia. digestis de condictio. indebiti. Tertius est effectus quem ponit text. quia fideiussio cum sit accessoria non potest stare sine principali; l. cum principalis. de regulis iuris. non tamen est necessarium quod principalis subsistat cum omnibus suis requisitis, nam sufficit quod aliqua obligatio nascatur uel naturalis uel ciuilis, ut instit. de fideiusso. §. primo. & l. fideiussor obligari. §. fideiussor. digest. de fideiusso. in tantum quod sufficit aliquando teneri per solum officium iudicis, ut per Bartol. in l. Marcellus. infra de fideiussoribus. & l. si. ff. de minoribus. quod officium iudicis aliquam præsupponit obligationem, cui potest accedere fideiussor. l. qui per collusionem. digest. de actio. empt. & per Bartol. in l. prima. colum. penul. digest. de iurisd. omnium iudicum. idem etiam erit quando fideiussor promitteret pœnam, ad quam non tenetur principalis, quia illa fideiussio sustinebitur tanquam sit accessoria ad principalem obligationem. secundum Bartolum. in l. ei qui. infra de fideiusso. ponentem late quo-

te quomodo sustineatur obligatio fideiussoria. Quartus est effectus in stipulatione pœnali, quæ poterit ualidare stipulationem primam nullam timore pœnæ si erat nata naturalis obligatio. l. si pacto quo pœnam. Cod. de pact. secus si non esset nata, ut dicitur in dicta l. stipulatio. §. alteri. infra eodem. de quo tamen dic ut ibi per Alexand. & Ias.

111 Glo. in uerbo annuisset. † declarat quomodo quis dicatur sine uerbis annuere, & dicit quod illud fit capite uel humeris. idem dixit glos. in l. item quia. supra de pact. quæ unum plus addidit, quod inducetur expressus consensus, & quod per talia signa possunt fieri omnes contractus iurisgentium. l. si stipuler. §. fin. infra eodem. qui tex. etiam probat quod in dubio non præsumitur consentire in aliis contractibus, cum dicat, si consensum fuit quę conditio se habet ad esse & non esse. & pertranseunt communiter* doctor. Iason uero hic dicit, glos. in quantum loquitur de capite, si inclinat caput uersus pectus, sed dum dicit de humeris, ut stringendo humeros uideatur consentire, uult non bene loqui, quia secundum Imol. & per experientiam quæ est rerum magistra. capitulo quam sit, de electione. cognoscitur quod dicitur facere signum dolentis uel dubitantis, non autem consentientis. Bartol. uero in l. nutu. de leg. tertio dicit notarium debere scribere annuentem fecisse illa signa stringendo humeros uel inclinando caput, tamen dicit sibi non placere, sed tu dicas quod Imola & Iason somniauerunt circa istam glosam quæ de modo annuendi non dicit, neque etiam Bartol. in dicta l. Nutu, neque glo. dicunt quod stringendo humeros quis dicatur consentire, sed solum dicunt quod capite & humeris is potest annuere, quomodo autem hoc fiat non declarauerunt.

112 Ideo tu plenius † declara. & dicas, quod capite quis potest facere triplex signum, unum inclinando illud super pectus, & tunc est signum consentientis, secundum omnes, & etiam per experientiam constat. Secundum fit concutiendo caput, & tunc est signum negationis, ut etiam experientia docet, hinc est quod turcæ in suis officiis per mediam horam concutiunt caput dicendo non est nisi unus Deus, negando Trinitatem. Tertio quis potest facere signum capite, inclinando illud uersus unum humerum, & eleuando oculos ad Celum & tunc est signum admirantis, ut fecit quidam Salernitanus coram quo legebatur instrumentum quasi fuisset ab ipso factum, semper tenuit caput uersus humerum eleuando oculos, & nunquam protulit uerbum, & postea eo discendente dixit præsentibus, estote testes quod ego non consensi, sed retinui oculos eleuans & caput super humerum demonstrando quod ualde admirabar.

113 Similiter † & cum humeris quis potest facere triplex signum, unum est quando inclinat eos in partem anteriorem uersus alium contrahentem, & tunc dicitur consentire, ut etiam experientia demonstrat, imo demonstratur maior animus, quia non contentatur inclinare solum caput sed inclinat etiam humeros. Secundo potest concutere humeros, & erit signum negantis simul cum capite, & contradicentis. Tertio poterit stringere humeros, & tunc erit signum dolentis seu dubitantis, ut dicebat Iason, uidi tamen quasdam senes mulieres Messanæ quando dicitur quod erant pulchræ quando erant iuuenes se totas concutiunt, & dicunt si me uidisses quando eram iuuenes, & uidetur esse signum lætantis, alia signa etiam inueniunt muti quos de præsenti inquirere non habemus. in proposito igitur dicendum est quod dum glos. uolunt capite & humeris quem annuere intellexerunt quod ipse inclinauit caput tantum uel humeros & personam uersus alium contrahentem, & ita demonstrauit consensum, & ratio est, quia per talem inclinationem demonstratur animus tradendi & se uniendi cum parte, quasi cum illo signo tradat rem & bonam uoluntatem, sed si concutiisset caput & humeros, contradixisset, & si strinxisset humeros fecisset signum dubitantis uel dolentis. & propterea Bartol. non sine ratione in dicta l. nutu. dixit quod notarius debet scribere signum factum a contrahente ad hoc ut per illud appareat animus suus & intentio an consenserit uel contradixerit, & quoniam hæc signa uaria sunt, & cum parua mutatione inducunt magnam diuersitatem effectuum, apparet quod sunt dubitabilia, ut dicit hic Soccinus ex mente Cuma. allegantis multas authoritates.

114 Propterea † lex ciuilis cum magna ratione introduxit quod in stipulatione deberent interuenire uerba, ad hoc ut firmiter appareat de consensu contrahentium, & tollantur dictæ dubitationes, & eadem ratione ius ciuile non approbauit pactum nudum, & uoluit quod regulariter non produceret actionem, cum solo nutu fieri possit, & faciliter possent induci deceptiones.

Sed dubium est, an consensus inductus per dicta signa dicatur expressus uel tacitus. text. iste uidetur. sentire quod sit tacitus, sed tamen glo. in dicta l. item quia. supra de pact. clare dicit esse expressum consensum, & mutum per talia signa consentientem expresse consentire, sed Fortunius ibi dicit esse tacitum, quia qui portat suppelectilia sua in domum conductam uel fundum dicitur facere tacitum pactum, per istum textum & sic per signa demonstrat consensum, ergo etiam & qui capite uel humeris annuit. Alcia. hic uidetur hanc opinionem sequi.

115 Sed mihi † plus placet quod sit expressus consensus ut probatur in capitulo cum apud. de sponsalibus. qui dixit uerbo & signis demonstrari consensum & facit text. in l. certum. digest. si certum pet. ubi certum dicitur uel quod uerbis

uel quod claris signis demonstratum fuit, & tertio probatur ratione, quia uerba sunt notæ animi nostri. dicta l. Labeo. in fin. de supp. leg. ita & signa sunt notæ immediate animi nostri. ergo sicut uerbis dicitur expressus consensus, eodem modo & signis. facit. glo. in. §. quia uero. in auth. ut sponsalitia largitas. quæ dicit satis exprimere nomen heredis qui annuit. ut dicitur de Alexand. maximo.

Et propterea dicendum est, quod consensus exprimitur duobus modis, uno per uerba. alio per signa. consensus uero tacitus erit quando per quandam consequentiam non immediate ex signis uel uerbo inducitur sed uel ex legis præsumptione ex aliqua causa in consequentiam inducitur, & ille qui incidit seu dilaniauit Chirografum non dicitur immediate consentire ut ille non soluat pecuniam sed per quendam discursum intellectus in consequentiam frangendo cautelam per quam poterat petere colligitur quod ille uoluit facere pactum de non petendo. l. secunda. digest. de pact. & probatur in l. secunda & l. si creditori. Co. de pact. cum simi.

Glo. in uerbo, nec naturaliter, opponit de lege an inutilis. de acceptilationibus, quæ secundum unam literam concordat, & secundum aliam literam contradicit, sed soluit ipsa quod in dubio non continetur pactum, nec nascitur naturalis obligatio per istum tex. & ad dictam l. respondet quod ibi non inest pactum nisi quando constat actum fuisse inter partes quod insit, & sic expresse approbat literam. quæ uult quod non insit pactum nisi expresse actum fuerit, per quã glo. confirmatur opinio per me supra posita, quod in dubio in stipulatione nulla non continetur pactum nisi agatur, uel in se esset mixta materia pacti uel alterius contractus.

116 Et iuxta eam† Bartol. opponit de lege si unus §. penul. supra de pactis. qui clarius dicere uidetur pactum inesse in acceptillatione nulla, uidens quod dicta. l. an inutilis. poterat euitari, & refert solutionem glos. quam dicit esse ueram, sed imperfectam, & quod glos. in l. prima. §. eũ qui. de consti. pecunia. aliter soluit. nam cum text. dicat qui non respondet ad interogata non habet animum constituendi, & sic non continetur pactum, opponit glos. de dicto. §. acceptilatio. & l. si acceptolatum, & soluit quod ibi est exceptio, & in dicto. §. eum qui. est actio, & sic agitur de agendo hic, & in dicto. §. eum qui. & in dicto. §. acceptilatio. agitur de dissoluenda obligatione quæ inducit exceptionem, sed tamen quia non bene resoluit totum articulum, & Cy. pauca posuit in dicta l. non codicillum, & Dy. etiam hic parum addit ad eam.

117 Ideo Bartol. posuit† suam distinctionem distinguendo sex casus separatos ut per eum, unus est, quando apponitur clausula expresse quod alio modo ualeat, & tunc si non ualet ut agitur ualet ut ualere potest. l. fin. Codic. de codicill.

Secundus est, quando actus differunt interse utilitate, & non in modo cõstituendi. nam uia actus, & iter. interse differunt utilitate, quoniam iter continet solam potestatem eundi, & requirit duos pedes latitudinis. actus continet potestatem eundi pedibus & cum equo, & ducendi iumentum oneratum, & requirit quatuor pedes. uia continet potestatem eundi pedibus, ducendi iumentum & etiam ducendi uehiculum. l. uia. coniuncta l. prima cum glos. digest. de seruitut. rusti. prædiornm, & sic differunt utilitate, quia una seruitus præstat maiorem commoditatem quam altera, tamen conueniunt in modo constituendi, quoniam omnes pactionibus & stipulationibus constituuntur. §. penultim. insti. de seruit. & tunc inquit ipse, si non ualet constitutio ut uia, quia angustus est locus, ualebit ut actus, uel iter, dicta. l. si tam augusti. de seruitutibus.

Tertius casus est, quando sumus in testamento quod continet ultimam uoluntatem totalem, & tunc si non ualet ut ago, nec etiam ualet alio modo. dicta l. non codicillum. Codic. de codicillis.

Quartus casus est, quando est ultima uoluntas particularis, & tunc ualet ut ualere potest. l. Scæuola ad Trebellian. l. filius. §. ut quis hæredem. ff. de leg. j. & l. uerbis ciuilibus. cum glo. ff. de uulg. & pupill.

Quintus casus est, quando sumus in contractibus, & tunc dicit non ualere ut ualere potest, per tex. nostrum. & dictam l. eum qui, quem generaliter intelligit.

Sextus casus est, quando tractatur de obligatione dissoluenda, & tunc dicit, si est deffectus in forma non ualet ut agitur. dicta l. an inutilis. secundum communem literam, si uero est deffectus in materia. & tunc continetur pactum. dicta l. si acceptolatum. ubi deffectus erat in obligatione dissoluenda, quæ erat iurisgentium. §. per acceptilationem. insti. quibus mod. toll. oblig. ij. respons. si uero est deffectus in causa efficienti, ut in muto, & tunc uidetur inesse pactum de non petendo, arg. l. quacunque ratione. & l. mutus ff. de procuratoribus.

Per quam distinctionem uidetur constituenda regula, quod si non ualet quod ago ut ago neque ualet ut ualere potest per istum text. & dictum. §. eum qui. decidendo per eum omnes contractus. Ampliatur procedere etiam in ultimis uoluntatibus totalibus. dicta l. non codicillum, Codice de testamentis. item ampliatur procedere etiam in obligatione dissoluenda si deffectus est in forma. dicta lege. an inutilis.

Limitatur non procedere quando est clausula apparens (quod ualeat eo modo quo potest) dicta. l. fin. Co. de codicillis, inferens tacite idem esse quando est clausula (omni meliori modo) Secundo limitatur quando est idem modus constituendi. d. l. si tam angusti. Tertio limitatur in particularibus ultimis uoluntatibus. dicta l. Scæuola, & di-

la, & dict. §. ut quis hæredem. & l. uerbis ciuilibus. Quarto limitatur in obligatione disoluenda quando est deffectus in materia, id est in re. Quinto limitatur quando est deffectus in causa efficiente, dicta l. quacunque ratione, & hæc fuit uera intétio Bar. licet imperfecte loquatur, & distinctio de obligatione disoluenda & contrahenda non sit bona, neque inter contractus & ultimas uoluntates. ut infra dicemus late.

118 Dictam tamen† theoricam doct. per contrariũ modum uidentur ordinare ut hic per Socc. & Rippam. Constituendo regulam affirmatiuam, quod si non ualet ut ago in dubio præsumatur ualere eo modo quo potest. per text. nostrum, & tunc debet ampliari per tres primos casus, & duos ultimos, & limitari per tex. nostrum hic, & dicta l. an inutilis, quibus respondent quod debent intelligi quando ex aliquibus coniecturis apparet quod uolebat non contineri pactum, dicta l. an inutilis. secundum aliam literam. & dicunt quod iste tex. debet intelligi quando in stipulatione dictũ fuit, promittis mihi stipulanti uel ex stipulatione, ista probant regulam suam per l. quotiens de reb. du. & l. quotiens in stipulationibus. infra eodem. & cap. primo desponsalibus in 6. & dicto. §. acceptilatio. & l. si stipuler. §. fi. infra eodem. quæ leges non probant, & loquuntur in diuersis terminis, & apparet quod doctor. multa diuersa constituerunt faciendo multas æquiuocationes.

Propterea ut tu facilius possis resoluere hunc diffusum articulum, & cognoscere in quibus terminis procedat, distinguas quatuor casus in tota materia.

119 Primus casus erit † ubicunque unus uel plures disponentes faciunt actum requirentem ad sui essentia multa, & aliqua necessaria appareant, & aliqua non apparent apposita ut dubitatio possit esse an uoluerint facere illum actum ualidum uel nullum, non egrediendo ipsum actum, ut sola dubitatio sit an uoluerint omnia necessaria inesse, & tunc facias regulam generalissimam, quod semper disponentes præsumuntur uelle facere actum ualidum, & uoluisse inesse omnia necessaria, ut actus ualeat, & hæc interpretatio in dubio semper fiet ex eorum mente per tex. in l. quotiens. supra de rebus dubiis. & l. quotiens in stipulationibus, infra eodem. cum glos. quæ multas concordantias ibi adducit. & dixit Decius in capi. quoniam Abbas colum. 7. de officio delega. numer. 13. & consi. 77. & consi. 140. col. secunda, quod est fortior præsumptio omnibus aliis, & præualet omnibus aliis, ut ibi late per eum num. 16. quia præsumũtur uelle laborare cum utilitate, & non inutiliter operari, & ideo uerba impropriantur ut actus ualeat glo. in l. & puto. §. primo, ff. familiæ hercis. Bar. in l. sed & si possessori. §. primo. de iureiurando. & tex. in l. si pecuniam. supra si certum peta. & ibi Ias. quinimo fit interpretatio, ut ipse partes uoluerint facere actum ualidiorem. glo. in l. prima. supra de indi. in fi. glo. magnæ. cum concordãtibus. & faciunt nota. in l. prima. de legat. primo. quod circuitus inutilis est euitandus. Fallit quando expressa apparet coniectura faciendi actũ ualidum. l. obligationum substantia, §. fin. supra titulo j. & iste casus non cõtradicit regulæ positæ per Bar. hic, neque tex. nostro. quia intelligitur quando contrahentes non intendunt excedere illum actum, sed tantummodo uolunt illum actum perficere & solum est dubitatio an uellint eum esse ualidum uel nullum, & in quæstione Bar. & doctor. dubitatur an si cõstat quod actus demonstratus sit nullus uoluerint recedere ab eo & facere alium actum seu continere qui potuit ualere, ideo hic est casus diuersus, & apparet quod dicta l. quotiens. de rebus dubiis. & dicta l. quotiens in stipulationibus. cum suis concordantibus non faciunt in proposito istius articuli, quia loquuntur de unico actu quando dubitatur an uellint illum facere nullum uel ualidum, in articulo uero dubitatur de intentione ad plures actus, an si constat non ualere actum demonstratum disponentes habuerint animum faciendi alium actum diuersum qui ualere potest.

120 Secundus casus est † quando unus uel plures faciunt actum habentem suam formam, & limites destinatos a iure, sed faciunt in certis terminis ut nullo modo de iure uel de facto locũ habere possit nisi transeat in aliam spetiem uel in aliam formam actus, & tunc similiter facias regulam, quod si non ualet ut ago ualet semper ut ualere potest exemplum, si quis destinauerit facere codicillos, & conuocauerit testes quinque, uel etiam in principio asseruerit uelle facere codicillos, & postea incipiat facere institutionem hæredis uel pupillarem substitutionem quæ non potest fieri in codicillis, præsumetur uoluisse facere eo modo quo potest ualere in codicillis, scilicet per fideicommissum, & omni meliori modo quo potest, ut probatur in dicta l. Scæuola. ff. ad Trebellianum, & plene per Alexand. in l. uerbis ciuilibus. ff. de uulga. & pupilla. & l. filius familiás. §. ut quis hæredem. supra de legat. primo. quæ regula absque dubio procedit in ultimis uoluntatibus per dicta iura, cum nota. per Bar. in l. prima. ff. de codicill. Sed etiam ego puto procedere in contractibus, ut in cap. pri. de desponsatio. impub. & in l. si tam angusti. ff. de seruituti. secundum intellectum quem infra dabo.

Nec obstat l. an inutilis. de acceptilationibus. quia ego intelligo illum textum, quando constabat quod uolebat facere actum nugatorium, sicut est in lege obligationum substantia. §. fina. supra titulo prim. sed in dubio non præsumitur, ut etiã infra dicemus, & iste casus etiam differt a quæstione Bar. quia in ea præsupponitur quod actus poterat ualere secundum suam formam, si illa fuit seruata, hic uero præsupponitur quod actus nunquam poterat ualere secundum propriam formã, unde credendum est quod contrahentes seu disponentes uoluerint facere actum ualidum potius quam nugatorium, merito in dicta l. an inutilis, dixit sciens prudensque, & in dicta l. obligationum substantia. dicitur (si ioco fecerint) uel etiam si apposuerint conditionem impossibilem. l. non

solùm.supra tit.1.

121 Tertius casus est† ubicunque contrahentes seu alii disponentes determinauerunt seu declarauerunt uelle facere aliquem actũ uel contractum nominatum qui habet suam formam & limites a iure impositos.sed tamen postea in operationibus, & in contrahendo faciant ea quæ non conueniunt actui destinato, sed alteri actui simili, & tunc similiter facias regulam, quod præsumuntur uelle gerere illum actum cui conueniunt operationes eorum, & non illum actum expressum. l.secũda.supra si certum peta. in l.si insulam.ff.de præscrip.uerbis.& l.si uno.ff.loca.exemplum ponitur institu.de locato. §. primo. ubi contrahentes dixerunt facere locationem, & nõ apposuerunt mercedem,unde inducitur contractus innominatus, & idem replicatur in §.fi,insti.Manda, & habetur in dicta lege secunda.ubi si quis dat pecuniam alteri & ex numeratione potest resoluere mutuum, commodatum,& depositum, & contractus innominatus,licet dixerit se uelle facere mutuum, si tamen operationes conueniunt aliis cõtractibus, præsumuntur uelle facere illum contractum qui conueniat operationibus, nisi expresse asseruerint se uelle facere omnino mutuum uel alium actum cui non conueniunt operationes, quia tunc non ualebit, & appellabitur pactum contra naturam contractus.l.cum præcario.§.primo.de præcario, cum distinctione quam ego posui in dicta l.2.& l. cum quid.ff.si cer.pe.

Aliud exemplum est, si quis donet causa mortis,postea faciat pactum quod non possit reuocari quod est contrarium actui expresso,& tunc præsumitur uelle facere donationem inter uiuos, cui conuenit operatio, non obstante assertione. lege ubi ita donatur.ff. de donatio. caus. mor. & iste casus differt a quæstione Bar.quia in ea præsupponitur quod operationes factæ conueniant utrique actui,sed non sufficiunt ad perfectionem expressi, ut in exemplo de stipulatione & pacto,& in dicta l.si stipuler.§.fi.& in l.certi condictio.§.quoniam. ff.si certum pet.& ideo in hoc casu fortior est præsumptio quod uoluerunt facere actum alium cui conueniunt operationes, & contradicunt expresso, quoniam semper præsumptio est quod uoluerint facere actum nugatorium,nisi euidenter constet de eorum uoluntate, ut in dicta l. obligationum substantia.& dicta l.non solum. supra titulo primo. & sic habes tres casus in quibus semper procedit regula quod si non ualet ut ago ualet ut ualere potest,cum aliquibus tamen restrictionib. traditis,& infra suo loco tradendis.

122 Quartus casus † est ubicunque unus uel plures destinauerunt facere actum cum limitibus & forma a iure impositis. sed tamen postea non adhibuerunt in totum qualitates requisitas ad perfectionem,uel propter impedimentum uel ignorantiam, tamen operationes contrarias ei nullas fecerunt,sed illud quod fuit factum conueniebat,& actui nominato & alii actui simili qui facilius perfici potest,& hic est casus in quo loquitur Bart. & in istis terminis proprie procedit tota disputatio dubitabilis, an si non ualet quod ago ut ago ualeat ut ualere potest,& difficultas tota dependet a uoluntate ipsorum contrahentium seu disponẽtium,an præsumantur se restrinxisse ad actum nominatum,ut nullum alium intendant facere, uel potius præsumantur habere animum faciendi illum actum,uel alium qui ualere possit,& in hac inuestigatione laborant docto.in toto hoc articulo,constituentes regulas contrarias, quoniam ali qui uolunt quod in dubio nunquam præsumantur contrahentes se restrinxisse ad illum actum nominatum,sed semper præsumantur habere intentionem faciendi actum ualidum per quamcunq; formam efficiatur ualidus, & hanc uidetur ponere * Socci.hic,& Rippa,& communiter* docto.alii uero faciunt regulam contrariam, quod imo quis in dubio præsumatur uelle facere tantummodo illum actum quem nominauit,& se restrinxisse ad eum secundum suam formam propriam,& si non ualet secundum eam,omnimodo remaneant gesta inutilia,& hanc opinionem ego puto ueriorẽ, ut infra ego late declarabo,& conuenit text. nostro,& l.prima,§.eum qui.supra de constituta pecunia. quibus non potest sine uiolatione responderi.tenendo alias opiniones.sed ne propter has altercationes impediatur examinatio omniũ partium articuli,ideo plærique doct. examinant per partes distinctionem Bar.& ego quoque examinabo,quibus expeditis tradam postea theoricã plenam in toto articnlo,

123 Primus est ergo casus† seu prima conclusio Bartol. quod ubicunque contrahentes apposuerunt clausulam expressam,quod intendunt ualere actũ eo modo quo potest ualere,nominando etiam illos actus diuersos,& tunc ponitur conclusio generalis, quod ualet eo modo quo ualere potest, per tex.in lege fi. C.de codicill. & per Barto. in lege prima. ff,de iure codicillo.ubi in testamento apponitur clausula(si non ualet iure testamenti ualeat iure codicillorum, uel donationis causa mortis,uel alterius ultimæ uoluntatis,quæ clausula facit ut testamentum illis modis expresſis ualeat,& * sequuntur omnes* quoniã per eam apparet quod non se astrinxit testator ad illum actum testamenti tantum,& qualiter procedat,habetur per Bart. in dicta lege prima.de iure codicillorum.& quãuis loquatur de testamento tantum,tamẽ conclusio est generalis etiam ad contractus.& ad omnes alias dispositiones dependentes a uoluntate disponentium,& in claris non est opus coniecturis. l.continuus.inf.eo.

124 Quæ conclusio† etiã procedit quando per clausulam non exprimuntur alij actus, sed generaliter dicitur,si nõ ualet eo modo quo agitur ualeat omni meliori modo,nam tunc etiam per eam declaratur uoluntas disponentium,& ualebit actus omni alio modo meliori,pro qua conclusione consuluit Paulus de Castro in consi.345.super facto quo quæritur.& Alexand.consi.112.uolu. 3. & Decius in consi.13.col.2.& consi.87.col.prima. & sequitur Fely.multa dicens & Abb. & Decius in capit. quod super. de officio deleg.& Bald.in l.quotiẽs. C.de

hæredib.insti.Circa finem.Card.in cap.ex literis. de officio deleg. cum multis similibus quæ allegari possunt concludentibus circa uirtutem istius clausulæ quod operatur ut si non ualet actus eo modo quo geritur ualebit omni meliori modo. Vnde si in tex.nostro fuisset apposita illa clausula, si non ualuisset ut stipulatio, omnimodo ualuisset ut pactum, & in dicto. §. eum qui. ualuisset ut constitutum, & sentit hic Bar. & omnes, & probatur in dicta lege an inutilis. secundum communẽ literam. de acceptilationibus. propter illam rationem principalem, quod non uidetur se restrinxisse ad illum actum, sed generaliter considerauerunt effectum gestorum suorum ut ualere possint eo modo quo permittitur a lege, & operatum fuit per eos. Quæ conclusio fortius procedet in tribus præcedentibus casibus quos ego posui supra ultra docto. & ita constituitur quartus casus in quo procedit dicta regula si non ualet quod ago ut ago ualeat ut ualere potest.

125 Sed in contrarium† Ias. hic allegat tex. in capit. primo. de postulatione prælatorum, ubi inoleuerat consuetudo quod eligentes dicebant postulo eligendum uel postulandum eligo, & hoc faciebant, quia nesciebant an esset eligendus uel postulandus, quam consuetudinem reprehendit ibi Papa, qui subdit aliam consuetudinem, in qua dicebant, eligo & postulo omni meliori modo, quam etiam reprehendit ibi Papa, ex eo quia electio innititur iure quæ fit de eo qui nullum defectum habet, postulatio uero innititur gratia, quia fit de eo qui habet deffectum, & petitur a Papa ut dispenset, unde habent contrarias naturas, & incertum est quis actus factus fuerit, & propterea Papa ibi dicit quod si uoluerunt utrunque facere, hoc non possunt, quia repugnantia est, & si uoluerunt unum facere tantum, tunc est imperfecta dispositio & incerta, quia ipsi ignorant an eligant uel postulent, cum nesciant an habeat deffectum uel non habeat, nisi in casu ibi posito quando deffectus opponitur expresse, sed tamen ignorant postea an sit uerus uel non, unde apparet quod si nõ ualet electio eo modo quo agitur, neque ualet eo modo quo potest, ut postulatio, & sic est contra regulam supra positam de dicta clausula. Cardina. respondebat quod hoc ideo ibi procedebat, quia erat deffectus in forma, & quando est deffectus in forma, si non ualet quod ago ut ago neque ualet ut ualere potest, ut Barto. dixit in sexto casu.

Sed tamen Iason hic reprehendit, ex eo quia etiam quod actus defficiat in forma potest ualere alio modo si est apposita dicta clausula, ut patet in testamento nullo ex deffectu institutionis, quod potest ualere in uim codicillorum si clausula illa fuit apposita. dicta lege fina. Cod. de codicillis. & lege prima. ff. de codicill. Ideo datur secũda solutio, quod ibi resistit lex quę uoluit quod illa clausula non sufficiat ad faciendũ quod actus ualeat, & ideo ponitur in illo tex. limitatio ad dictam clausulam (omni meliori modo) ut non faciat actum ualere alio modo quando lex resistit quæ responsio est bona in se & uera, tamen habet dependentiam a prima, ex eo quia lex ibi resistit, quoniam simul utrunque uellet facere est repugnãtia, si separata sunt, incertum est quid fecerit eligens, & lex requirit certitudinem actus cum certa forma, ideo ex illo tex. constituas unam limitationem ad conclusionem Bar. quod non procedit ubicunque lex resistit propter repugnantiam uel propter incertitudinem, si actus requirit a lege certitudinem de præsenti.

126 Quam † tamen limitationem restringe ut ibi uult tex. ut procedat quando est incertitudo omnino indeterminata, ut quia ignorabant deffectus quos habebat eligendus, & solum erat suspitio quod aliquos deffectus non cognitos haberet, sed si ipsi sciebant deffectum oppositum, tamen quia negabatur, & eligentes ignorabant an esset uerus, & tunc permittitur illa electio cum clausula (omni meliori modo) & actus ualebit eo modo quo de iure poterit ualere, & sic in effectu ibi lex resistit quãdo est omnimoda incertitudo sed, si est certitudo de deffectu, & incertum an sit uerus, & tunc clausula operatur effectum suum, & ita habes unam limitationem ad dictam clausulam cum modificatione, tamen generaliter potest procedere in omnibus aliis casibus in quibus lex ex quacunque causa resisteret.

127 Aliud simile† exemplum addunt doctor. in iure ciuili quia filius familias iure ciuili testari nõ potest etiam cum consensu patris. lege qui in potestate. ff. de testamentis. & nota. in lege. senium. C. de testament. sed potest donare causa mortis. lege tam is. ff. de donatio. causa mor. & lege si filius familias. §. primo. ff. de donatio. si eueniat quod filius facit testamentum cum consensu patris, & adhibeat clausulam (si non ualeat iure testamenti ualeat iure codicillorum, & iure donationis causa mortis seu omni meliori modo) non ualebit ut donatio causa mortis, quamuis præstito consensu ualeat, quia requiritur certitudo quãdo pater præstat consensum, ut appareat in quo actu præstet, & quando est incertitudo impeditur clausula (omni meliori modo) argumento dicti capituli primi. de postula. præl. ut consuluit Soccin. in consi. 12. & consi. 172. columna tertia. & hic refert & sequitur Alcia. & si dicatur quod quando incertitudo est determinata, non impeditur ualere actus cum illa clausula, dicto capit. primo. in fine. respondetur quod ille tex. loquitur de dubitatione facti, an ille deffectus oppositus esset uerus uel non, sed hic est dubitatio iuris, quæ non excusat, & si ignorat an sit filius familias uel non, testamentum ex alia ratione non ualet, quia de statu suo dubitantes non possunt testari. lege qui de statu suo. ff. de testamentis. Puto tamen ex alio quod istud exemplum non sit bonum, ex eo quia præsupponunt doctor. quod pater sit incertus cui actui præstet cõsensum, quia imo uidetur quod sit certus, attento quod quando disponẽtes dicunt se uelle facere aliquem actũ cui resistit lex, & nullo modo possit ualere ille actus, tunc præsumuntur uelle facere illo modo

qui ualere potest, & ideo uidetur quod pater præstet consensum suum donationi quam in mente præsumuntur habere ipsi disponentes, per ea quæ diximus supra in casu. concordando tamen potes dicere, quod si apposita est clausula (si non ualet iure testamenti ualeat iure donationis) & tunc procedat exemplum, quia demonstrant habere plenam incertitudinem, sed ubicunque faciunt testamentum simpliciter sine illa clausula, tunc ualebit ut donatio, ex eo quia cum de iure testamentum ualere non possit, præsumuntur habere animum ad solam donationem cui pater præstat cõsensum, ut infra dicemus loco suo, quare remanet conclusio, quod ubicunque lex resistit dictæ clausulæ propter incertitudinem, tunc non operatur effectum suum.

128 Secundo † limitatur dicta conclusio Bart. non procedere ubi per appositionem talis clausulæ non tolleretur impedimentum, quod contingit, quando ad illud tollendum requiritur aliquod factum actuale partium, exemplum est, quando pater uult donare filio in potestate, quo casu donatio est nulla. iuxta nota. in lege frater a fratre. de condi. ind. & si apponatur iuramentum donatio ualet, ut ibidem nota. per docto. & in cap. cum contingat. de iureiurando. si pater donat filio cũ clausula (omni meliori modo) illa nihil operabitur quamuis posit ualere cum iuramenti appositione, ex eo quia illa clausula non potest supplere iuramentum non appositũ, neque facere quod actus ualeat acsi esset appositum iuramentum, cũ illud non inducatur ex sola uoluntate, sed requiritur personalis actus iurandi.

Aliud exemplum potest poni de donatione facta a marito uxori. uel de alienatione facta a marito cũ consensu uxoris, quæ de iure ciuili non ualent, tamen de iure canonico seruantur apposito iuramento. dicto capitulo cum contingat. Si igitur fieret talis donatio uel alienatio cum clausula (omni meliori modo) tunc non ualerent, quamuis interposito iuramento ualere potuissent, quia semper remanet impedimentum ciuile quod non potest tolli nisi per actuale iuramentum, & propterea habes declarationem ad dictam regulam ut faciat ualere actum qui ex sola eorum uoluntate, cum operationibus appositis ualere potest. Sed si requireretur ad perficiendum alius actus extrinsecus nihil operaretur nisi quoque ille actus apponeretur.

129 Tertio † limitatur non procedere quando partes non cogitassent de illo actu qui ualere posset, quia dicta clausula non trahitur ad incogitata, in quibus disponentes non præsumuntur habere cõsensum, sicut nec transactio generalis trahitur ad incogitata. lege cum Aquiliana. ff. de transactio. & ista tenuit Decius in dicto cap. quod super. de officio delegati. & Soccin. hic. & Roman. consilio 244. in fi. Aretin. consilio 24. quatuor dubia. columna secunda. Ideo quoque clausula codicillaris non operatur ubi non adest uoluntas. Decius consilio 291. columna secunda. & in lege præcibus. C. de impuber. columna 12. quæ tamen conclusio procedit quando nullo modo ille actus est cogitatus, sed quando cogitatus saltem in genere, clausula posset operari ualiditatem eius. iuxta nota. per Bartol. in lege sub prætextu. secunda, C. de transactio. & in lege qui iure. ff. de testam. milita. quando autem dicatur in genere cogitatũ uariant docto. & Alciat. hic dicit in genere cogitatum quando de illo casu in dispositione aliquo loco est facta mentio. Aretin. consilio 33. & consi, 14. uel quando ex aliis coniecturis apparet uel ꝓbatur cogitatum. Ange. in auth. ex causa. Co. de lib. præter. casus autem insolitus non uidetur esse in genere cogitatus. lege fistulas. §. frumenta. ff. de contrahenda emptione. nisi expresse actum fuisset quod traheretur etiã ad incogitata. Angelus in lege tres fratres. columna secunda. ff. de pactis. & per doctor. in dicta lege sub prætextu. C. de transactio. & hic per Nigrum. nu. 45. Alexand. consi. 11. col. pe. uol. 2.

130 Quarto limitatur † non procedere quando quis eligit actum inutilem & ad illum se restringit quãuis haberet utilem nam tunc nihil operatur, cum se restringendo non habeat animum nisi ad nominatum, ut si ille qui potest succedere ab intestato esset institutus in testamento inualido & diceret se adire hæreditatem ex testamento Titii omni meliori modo, non diceretur adire ab intestato, ex eo quia se restrinxit ad hæreditatem debitam ex testamento, quamuis inutili, & ideo restringitur etiam clausula ad illud, ut intelligatur omni meliori modo quo potest ex illo testamento. Anchar. consi. 358. Fely. in dicto cap. cum super. & Decius consi. 13. columna quarta. licet Alciat. allegat in contrarium, quod tamen intellige quando expresisset illud testamentũ inutile, dicẽdo ex testamento Titii. Sed si non expresisset, specifice, & solum dixisset adeo hæreditatem delatam mihi omni meliori modo, & tunc ualeret aditio etiã ab intestato, si testamentum esset nullum, ut per Decium in dicto consilio 13. colum. quarta. alias limitationes ponit Ias. in lege quotiens in stipulationibus. infra eodem. quarum tamen multæ egrediuntur materiam conclusionis Bartol. ideo uideas per te.

131 Secundus casus † Bar. est, ubicunque actus qui geritur differt ab alio actu qui ualere potest in utilitate, tamen conueniunt in modo constituendi ut sunt seruitutes itineris & actus & uiæ, quæ differunt inter se tanquam plus & minus, sed tamẽ conueniunt in modo constituendi, quia omnes æqualiter pactionibus & stipulationibus constituuntur, §. penul. insti. de serui. si eueniat quod cõstituatur uia alicui super latitudine duorum pedum tunc non potest esse uia quæ requirit latitudinem octo pedum. l. uia. de seruitute rusticorum. prædio. tamen ualebit ut Iter. l. si tam angusti. ff. de seruituti. quia per eundem modum pactionis uel stipulationis constitui potest, quam conclusionem sequuntur doct. hic, & uera est in se, quia tex. ita dicit.

132 Sed tamen ex ratione † Bar. datur ibi unus intellectus, ideo ita esse, quia conueniebant in modo con-

do constituendi, qui intellectus habet rationem satis fragilem, quoniam identitas in modo constituendi non facit ut disponens uideatur cogitasse de illo actu, cum possemus dicere quod omnes contractus hodie conueniant, quoniam in eis apponitur semper stipulatio, & diuersitas in utilitate facit cõtrahentes non cogitasse de illo actu & identitas in utilitate cogitasse non considerato modo constituendi, & non est credendum, quod si agatur de seruitute uiæ quæ ualde utilis est quod potuissent cogitare de itinere quod ualde debile est. Ideo hæc ratio Bartol. non est tenenda.

133 Vnde secunda datur ratio† quæ facit secundum intellectum, quod ideo ibi dispositio de uia ualet in itinere, quia illud continetur in uia per gloss. in lege prima digest. de seruituti. rusticorũ prædiorum. quæ dixit quod in uia continetur actus & iter. Vnde facilius uidetur cogitatum de eo, pro quo etiam allegat Iason. Tex. infra in §. si stipulanti. ubi stipulatio facta de uiginti ualet in decem, in quibus est responsum, quia decem continentur in uiginti, sed tamen hæc ratio etiam non est perfecta, attento quod non est uerum iter & actum contineri in uia, cum ipsæ sint seruitutes separatæ, & dum dicitur quod continentur intelligitur de utilitate per similitudinem ut ibi inquit gloss. quoniam qui habet uiam habet potestatem eundi tantum quæ pertinet ad iter, & utilitatem eundi & agendi iumentum quę pertinet ad actum, & aliam ducendi currum, sed tamen non dicitur habere tres seruitutes, cum unicam tantum habeat, & propterea apparet nõ esse uerum quod iter & actus contineantur in uia. & in dicto. §. si stipulanti. tractatur de decem quę uere continentur.

134 Ideo aliam tertiam† rationem similem præcedenti adducebat Cuman. quod ibi constituendo uiam uidetur constituere iter uel actum si non potest ualere ut uia, quia uia est terminus generalis comprehendens sub se actum, quasi uia capiatur in genere, & sub se contineat uiam in spetię actum & iter. unde sicut in maiori summa continetur minor, ita sub nomine uiæ continetur iter, & constituendo uiam uidetur constituere iter, & hanc tationem uidentur sequi communiter* doct. ut hic per Iason. Sed Ruynus reprehendit, & contra eam allegat. legẽ ut iusiurandum. §. primo. infra de acceptilatio. ubi si quis accepto tullit uiam, & actus uel iter & non uia debeatur, nihil actum est, quia uia differt spetię ab itinere & actu, ergo nec etiam est bona ratio, cum si contineretur tanquam in maiori facta acceptilatione de una quæ non ualeret uideretur etiam facta de itinere, & uidetur hic sequi Niger per dictum Bartol. in §. finali. columna fina. & lege si mater. §. si quis iter. digestis de exceptio. rei iudica. ubi qui petit iter & succubuit poterit petere actum uel uiam, nec ei obstat exceptio rei iudicatæ, quoniam diuersæ sunt seruitutes. sed tamen dicta lex iusiurandi potest euitari, quia ratio quare non ualet acceptilatio est, quia pars indiuisibilis non potest acceptolari, sed si actus & iter fuerit acceptolatus tollitur stipulatio, ut ibi clare dicit tex. ergo sunt partes uiæ quæ alias non tollerent uiã, & ita uidetur illum textum retorqueri posse pro Bartol. cum uia posit tolli per solum actum, & iter, & cum hac declaratione intelligi debet dictum Bartolum in dicto. §. fi. nec obstat lex Diuus. de usu & habitatio. quia recte considerando concordat, tamen defendendo obiectionem potest dici, quod quando fit acceptilatio de actu & itinere non habetur respectus ad seruitutes ipsas, sed ad similitudinem commoditatis quam in se uia dicitur habere, & ideo eis sublatis merito tollitur uia, sed si actus & iter prout sunt seruitutes debeantur, tunc sublatis eis non tolleretur uia, quia non sunt partes eius, sed differunt spetie, & ideo apparet quod præsuppositum docto. non est uerum, quod uia contineat in se actum. & iter, propter quod ratio, & intellectus Cumani non procedit.

135 Quare † quarta assignatur ratio ad dictam legem si tam angusti. quod ibi ualet de itinere, ex eo quia iter erat demonstratum, & quando una res pro alia demonstratur, dispositio ualet de ea. licet aliter nominetur, ut per gloss. in lege quæ extrinsecus. infra eodem. quæ dixit, quod si quis stipulatur equum, demonstrando bouem, stipulatio fit de boue, quamuis equus sit nominatus, ita si per stipulationem promittatur uia, demonstrando iter, stipulatio erit de itinere & non uia, nec obstat quod in lege uia constitui. de seruituti. rusticorum prædiorum. non esset demonstratus locus, ut per Iason. in quo late insistit Niger, quia apparet quod erat facta demonstratio ad oculum intellectus, ex eo quia erat dictum quod constituebat uiam duorum pedum, qui erat demonstratiuus ad oculum intellectus & perinde acsi locus ad oculum corporis esset ostensus. argumento. nota. in lege prima. ff. de noui operis nuntiatione. ubi per talem demonstrationem inducitur certitudo dispositionis quod non poterat esse uia, & solum iter ibi facta certa demonstratione non curatur de nomine quasi & iter largo modo posit appellari uia. Non obstat dicta lex si ita stipulatus fuero hanc summam. inf. eodem. ubi per demonstrationem factam ad oculum de summa, si non est ut dicitur, uitiatur stipulatio & non ualet in illa summa quæ reperitur, quia plus est ibi, nec in maiori summa continetur minor, ut in §. si stipulatus. unde ille textus uidetur confundere totam hanc rationem, quia respondetur quod ibi demonstratio uitiatur quoniam termini sunt diuersi, & partes ignorabant summam, & credebant eam esse tantam, & si non fuisset, induceretur deceptio. Vnde ut tollatur deceptio ex mente contrahentium stipulatio remanet nulla, quia uterque cogitauit de illa summa, hic uero contrahentes sciebant certitudinem loci, & uterque sciebat non conuenire uiæ, unde nulla poterat esse deceptio. dicta lege quæ extrinsecus. infra eodem. & si euenisset quod contrahentes sciuissent illam summã fuisse octuaginta ducatorum tantum, non dixissent hanc sum

mam centum aureorum, tamen ſtipulatio ualuiſſet,cum nulla eſſet deceptio,non curando de nomine.argumento dictæ legis quæ extrinſecus. & ſic hæc ratio coniecturando uoluntatem uidetur eſſe bona,& ſub hac ratione continetur alia, quia uerba impropriantur ſecundum ſubiectam materiam.l.ſi inſulam. ff. de præſcript. uerbis,quando partes non fecerunt firmam reſolutionem de actu uerbis expreſſo,ſecus autem ſi feciſſent.argumen. l.2.ubi dixi.& in l.cum quid.ff.ſi cer. peta. per le. cum præcario.§.j.ff.de præcario.Huic tamen ratio ni obſtat,quia ſecundum ueritatem non fuit facta demonſtratio rei promiſſæ,ut hoc iter tibi promitto uel hanc uiam, & ideo non interuenerunt termini poſiti per glo.in dicta l.quæ extrinſecus, infra eodem.

136 Ideo quinto aſſignatur† ratio, quod ibi uia lato ſumpto uocabulo continet iter,ideo nominando uiam uidetur nominaſſe iter,unde per illũ textum.Imo.Bald. Ang.Alberi.& Florianus fundant regulam, quod actus qui non poteſt ſuſtineri ex proprietate ſermonis ſuſtinetur ex improprio intellectu,maxime in ſeruitutibus realibus, quibus lex fauet. l. 4.ubi gloſſ.ff.de ſeruitutib. & uidetur eſſe ſimilis illi quam ponit Iaſo. hic, & Raphael, quod ſub ſeruitute uiæ quæ eſt amplior continetur ſeruitus itineris quæ eſt minor,tamen utrunque uidetur eſſe dubitabile ut ſupra dixi,cum imo tres dicantur eſſe ſeruitutes ſpeciales, & una non contineat aliam.

137 Sexta poteſt† aſſignari ratio,& dari nouus intellectus, quod ideo ibi conſtitutio uiæ ualet ut iter, quoniã illa non poterat ualere eo modo quo dicebatur,reſiſtente lege quia.de ſeruitutib.ruſticorum prædiorũ.propter impoſſibilitatem, ideo ualet eo modo quo poteſt, ne diſpoſitio reddatur inutilis & actus eluſorius,quod non debet fieri.arg.l.ſtipulatio.§.Diuus.ut legato.nomine caueatur. & per regulã quam ego poſui ſupra in 2. caſu per l.Scæuola.ff.ad Trebellianum,& no. in l. uerbis ciuilibus.ſupra de uulg. & pupill. quæ iura loquuntur in ultimis uoluntatibus, & per illum text. probatur idem eſſe in diſpoſitionibus inter uiuos,ut efficiatur generalis regula, ut infra plenius dicetur.

138 Tertius eſt caſus† ſecundum Bar. hic in iis quæ dependent a uoluntate unius tantum,ut ſunt ultimæ uoluntates,in quo Bar.dicit,quod ſi eſt unum totale,ut eſt teſtamentum,tunc ſi nõ ualet ut ago, ualet ut ualere poteſt.per l.non codicillum.C. de teſtamen.qui uult, ſi non ualet ut teſtamentum, quia non adhibuit niſi quinque teſtes, nec etiam ualet ut codicilli,quoniam conſtat uoluiſſe facere teſtamentum ponendo inſtitutionem uel exhæredationem,ſed eſt opus quod ponatur clauſula codicillaris. de qua in l.fi.§. illud.C.de iure codicillorum,& ſequuntur communiter* doctor.

139 Sed tamen contra † dictam concluſionem facit primo tex.in l.qui iure militari.de milita.teſtam. ubi miles dicebat ſe uelle facere teſtamentum de iure communi, ſi poſtea non adhibuit ſolemnitates, tunc ualet iure militari, quia non uidetur renuntiaſſe illi poteſtati, & ſic ſi non ualet ut agitur tamen ualet ut ualere poteſt, ad idem etiam facit quod uoluit Alberic. Cin. & Moder. in leg. hac conſultisſima.§.per nuncupationem. Cod. de teſtamentis. & Bartol.in l. fina.ff.de iure codicillorum.cum aliis concordantibus poſitis hic per Iaſon.

140 Qui uolunt quod ſi† teſtator conuocauit teſtes ut faceret teſtamentum in ſcriptis tamen non obſeruauit ſolemnitates omnes neceſſarias, & legit illud poſtea coram teſtibus,licet non ualeat ut teſtamentum in ſcriptis,ualebit ut teſtamentum ſine ſcriptis, & ſic eo modo quo ualere poteſt, ad idem facit,quia ſi quis inter liberos teſtatur aſſerens ſe uelle facere teſtamentum de iure communi, tamen poſtea non adhibuit niſi duos uel tres teſtes,licet non ualeat ut teſtamentum de iure cõmuni, ualebit tamen ut teſtamentum inter liberos. iuxta dictam legem hac conſultisſima. §. ex imperfecto. & ſic uidetur quod concluſio Bartol. non ſit uera.

141 Soluebat Iaſon. & dicebat † quod regula Bart. procedit quando fit tranſitus in diuerſam ſpetiẽ multum diuerſam, ut ſunt codicilli & teſtamentum, ſed ubicunque non fit tranſitus in ſpetiem diuerſam quæ ſaltem contineatur ſub eodem nomine teſtamenti, tunc ualebit ut ualere poteſt,& ita reſtringit concluſionem Bartol.quando fit trãſitus ad codicillos qui habent ſpetiem ualde diuerſam a teſtamentis, quæ ſolutio dubitabilis eſt, ex eo quia quæſtio principalis noſtra eſt an ſi non ualet ut una ſpeties ualeat ut alia ſpeties quę ſpeties ſemper inter ſe dicuntur differre propter formam. Item codicilli largo modo appellantur teſtamentum ut tenent omnes in rubrica. digeſtis de legatis primo. & ego ibi dixi, quod de proprietate ſermonis dicuntur teſtamentum,& quod diffiniuntur in lege prima. digeſtis de teſtamentis. & ſunt ſpeties teſtamentorum,ſicut teſtamentum in ſcriptis,& ſine ſcriptis,& militare, & non dicuntur eſſe niſi quoddam teſtamentum obliquum, quæ diuerſitas non impedit quod non ualeant ut ualere poteſt, ut ipſemet uoluit ſtatim,per legem Scæuola. ad Trebellianum. & per nota.in lege uerbis ciuilibus. ff. de uulgari. & pupillari.

142 Vnde ſecundo modo† poteſt ſolui contrarium, reſtringendo concluſionem Barto. dicendo quod ratio quare non ualet ut codicilli eſt, quia per eos mutatur modus ſuccedendi de cauſa teſtati ad cauſam inteſtati, & quando quis facit teſtamentum ſolet ſemper in præambulis dicere quod ipſe uult decedere teſtatus & non inteſtatus, & reſtringit ſe ad cauſam teſtati, unde non præſumitur uelle teſtamentum ualere ut codicilli, quoniam ſit tranſitus ad cauſam inteſtati, & ſæpiſſime mutantur hæredes qui ſunt odioſi teſtatori. Sed quando non ualet teſtamentum de iure communi, & fit tranſitus ad teſtamentum militare, uel de teſtamento in ſcriptis ad teſtamentum ſine ſcriptis, uel de teſtamento communi ad teſtamentum inter liberos, non mutatur

tur causa testati, neque mutantur hæredes, & semper succeditur ex testamento, ideo facilius præsumitur uelle ualere eo modo quo ualere potest, cum duret modus succedendi ad quem se restrinxerat & posuerat in præambulis, & sic datur limitatio ut conclusio Bartol. non procedat quando non mutatur causa testati, quæ limitatio uidetur esse æqualis regulæ Barto.

Sed iterum opponitur de tex. in l. unica. §. similiq; modo. C. de latina lib. tollenda. secundum Alcia. hic, ubi si quis nominat seruum suum filium non facit eũ esse adoptiuum, tamen facit eum esse liberum, ut hic per Alci. nume. 28. sed responde quod non facit in terminis, quia loquitur in actibus inter uiuos, itẽ nõ est uerum quod ibi intenderet facere filium adoptiuum, sed solum per talem nominationem dicitur quod intentio fuit tantummodo faciendi eum liberum, ideo non obstat.

143 Secundo limitatur † conclusio Bar. secundum Alcia. hic num. 29. quando essemus in dubio de uoluntate testatoris, ut si quis conuocatis septem testibus, dicat, estote præsentes huic meo nuncupatiuo testamento, deinde postea non faciat institutionem hæredis, tunc testamẽtum ualebit in uim codicillorum, quia nõ apparet de uoluntate testatoris quod uoluerit facere testamẽtum deficiente institutione, ut per Bal. in l. 1. C. de iure codicillo. & Paul. in l. proxime. ff. de iis quæ in testam. delen. & quamuis adhibuerit septem testes, illi non respiciunt substantiam actus, quia sunt causa probationis, ut dixit Bald. in c. 1. in ultima col. quid sit inuestitura, & sequitur Ias. cum aliis per eum adductis.

Sed tamen hæc limitatio non uidetur uera, ex eo quia semper militat ratio præcedens quod nominando testamentum nuncupatiuum in præfationibus dicit se eligere causam testati & uelle testatus decedere, unde non dicitur esse dubium de eius uoluntate prout asserit Alcia. & Ias. & alii. sed dicitur esse certitudo, quæ clare apparet ex uerbis, & ideo non ualebit in uim codicillorum ne fiat transitus ad causam intestati, solum autem hæc limitatio sustineri potest quando testator dixisset, estote præsentes ad hãc meam ultimam uoluntatem, nam tunc non appareret elegisse causam testati, & ideo propter dubitationem attenderemus dispositionis formam, & præsumeremus uoluisse eam facere. arg. l. si uno. ff. locati. per quæ apparet quod conclusio ista de totali uoluntate habet rationem generalem conuenientem etiã contractibus & aliis dispositionibus, in quibus generaliter attenditur ratio, an disponentes se restrinxerint ad illum actum nominatum uel potius habuerint intentionem ad omnes actus similes.

144 Quartus casus est † quando in iis quæ dependent a uoluntate unius tractatur de particulari dispositione, in quo Bar. facit conclusionem contrariam præcedenti, quod si non ualet ut agitur ualet ut ualere potest. per dictam l. Scæuola. & dictam l. uerbis ciuilibus. & l. filius. §. ut quis hæredem. ff. de leg. 1. sed cõtra eum facit, quia uidetur confundere semetipsum, quoniam pupillaris substitutio est totalis dispositio continens totam successionem impuberis, ut insti. de pupill. substitutione. §. 1. cum similibus. sed defendendo respondetur, quod uerum est respectu ipsius pupilli, sed tamen respectu testatoris dicitur esse pars testamenti patris, quoniam sine institutione ipsius fieri non potest. l. secunda. §. prius. de uulgari & pupillari. & ideo in §. liberi. institutio. de pupilla. substitutio. dicitur, quod est pars & sequela testamenti paterni, & probat in terminis conclusionem Bartol. quoniam hic agimus tantummodo de testamento patris.

Secundo obstat, quia uult quod pupillaris substitutio directa transeat in obliquam, & tamen dicitur esse diuersa speties a directa, ut patet in tit. de pupil. substi. & in tit. de fideic. hæred. in insti & in toto titulo. ff. ad trebellianum. respondebat Ias. quod fideicommissaria substitutio non est diuersa speties, quia cõtinetur sub genere substitutionis, & inducitur per uerbum, substituo, ut no. in rub. ff. de uulg. & pupill. quæ solutio est imperfecta, quoniam idem est in testamento & codicillis qui continentur sub genere testamentorum, & diffiniuntur ut dixi in rubr. ff. de lega. primo. & non tollitur quin substitutio obliqua non sit penitus differens spetie a substitutione directa. ut no. plene in l. centurio. ff. de uulg. unde alia solutio potest dari, quod ideo præsumitur transire in obliquam dispositionem quia non mutatur causa testati in ipso testatore, & stante illo modo succedendi actus ualet eo modo quo potest ex præsumpta uoluntate.

145 Tertio instatur, † quia hæc differentia inter totalem & particularem dispositionem non uidetur de iure subsistere. per regulam. l. quæ de tota. ff. de rei uend. cum sua materia. respondent doctor. quod illa regula procedit quando militat eadem ratio, hic autem militat diuersa ratio, quia codicilli dicuntur esse speties multum diuersa a testamentis, unde non præsumitur cogitasse de illo actu, secus autem in aliis particularibus dispositionibus, quæ ratio sæpius supra reprobata fuit, ideo responsio debet dari, quod aliud est in testamentis, quia tunc mutatur causa testati, aliud est in particularibus dispositionibus in quibus non mutatur causa testati, & tunc militat ratio quod potius testator præsumitur uelle facere actum ualidum, cum non recedat a modo disponendi proposito, per quæ apparet quod in effectu non est differentia inter totalem & particularem dispositionem stantibus eisdem terminis.

146 Quarto † instatur, quia & in particularibus uidetur quod non ualeat ut ualere potest. per legem si seruus legatus. §. si seruus alienus. ff. de legatis primo. ubi si testator legauit libertatem directam seruo alieno non ualet datio libertatis, & tamen non ualet ut obliqua, & sic eo modo quo ualere posset. ad istum text. dantur uariæ responsiones per docto. in lege prima. ff. de legatis primo. & in lege centurio. ff. de uulgari & pupillari. super quo multum laborauerunt, & hic etiam laborant, tamen in proposito facilis est solutio, quod ibi non ualet in uim fideicommissi, ex eo quia non apparebat de ennixa uoluntate testatoris, quoniam cum legauerat alteri & fecerat actum contrarium liber-

tati, unde apparuit eum parum curasse de libertate serui, ideo si non ualet eo modo quo agitur non ualet ut ualere potest, & ad hoc ut ualeat alio modo requiritur ennixa uoluntas & perseuerantia in dispositione. argum. l. cum pater. §. filius matrem. ff. de legatis secundo. quæ ennixa uoluntas præsumitur quando non fit actus contrarius, ideo si non esset factum legatum ualeret libertas iure fideicommissi, ut probant inra allegata per gloss. ibi, & sic datur limitatio ad conclusionem Bartol. ut non procedat quando per alium actum apparet quod non multum desiderabat ualiditatem actus propositi, ut ibi dicitur.

147 Quinto instatur † de text. in lege tutores. §. primo. ff. de administratione tutorum. ubi testator dedit curatores pupillis suis, quæ datio non ualet, ut institutio. de curatoribus. §. primo. & tamen neque etiam ualet datio tutoris, ut ibi not. & sic non ualet ut ualere potest, soluunt aliqui, quod ille casus est diuersus, quia non continetur lato sumpto uocabulo, ideo non ualet ut agitur per supra dicta, quæ tamen ratio non ualet, quia imo appellatione curatoris ueniunt etiā tutores, quia & ipsi habent curam pupillorum, ut in auth. ut ii qui oblig. hab. res mino. in gloss. curatores. unde secunda datur solutio secundum Bartol. ibi, quod ideo non ualet datio ut sint tutores quia actus est ualde maior & actus est maius quam sit dare curatorem, & ideo ille casus est mirabilis secundum Iason. hic, & confirmat Alciat. numero trigesimotertio. per illud quod habetur per Bartol. in lege secunda. ff. de iurisdictio. omnium iudicum. quod quamuis in concessione ueniunt ea sine quibus actus expediri non potest, tamen non ueniunt ea quæ sunt maiora expressis. lege penultima. §. illis. C. de necessariis seruis hæred. instit. & facit etiam quod not. in lege prima. de transactionibus. quod quando post rem iudicatam quis transigit non uidetur renuntiasse rei iudicatæ, quia est maior transactione, & ipsa remanet nulla. Tertio, confirma per not. per Areti. in lege a Titio. in fin. infra eod. qui dixit, quod uerba neque ex proprio neque ex largo significatu si non possunt comprehendere casum qui agitur nec etiam ualebit alio modo, per dictam legem tutores. §. primo. item quarto facit quod uoluit Iason. in lege si quis in fundi. in decima columna. de legatis primo. dicens contra communem opinionem, quod error testatoris in nomine appellatiuo uitiat dispositionem quamuis rei legatæ conueniret, quia est minor significatio, ut hic per eum. per quæ apparet quod per dictam legem tutores. datur limitatio ad dicta Barto. ibi, ut non præsumatur uoluisse actum ualere in casu maiori, & etiam hoc procedit in contractibus & aliis dispositionibus. ut habetur in capitulo primo & secundo. de procuratoribus. & in lege sed & si quis. §. quæsitum. ff. si quis cautionibus.

148 Addas etiam † quod iura allegata per Bartol. non probant generaliter conclusionem ipsius, ex eo quia loquuntur tantummodo in casu quo actus qui geritur de iure nullo modo ualere potest, unde fortior est præsumptio quod uoluerit ualere alio modo quam fit, quando posset ualere primus actus seruata solennitate a testatore, unde eius conclusio fortius probatur per illam regulam generalem. l. in testamentis. de regulis iuris. & per not. per Ias. in l. si quando. ff. de leg. 1. cum suis concordantibus.

149 Ideo infertur † ad quæstionem de filiofamilias qui non potest testari etiam cum consensu patris lege filiusfamilias. de testamentis. & tamen potest donare causa tutoris. lege tam iis. ff. de donatione causa mortis. si dicat se facere testamentum & adhibeat consensum patris an ualeat saltem in uim donationis. doctor. hic sæpius dixerunt quod non, quia pater non præstat certo actui consensum, & quod donatio ualde differt a testamento, sed hæc secunda ratio sæpius reprehensa fuit, & confunditur per dictam legem Scæuola. de substitutione directa & obliqua, & prima quoque ratio potest tolli, quoniam cum actus nullo modo ualeat ut testamentum uidetur tam pater quam filius cogitasse de donatione causa mortis, quam largo modo appellat testamentum, ex quo fit sub consideratione mortis, & disponit de rebus suis post mortem, ideo pater uidetur dedisse consensum spetialiter donationi, & actus ualebit. unde potest distingui, an sciebat se non posse facere testamentum, quod in dubio uidetur præsumi, quia est ignorantia iuris, & tunc ne laborent in faciendo actum inutilem & nugatorium præsumentur cogitasse de sola donatione cui pater præstauit consensum, si uero ignorauerint, quod præsumetur, si forsan apposuit clausulam si non ualet iure testamenti ualeat iure donationis, & tunc procederet communis opinio, quia pater esset incertus cui actui præstaret consensum, argumen. dicti capituli primi. §. primo. de postulatione prælatorum.

150 Quintus est † casus Bartol. de dependentibus a uoluntate duorum, in quibus constituit primam conclusionem, quod si tractatur de obligatione inducenda si non ualet quod ago ut ago neque ualet ut ualere potest, per text. nostrum hic, quam conclusionem omnes tenent ubicunque interuenit defectus in forma, prout loquitur iste text. sed tamen Bartol. naturaliter ampliat procedere etiam quod sit defectus in materia, & causa efficiente, & in persona cui acquiritur. per text. in lege prima. §. cum qui. supra de consti. pecunia, qui simpliciter dicit, quando stipulatio est inutiliter facta non ualet ut constitutum, & cum dicit inutiliter facta, potest intelligi ex quocunque defectu tam formæ, quam materiæ, quam in causa efficiente, & quia ille text. potest euitari, pro ista generali ampliatione Alciat. hic adducit text. in lege eo tempore. uersicul. sed fideiussorem. ff. de peculio. & in lege prima §. denique. ff. quod iussu & ratio est, quia quando quis se obligat & nulliter, lex præsumit quod eius intentionis sit quod licet sciat actum esse nullum, tamen taceat ne se obliget. argum. l. an inutilis. ff. de acceptilationibus & facit

& facit tex.in l.si causa cognita.C.de transactio.ubi non ualet transactio neque in uim transactionis neque in uim pacti, & idem probatur in l. suus hæres, C.de repudianda hæredita.& propterea ex hac doctrina Bartol.reprobatur.gloss.in l. iurisgentium.§. sed cum nulla.ff.de pact. sed tamen quia hæc conclusio recipit multa contraria, ideo ut tollamus æquiuocationem terminorum in hac conclusione, opponam constituendo tres partes, An scilicet quando est defectus formæ non ualeat ut ualere potest, & quando est defectus materiæ uel rei, Et quando est defectus in causa efficiente.

151 Circa primum † uidetur quod quando est defectus in forma nihilominus actus ualeat ut ualere potest, ut probatur in.l.insulam.ff. de præscript. uerb. ubi si uendo insulam pro domo, & sic est defectus formæ in uenditione, nihilominus ualet ut cõtractus innomminatus, ad idem est tex.in l.si olei.C. locati. ubi si locaui fundum pro decem cadis olei non ualet locatio quia defectus est in forma cum non interueniat pecunia numerata in pensione. cap.constitutus. de religiosis domibus. & nihilominus ualet ut contractus innominatus.idem probat tex.in §.1. institu. locati, ubi qui dedit polienda uestimenta sine constitutione mercedis non facit locationem propter defectum formæ.argum.§.prætium.instit. de emptio. & uenditione. & tamen ualet ut contractus innominatus.idem dicitur in §.fina.inst.mandati.ubi si quis facit mandatum cum pecunia, quia defectus est in forma mandati, inducitur locatio, & si non est pecunia inducitur contractus innominatus, & sic clare apparet quod defectus formæ non impedit quin ualeta actus ut ualere potest. Respõdet Alex.hic quod limitant conclusionem Barto.quia procedunt quando ex improprietate uel larga significatione uocabuli actus sequens continetur, secus autem si non cõtinebitur, quia tunc non ualeret, per tex.nostrum, & appellatione uenditionis ueniunt omnes contractus l.statuliberum a cæteris.ff.de statuliber.Quæ responsio ut dicit hic Ias.confundit totam materiam, quoniam non fit differentia an largo sumpto uocabulo contineantur uel non, per ea quæ late diximus supra in materia ultimarum uoluntatum.unde secunda datur responsio ex mente Bart.in d.l.insulam. quod licet contrahentes ibi nominent unum actum, tamen non intendunt illum facere, sed improprie ita appellant, cum solam intentionem habeant ad contractũ qui geritur, & ideo est solus contractus in mẽte agitatus qui ualet, nõ autem proprie potest dici quod contractus nominatus alio modo ualeat, & hæc solutio est bona, & continetur sub tertio casu quem ego supra posui in principio articuli, quando contrahentes nominant actum, & postea faciunt operationes ei contrarias & conuenientes alteri actui, semper ualet ut ualere potest, quia primus non uidetur fuisse in intentione disponentium, & eodem modo respondetur ad tex.in l.Lucius Titius cum haberet. ff. depositi. & Bartol.ibidem. & in dicto §. cum qui.

152 Secundo etiam † huic conclusioni obstat text. in l.Scæuola.supra ad Trebellianum.& in l.uerbis ciuilibus.de uulga.& pupilla. quæ licet loquantur in ultimis uoluntatibus, tamen quia est defectus formæ faciunt in hoc casu. sed responde, quod datur alia limitatio ut non procedat quando actus primus nullo modo ualere potest de iure, quia tunc ualebit ut ualere potest, nec curatur an sit defectus formæ uel alius, secus autem quando disponentes possunt facere actum nullum & ualidum, nam tunc si defectus est in forma non ualet ut ualere potest, & ideo sequitur, quod regula posita per Bartol. de defectu formæ procedit cum dictis duabus restrictionibus.

153 Tertio opponitur † de text.in capitulo primo. de desponsatio. impube. in 6. ubi si impuberes contrahant matrimonium non ualet matrimonium, & tamen ualet ut sponsalia, & sic eo modo quo potest, soluebat Geminianus ibidem, & dicebat quod ille text. procedit fauore matrimonii, quod est refugiũ miserorum. ideo Iason. respondet quod ibi non est defectus in forma, sed est defectus in causa efficiente, quo casu si non ualet ut agitur ualet ut ualere potest, & sic limitatur conclusio Bartol. hic, sed tamen licet solutio in se sit uera, non aduertit Iason. quod oppugnat Bart. qui uoluit generaliter in obligatione contrahenda non ualere ut ualere potest, quicunque sit defectus, quoniam solum distinguit de obligatione dissoluenda, unde contra secundam partem conclusionis Bartol. quando est defectus in causa efficiente, opponitur de illo text. secundum hunc intellectum Ias. ubi in obligatione contrahenda defectus est in causa efficiente, & tamen ualet ut ualere potest, & non potest dari alia solutio, nisi negando ampliationem Bartol. ut sua conclusio non procedat quando est defectus in causa efficiente, & solum procedat quando est defectus in forma, & hoc mihi placet, pro qua opinione facit text. in §. primo.institutio. de fideiussoribus. & in §. per nouationem. instituta quibus modis tollitur obligatio. ubi pupillus non obligatur ex stipulatione ciuiliter, quia est defectus in causa efficiente, & tamen obligatur naturaliter, & sic ualet ut ualere potest.

154 Quarto † contra dictam conclusionem Bartol. ampliatam, facit tex.in l.stipulatio ista. §. alteri. infra eodem. ubi stipulatio non ualet alteri facta, & tamen nascitur naturalis obligatio, & sic ualet ut ualere potest, sed solutio debet dari constituendo aliam limitationem, quod ibi est defectus in persona cui acquiritur, qui non impedit ualere actum alio modo, quam geritur, solum autem procedit quã do est defectus in forma, ideo per eam reprehenditur alia ampliatio Bart. & restringitur ad defectum formæ.

155 Quinto opponitur † contra ampliationem Bartol. de text. in l. si diuortio. infra eodem. ubi stipulatio facta de dote non ualet nisi in centum pro dote, & in aliis centum est nulla, nihilominus ualet ut ualere potest, scilicet ut donatio, ad idem gloss. in l. hactenus. §. primo. de constituta pecunia. ubi qui constituit ducentum cum non deberet nisi centum non ualet constitutum nisi in centum,

& in aliis centum ualet ut donatio, & sic eo modo quo potest. Tertio facit gloss. in lege tertia. in principio. quam ibi Bartol. & alii not. de acquirenda possessione. ubi ingrediens possessionem animo retinendi possessionem si uere non possidet acquirit ueram possessionem, & ita ualet quomodo potest. & facit text. in lege si quis mihi bona. §. sed quid si mandaui. ff. de acquirenda hæreditate. soluit Iason. hic, quod per dicta iura datur alia limitatio ad regulam Bartol. ut non procedat quando est defectus in materia, quia tunc ualet ut ualere potest, & uidentur sequi docto.

156 Per quas † limitationes apparet quod conclusio Bartol. procedit tantummodo quando est defectus formæ, nam si est defectus materiæ, uel in causa efficiente, uel in persona, cui acquiritur ualet ut ualere potest, & ideo sequitur quod in effectu non est differentia an tractetur de obligatione inducenda, uel dissoluenda, cum eædem limitationes dentur in ea sicut in sequenti casu, & quod dicitur de materia intellige sano modo quando est defectus in re, id est in subiecto, non autem quando est defectus in materia propria quæ consistit in consensu, quia tunc non posset aliquo modo ualere deficiente consensu. lege prima. in fine. ff. de pactis. & lege an inutilis. in 3. respõso. in uersi. finge. infra de acceptilationibus. & in consensu datur conclusio, quod maior est defectus materiæ quam formæ, & in hac sola ampliatio Bar. procedit, & conclusio, si est defectus formæ & materiæ. idest consensus.

157 Sextus est † casus Bartol. ubicunque agitur de obligatione dissoluenda, in quo concludit quod si est defectus formæ non ualet ut ualere potest, sed si est defectus materiæ & in causa efficiente ualebit. Sed contra regulam suam facit, quia si quis facit acceptilationem quæ non conueniat operationibus suis tunc licet non ualeat ut acceptilatio, poterit ualere ut pactum, quia præsumitur uoluisse facere actum cui conueniunt operationes, per ea quæ dixi supra in quinto casu Bartol. & responde dando limitationes ibi traditas, quod regula Bartol. procedit quando actus poterat ualere ut proponebatur, uel operationes nõ erãt cõtrariæ, secus aũt si operationes erant contrariæ, uel nullo modo dispositio liberatoria poterat procedere, & si dictæ limitationes præualent quando agitur de obligatione inducẽda ut actus ualeat ut ualere potest, fortius præualebunt in obligatione dissoluenda quæ fauorabilior est.

158 Vnde intelliget † hanc regulam Bartol. sicut præcedens est, & addas etiam quod erit idem quando est defectus consensus qui est proprie materia, quoniam tunc nullo modo ualebit, cum sublato consensu omnes penitus contractus cessant. lege prima. in princip. & in fin. ff. de pact. & dicta lege an inutilis. in tertio respõso. & ideo quod dicit Bar. de materia intellige de re quæ facit subiectum materiale.

159 Postea † Bartol. concludit, quod ubicunque est defectus in causa efficienti ualet liberatio omni meliori modo, per text. in leg. multum interest. infra eodem. ubi si promissor non habens commertium rei promittit capaci obligatur ad æstimationem, sed e contrario si incapax stipuletur, non ualet etiam in æstimatione, & sic eo modo quo agitur, sed tamen ut dicit Iason. ille text. potius uidetur probare contrarium. ideo melius probat text. in l. quacunque. de procuratoribus. ubi si acceptilatio sit facta per procuratorem non habentem mandatum. & sic est defectus in causa efficiente, tamen ualet ut pactum, sed tu clarius potes dicere, quod pro ista limitatione facit, si eueniret quod pupillus faceret acceptilationem, nam tunc non ualeret, quia est incapax illius liberationis, tamen obligaretur ex pacto de non petendo, & nasceretur naturalis obligatio. arg. tex. in §. per nouationem. instit. quib. mod. tolli. obligatio. & dicto §. primo. institutio. de fideiussoribus.

160 Idem esset † quando quis faceret acceptilationem alteri, nam tunc non posset nasci ciuilis, sed nasceretur naturalis eo modo quo posset, per text. in dicta lege an inutilis. §. fina. ibi, acceptilatio iuris gentium est, & facit text. in lege quacunque. supra de procuratoribus. & ita habes duas limitationes, unã quando est defectus in causa efficiente, & aliã quando est defectus in persona cui acquiritur, quia ualet ut ualere potest, intellige tamen quod defectus in dictis personis sit circa obligationem acquirendã uel inducendam, non autem sit defectus in loquela uel auditu, uel absentia, quia tunc nullo modo ualeret, quoniam in effectu esset defectus formæ, ut supra in principio legis.

161 Item † Bartol. concludit, quod in obligatione dissoluenda si defectus est in materia idest in re intellige ualet ut ualere potest, per leg. si acceptolatum. infra de acceptilationibus. & lege si unus. §. acceptilatio. supra de pactis. ubi acceptilatio fiebat de obligatione iurisgentium quæ non cadit in acceptilatione, ut institutio. quibus modis toll. oblig. §. quo genere. & tamen ualet ut ualere potest, & sequuntur hic omnes * contra tamen eam instat Ias. de lege si causa cognita. C. de transactionibus. ubi transactio fuit facta super re iudicata, & sic defectus est in re, & tamen non ualet ut pactum. soluebat Iason. quod ibi non tractatur de mera liberatione. sed de contractu mixto transactionis quod continet obligationem & liberationem, ut no. in rubr. C. de transactionibus. & ideo magis adhæret actui de obligatione inducenda, quæ solutio confunditur per ea quæ ipsemet dixit allegando legem si diuortio, infra eodem. & l. hactenus. cum gloss. de constituta pecunia. ubi uoluit quod in obligatione inducenda defectus in re non impediat actum ualere eo modo quo potest. unde tu potes alio modo respondere, quod ibi est defectus in forma, quoniam transactio non potest fieri nisi de re dubia, lege prima. ff. de transactione. & quando res est certa deficit substantia & forma transactionis, ideo non contradicit, sed concordat cum regula Bartol. de forma.

162 Ex quibus habes † quod licet Bartol. hic laboret constituendo differentiam utrum agatur de obligatione

tione inducenda uel dissoluenda, eius differentia non est uera,quia imo conueniunt & in regula & in fallentiis. ut ego supra dixi demonstrando quod ille fallentiæ seu restrictiones quæ dantur iu obligatione dissoluenda dantur quoque in obligatione inducenda, & ideo uidetur regulam æqualem esse constituendam, quod quando sumus in actibus qui dependent a uoluntate duorum quando est defectus in forma non ualet ut ualere potest in obligatione inducenda & dissoluenda,per tex. nostrum hic. & dictum §.cum qui. & dicta lege an inutilis. cum concordantibus. Fallit tamen quando actus nominatus nullo modo de iure ualere poterat. Secundo fallit quando operationes non conueniunt actui nominato sed alteri contractui,quia in istis duobus casibus ualet ut ualere potest,nõ obstante defectu formæ.dicta lege si insulam.& l.si olei.cum concordantibus.supra adductis, quæ militant tam in obligatione inducenda quam dissoluenda. Tertio fallit quando est defectus in causa efficiente in utrisque terminis.dicto capitulo primo.de sponsalibus. & dicto §. per nouationem. Quarto fallit quando est defectus in persona cui acquiritur,quia nascitur naturalis. dicto §.alteri.& dicta lege quacunque ratione. Quinto fallit quando est defectus in re dicto §. acceptilatio,& dicta lege si acceptolatum.& dicta l. si diuortio.infra eodem.& apparet quod Bart. non debebat elaborare in hac distinctione, & quod solutio gloss. nostræ hic fuit melior quam illa tradita in dicto §. cum qui.

163 Aduertas tamen † quod Bartol.hic & docto.omnes uolunt quod defectus formæ in actu nominato generaliter impediat eum ualere eo modo quo potest, nam uidetur quod hæc conclusio non sit uera, quia quando contrahentes agunt ut ualeat omni meliori modo,extendunt suum cõsensum ad alios actus uel contractus, & propter illum consensum creatur ille nouus,& non interest an nominatus deficiat propter causam formalem,uel materialem, uel efficientem,uel aliam, quoniam hæc differentia non alterat consensum ad alium actum,neque auget,neque diminuit,& ideo non potest dari ratio quare magis impediatur ualere eo modo quo potest quando est defectus formæ, uel alius defectus, cum semper præsupponatur non ualere, & ideo ego puto hanc conclusionem Bartol. & communem * non esse ueram, & quod ad cognoscendum an actus ualeat uel non ualeat eo modo quo potest inspici debeat quis sit defectus, sed solum est considerandum an habeant animum ad alium actum, ut plene probat dicta lex si insulam. & lex olei. cum aliis similibus supra allegatis,& quanto magis considerabis uidebis hanc distinctionem non esse ueram,ideo tex.in dicto §.cũ qui. utitur uerbo,inutiliter,neque tex.facit uim hic quod sit defectus formæ, solum autem hæc differentia fieri potest quando agitur de ipsa stipulatione, an debeat natura producere obligationem naturalem, ut est illa quæ est facta a pupillo,quæ non obstante defectu remanet stipulatio uera, & in dicto §. alteri, etiam est stipulatio uera quæ producit obligationem naturalem. unde tunc militat illa differentia de defectu formæ uel causæ efficientis, quoniã si est defectus formæ, stipulatio nullo modo est in rerum natura, & quando est defectus alter est in rerũ natura, & potest producere obligationem naturalem.

164 Septimus casus est † quando est appositum iuramentum, an ualeat actus omni meliori modo,in quo breuiter ipse determinat quod sic, per text. in lege cum pater.§.filius matrem.ff.de legatis secundo.ubi filius instituerat matrem, & grauauerat dare certa legata, quam etiam rogauit ut iuraret, postea ruptum fuit testamentum per quærelam, ut ipsa succederet ab intestato, & dubitatum fuit an teneretur soluere legata,& respondet ibi text.quod sic, quia illa propter iuramentam uidentur esse repetita ab intestato, quoniam ennixæ uolũtatis præces uidentur porrectæ ad omnem modum succedendi tam ex testamento quam ab intestato, & sic quamuis legata non ualerent ut relicta fuere, tamen seruantur eo modo quo possunt ualere, & per illum text. colligunt doctor.regulam, quod iuramentum habet uim clausulæ,omni meliori modo, & idem tenet Bartol. in lege si quis in principio testamenti. in fine. ff. de legatis tertio.& lege si quis pro eo. in octauo membro.ff.de fideiussoribus. facit text. in capitulo quanto.§.si uero.& ibi Abbas. in quinto nota. de iureiurando.

Ideo inquit Bartol.in lege si quis maior. C. de transactionibus. quod si in transactione appositum fuit iuramentum, si non ualet ut transactio ualebit ut pactum,& sequuntur communiter * doctor. ibi, & hic, sed tamen subdebat Iason. quod ille tex. non uidetur probare intentionem Bartol.quoniam loquitur de ultimis uoluntatibus & non potest argumentari ad contractus,quoniam est argumentari de actu fauorabili ad odiosum. argumen. legis in testamentis.de regulis iuris. sed tamen ipsemet Iason. tenet opinionem Bartol. ut fiat hæc extensio, quia iuramentum ex se est fauorabile, cum eius materia, secundum Barto. & omnes in authen.sacramenta.C. si aduers.uenditionem. ideo eius materia extendi poterit. Tu melius responde, quod hic non tractamus de hac extensione,sed in illo text. probatur quod iuramentum demonstrat ennixam uoluntatem partiũ ad ipsum actum, quæ ennixa uoluntas demonstrat animum perficiendi actum eo modo quo potest ualere,qui animus tam in ultimis uoluntatibus quam in contractibus sufficit ad perficiendum actum,cum ut ualeat omni meliori modo solum dependeat a uoluntate disponentium, & quando habemus illã uoluntatem non distinguimus in qua materia interponatur.

Secundo opponit Iason. quia iuramentum non solet supplere defectum consensus,ut not.in lege fina.C.de non numerata pecunia.ubi dicitur per omnes,quod quando actus deficit ratione consensus iuramentum nihil operatur.ergo si stipulatio est inutilis,iuramentum non potest facere quod ualeat ut pactum nudum, quia deficit consensus.argum. legis an inutilis.in fine.princip.ff.de acceptilationibus.sed respondet ipsemet Iason. quod stipulatio inutilis non ualet ut pactum, non quia deficiat consensus, quia

argumentum militaret, sed propter consensum præcisum limitatum ad stipulationem. dicta l. 1. §. cum qui. ff. de consti. pecunia. sed quando apponitur iuramentum, illud operatur ut non se restringat disponens ad stipulationem, sed habeat animum faciendi omnem actum qui melius ualere poterit.

165 Tu clarius dicas † quod iuramentum non facit cõsensum ad pactum, sed propter illud demonstratur uoluntas ennixa disponentis, qua existente constat quod habet intentionem perficiendi omnimodo illum actum, & ideo intendit si non ualet eo modo quo nominatur facere eo modo quo potest ualere & sic iuramentum non inducit consensum, sed declarat uolũtatem disponentium esse ut ualeat ille actus omni modo quo potest, sicut si apposuissent clausulã omni meliori modo.

166 Tertio Ias. opponit † de doctrina Bald. in c. cum contingat. de iur. iurand. qui dixit quod si actus deficit in forma, iuramentum nihil operatur, ergo si stipulatio non habet suam formam, iuramentum potest facere quod ualeat ut pactum, quia forma dat esse rei, & solennitas intrinseca non suppletur iuramento, ut inquit ipsemet Bald. sed respondet Iason. quod Bartol. non uult stipulationem nullam effici ualidam per iuramentum, neque hoc cogitauit, sed solum dixit quod iuramentum facit ut ille disponens demonstraretur habere intentionem faciendi actum omni alio modo quo ualere poterit, & sic stipulatio remanebit inutilis, & creabitur alius actus ex uoluntate disponentis, qui possit ualere pro executione dispositionis, & sic semper apparet quod iuramentum non facit actum aliquem, neque illum ualidat, sed solum demonstrat disponentes habuisse uoluntatem faciendi actum efficacem per illum modum qui poterit ualere de iure, & hoc est quod disputatur in hac quæstione.

167 Quarto † dicebat Alciat. quod ille text. non concludit pro Bartol. quia ibi legatum tantummodo poterat ualere ab intestato, & iuramentum facit ut porrigatur uoluntas in illum actum tantum, non autem ut porrigatur ad uarios actus, ut uideatur ualere omni meliori mõ, & hoc dicit esse uerius, & esse de mẽte Raphaelis ibi, quod satis sit si iuramentum operetur aliquid, licet non omnia, nisi interuenerint uerba ualde prægnantia, & adducit dictum Bart. in l. 2. C. de rescind. uend. uolentis quod si minor simpliciter iurat non uenire contra contractum, intelligetur ratione minoris ætatis, non autem ut censeatur renũtiasse beneficio. d. l. 2.

Et confirmat per consilium. 43. And. Siculi. libr. 2. col. pen. uolentis quod si mulier iurat in contractu fideiussionis iuramentum operatur ut censeatur certiorata, non autem quod censeatur renuntiasse beneficio excussionis, quia inducerentur duo specialia & tenet Felin. in c. ex rescripto. col. penult. de iur. iurand. Sed tu dicas, quod ipse æquiuocauit, & non est de quo agimus, nam ubicunque apponitur iuramentum, illud demonstrat uoluntatem ennixam per quã apparet uoluisse facere actum eo modo quo ualere potest, & nõ curamus an essent decem modi qui possent accomodari, tamen solum ualebit in illo qui perficietur, & ualidior erit, & dicitur unicus actus qui in tota illa dispositione inducitur, & non quærimus de pluribus.

168 Allegata autem † per ipsum procedunt quando actus iuratus operatur suum effectum, quod tunc nõ extenditur ut plures alios effectus cumulatiue operetur, & de hoc non disputamus, & conclusio sua est uera quod non porrigitur ad plures actus regulariter nisi sint uerba prægnantia, & est communis * cõclusio in dictis locis, quod iuramentum non debet operari plures effectus, & ideo si minor renuntiauit hæreditati paternæ simpliciter, illa sortietur plenum robur. capitulo quamuis. de pact. in 6. quoniam satis operatur iuramentum quod ipsa ualeat. ideo si erit læsa poterit petere restitutionem in integrum.

Et infertur quartum, quod si maritus minor donauit uxori suæ, & iurauit simpliciter non contrauenire, quod poterit reuocare, quia iuramentum satis operatur quod efficiatur ualida, & ideo non impediet postea restitutionem in integrum, & sic conclusio Bart. sic uera est per suas rationes, & allegata per ipsum etiam in suo casu procedunt.

169 Sed tunc † succedit dubitatio, cum iam appareat si iuramentum est appositum super stipulatione nulla, quod illa ualebit ut pactum, per dictum §. filius matrem, an modo illud pactum erit efficax & reputabitur uestitum. Abb. in capit. cum contingat. de iu reiuran. col. pen. uers. septimus casus. dicit tale pactũ efficax esse, & allegat Barto. in dicta l. si quis pro eo. infra de fideiussoribus. sed Alex. in consi. 12. col. fin. lib. 1. quem sequitur hic Socci. dicit illud pactum remanere pactum nudum, & solum habere effectum retentionis sicut cætera pacta nuda, & sequitur Alcia. hic numero 54. & etiam ego puto uerum, quia non est causa uestiendi illud, cum si stipulatio sit nulla remanet simplex pactum secundum formam suam & non potest uestiri a stipulatione quæ non reperitur.

170 Sed aliud † succedit dubium, an hoc pactum ualeat de iure canonico, ut saltem producat actionem. iuxta capit. primum. de pact. & Soccin. tenet quod nec etiam seruabitur de iure canonico, quoniam nõ est uerum pactum, sed est pactũ præsumptum quod non habet priuilegia ueri pacti. argument. nota. per Bartol. in lege iurisgentium. §. quinimo. in ultima columna. ff. de pactis. ubi pactum præsumptum donationis non parit actionem de iure ciuili, ergo nec etiam de iure canonico, sed tamen uerior est opinio contraria quod imo producat actionem de iure canonico, quoniam assumptum non est uerum, quod sit pactum præsumptum, cum imo sit pactum uerum, nam per iuramentum demonstratur disponentem uoluisse facere actum eo modo quo posset, & cum non ualeret stipulatio, apparet quod fecit pactum, & fuit uerum pactum, quod probatur per appositionem iuramenti. igitur sicut cætera pacta de iure canonico producent actionem.

171 Sed adhuc † succedit tertia dubitatio, utrũ hoc pactum dicatur esse iuratum, & communiter * doctores hic

hic uidentur concludere quod non sit pactum iuratum, per regulam positam in dicta authentic. sacramenta puberum, confirmata per multa similia supra, quod iuramentum non operatur duos effectus, sed iam dictum fuit quod propter iuramentum inductum fuit pactum, ergo sequitur quod postea non potest dici iuratum, ne sequantur duo spetialia. argument. lege prima. C. de dot. promissio. unde uidetur sequi unum magnum in practica, quod ubicunque actus contenti in instrumento non ualent ut proferuntur, sed omni meliori modo, amplius instrumentum non dicitur iuratum, & actus remanet sine effectu iuramenti. sed ego puto hanc opinionem non esse ueram, quod imo pactum illud sit iuratum, & omnis alius actus in quo ualere potest dispositio sit iuratus, quoniam assumptum non est uerum quod iuramentum operetur duos effectus, cum imo solum effectum operetur suum super illo actu qui inducitur, & facit eum esse iuratum, nam propter iuramenti appositionem ipsi apponentes demonstrauerunt uelle facere illum actum qui ualere potest, ideo postea iurando uidentur promisisse directo obseruare illum actum gestum, & non stipulationem & actum nullum nominatum, quoniam uere iurat obseruare promissa per illum actum ualidum non autem per actum nullum in quo nulla dicitur esse promissio, & hoc est de intentione disponentium ut uoluerint illum actum qui ualere potuit confirmare iuramento, non actum nullum, & per consequens operatur tantummodo effectum suum in illo actu, & unicum tantummodo non duos effectus operatur.

Et propterea remanet in practica hoc ualde notabile, quod omnes contractus iurati remanent cum effectu iuramenti, siue ualeant in actu principali nominati siue eo existente nullo, ualeant omni alio meliori modo, sicut si esset apposita per ipsos contrahentes clausula omni meliori modo quæ redderet actum qui esset ualidus iuratum.

172 Ex quibus † habes late, & diffuse discussum hunc articulum, an si non ualet quod ago ualeat ut ualere potest, & quanto maiorem discussionem dederunt Doctor. tanto maiorem confusionem induxisse uidentur, ideo ut redderent clariorem reduxerunt eum ad regulam cum ampliationibus & fallentiis, & communiter * Doctor. uidentur facere regulam affirmatiuam, si non ualet, ut ago ualet ut ualere potest, eam ampliando, & postea limitando, ut hic facit Iason. & plenius Rippa. sed tamen uidetur contra dicere distinctio Bartol. quoniam præsupponit frequentius disponẽtes nolle actum ualere eo modo quo possit, cum generaliter dicat, quando agitur de actu dependente a uoluntate duorum in obligatione inducenda non ualeat actus, ut ualere potest, & idem sit quando agitur de obligatione dissoluenda, saltem quando est defectus formæ, uel causæ materialis, & idem sit in ultimis uoluntatibus quando agitur de totali dispositione.

173 Propterea † pro resolutione & ordinatione istius articuli plenius est considerandum, & in spetie inquirendum est a quo principio possimus cognoscere, an actus debeat ualere eo modo quo agitur tantum, uel alio modo quo ualere possit, & recte considerando apparet quod hoc totum dependet a uoluntate disponentium, quia si habent intentionem quod actus ualeat, ut ualere potest, eorum uoluntas seruanda est. lege prima. §. si conuenerit. ff. depositi. cum similibus, & si habent intentionem quod non ualeat nisi eo modo quo agitur, eorum quoque uoluntas seruanda est. leg. non omnis. ff. si certum petatur, & ideo cum hoc totum dependeat a uoluntate disponentium, & illud totum seruatur quod ipsi uoluerunt facere, & intendebant facere, opportet ut in quocunque actu inspiciamus diligenter quam uoluntatem habuerint disponentes & quod intendebant facere.

Quapropter pro pleniori discussione enumerandæ sunt coniecturæ a legibus receptæ quæ faciunt præsumi uoluntatem disponentium fuisse faciendi omnem actum qui ualere possit. & e contrario enumerandæ sunt coniecturæ a legibus receptæ quæ faciunt præsumi uoluntatem disponentium fuisse faciendi cum actum tantum qui gestus fuit, & nominatus, & non extendendi eum, quamuis non ualeat, ad alios actus qui ualere possint.

174 Prima est igitur † coniectura quod disponentes præsumantur uoluisse facere actum eo modo quo ualere possit, ubicunque faciunt actum qui de iure nullo modo potest perfici sicut agitur, & tunc fit conclusio generalis, quod præsumuntur uoluisse facere eo modo quo ualere potest, per text. in dicto capitulo primo. de desponsatione impub. & in lege insulam. de præscrip. uerbis, & in §. 1. insti. locati, & §. fin. instit. mandati. quod etiam procedit a fortiori in obligatione dissoluenda. dicta lege. an inutilis, & leg. cum emptor. ff. de rescin. uendit. & in ultimis uoluntatibus, dicta leg. Scæuola. ff. ad trebellian. & lege tertia. ff. de milit. testament. & dicta lege uerbis ciuilibus, de uulg. & pupill. & in iudiciis, ut in confessione. gl. l. cum scimus. C. de agri. & cens. & Alex. in l. magistratus. de iurisd. omn. iud. & cap. at si clerici. de iudi. item procedit quando est defectus in causa efficiente. cap. ex insinuatione. cum ibi not. de appellatio. uel alia causa. l. multum. cum glossa. infra eodem, & l. quacunque. ff. de procurato. item quando est defectus materiæ aliqualis, quia totalis materia impediret, d. c. 1. de desponsatio. impub. qui non habent perfectum consensum ad matrimonium. itẽ quando est defectus formæ, ut in text. nostro, & d. l. insulam, & insti. de locatione. §. 1. a fortiori. Item quando est defectus in re, idest materiæ subiectiuæ nõ totalis. l. si acceptolatum. infra de acceptilationibus, & d. l. multum interest, uel solennitatis, seu causæ finalis, seu defectus in persona cui acquiritur. l. stipulatio ista. §. alteri. & generaliter ubicunque actus qui geritur propter aliquem defectum de iure nullo modo perfici potest, tunc præsumuntur disponentes uoluisse facere actum eo modo quo possunt.

175 Et ratio est † quia nemo præsumitur uelle facere actum nugatorium & inutilem. l. si quando. ff. de le. 1.

nam odiosa est illa præsumptio quod agens uellit facere actum inutilem, cum agens semper agat propter finem, ut per Anto. in proemio decretalium. & lex et natura nihil frustra operentur. §. minorem, institu. de adoptionibus, & facit tex. in l. Diuus. §. stipulatio, ut legato. nomine caueatur. quæ tamen cōiectura procedit quando partes sciunt actum de iure fieri non posse, uel præsumuntur scire, quoniam ipsos non excusat iuris ignorantia. l. leges sacratissimæ. C. de legibus, & l. iuris ignorantia. ff. de iuris. & facti ignora. sed si esset ignorantia facti, uel ignorantia iuris multū subtilis, tunc cessaret dicta coniectura, ideo fallit ubicunque disponentes ignorauerunt defectum. Secundo fallit quando constat disponentes uoluisse facere actum elusorium uel ioco, dicta l. an inutilis. secundum unum intellectum, & l. obligationum substantia. §. fi. supra titulo. 1. uel actus annullatur, quia apposuerunt conditionem impossibilem. iuxt. l. non solum. supra titulo 1. uel fecerunt actum simulatum l. imaginaria. ff. de reg. iuris. & l. cum emptor. ff. de aqua pluuia arcenda, uel ex alia ratione, de qua in Rub. & nigro. C. plus ualere quod agitur quam quod, &c. nam per has secundās coniecturas cessat præcedens & ideo multum diligenter est inuestigandum de uoluntate.

176 Secunda est coniectura † quando disponentes nominauerunt actum quem poterunt præficere de iure, & postea fecerunt operationes contrarias ei & conuenientes alteri, nam tunc ualebit actus quem operationes constituunt, quia primum actum non uidentur uoluisse facere. sed ex impropriis uerbis nominasse, & fortior est præsumptio quæ sumitur ex operationibus quam illa quæ sumitur ex uerbis. argu. tex. in l. certum. ff. si cer. pet. & gloss. in l. si quis in fundi uocabulo. ff. de leg. primo. & l. quæ extrinsecus. infra eo. & probatur in l. insulam. de præscript. uerbis. & in §. primo. insti. locati. & instit. mand. §. fi. secundum alium modum intelligendi, & per doct. in l. 1. ff. si cert. pet. & est tex. in l. ubi ita donatur. ff. de donatio. caus. mort. fallit quando omnino se restrinxerunt ad illum actum nominatum, & aliis modis supra positis, quia ille tantum agitur etiam quod sit nullus. lege cum præcario. §. 1. ff. de præcario.

177 Tertia est coniectura † quando contrahentes demonstrant subiectum dispositionis, quod non potest conuenire actui nominato, sed tantummodo alteri actui, quia tunc præsumuntur uoluisse facere actum conuenientem subiecto nominato, ut est tex. secundum unum intellectum in l. si tam augusti. supra de serui. & l. uia. de seruit. rusti. prædiorum. quoniam per demonstrationem subiecti colligitur mens disponentium, & præsumitur quod uerba improprie prolata fuere de illo actu, cum facta præualeāt uerbis, & succedit regula, quod uerba deseruiunt intentioni & non intentio uerbis. l. si uno. ff. loca. & capitulo intelligentia, de uerbo. signific. quæ tamen coniectura, ut præcedentes restringitur, nisi interuenirent aliæ coniecturæ contrariæ, uel quod omnino se restrinxissent ad actum nominatum, uel quod uoluerunt facere actum nugatorium. dicta l. an inutilis, uel apposuerunt conditionem impossibilem. l. non solum, de actio. & obligationibus. & alia similia, quia actus agentium non operatur ultra intentionem agentis, dicta l. non omnis. ff. si cer. pet.

178 Quarta est coniectura † quando interuenit aliqua causa inducens ennixam uoluntatem in disponentibus, ut quia sit stimulus naturalis ad perficiendum actum, nam tunc ualebit omni meliori modo, ut est gloss. in l. cohæredi. §. cum filio. in uerbo, uoluit, & ibi Alex. & plenius Iason. ff. de uulg. & pupill. quæ uoluit quod quando pater facit testamentum inter liberos semper uideatur apposita clausula, omni meliori modo, propter ennixam uoluntatē quam præsumitur habere ut actus habeat effectum, quæ tamen & ipsa restringitur nisi adsint aliæ coniecturæ contrariæ quæ præualeant uel diminuant, ut supra.

179 Quinta coniectura est † quando causa est fauorabilis quæ sui natura inducit stimulum & causat ennixam uoluntatem, ut si est causa pia uel alia respiciēs salutem animæ, nam tunc præsumitur disponentes uoluisse omnimodo facere actum cum effectu, & ualebit ut ualere poterit, & probatur ex no. plene per Barto. & alios in l. 1. C. de sacr. sanct. eccles. & idem etiam est in libertate. l. generaliter. §. si quis seruo pignorato. de fideicommiss. lib. cum similib. nec obstat dicta l. si seruus alienus. §. si seruus legatus, de legat. primo. quia responsum fuit supra, quod ibi non erat ennixa uoluntas propter actum contrarium.

180 Sexta est coniectura † quando expresse testator disposuit quod si non ualet eo modo ualeat alio modo per eum nominato, ut in clausula codicillari quæ expressis uerbis concipi solet, & idem etiā est quando non expressit alium modum in spetie, sed apposuit clausulam generalem dicendo, si non ualet hoc modo ualeat omni alio meliori modo, quoniam tūc sine difficultate actus ualebit alio modo, & non erit proprie coniectura, sed potius certa uoluntas quæ omni modo seruanda est, dummodo lex nō resistat, uel non interueniant aliæ qualitates supra traditæ pro restrictione.

181 Septima est coniectura † quando est appositum iuramentum, nam illud habet effectum clausulæ, omni meliori modo, ut hic per Bar. & Docto. declarando tamen ut statim supra diximus.

182 In contrarium quoque † quod disponentes non habeant animum faciendi actum eo modo quo possit ualere, reperiuntur etiam coniecturæ aliæ a iure receptæ. prima est coniectura, quando per aliqua uerba expressa se restrinxerunt ad actum nominatum, nam tunc non ualebit alio modo, quia per restrictionem taxauerunt uoluntatem suam, ut ulterius non procedat, & ideo plus non operabitur, dicta lege non omnis. ff. si certum petatur, & actus non ualet quia noluerunt facere. dicta leg. prima. §. cum qui. de consti. pec. & hæc est uera coniectura & ab omnibus recepta, sed solum est dubitatio quæ uerba demonstrent hanc uoluntatem se restringendi ad illum actum, & communiter Doctores uidentur uelle, quod sufficiant certa uerba demonstratiua ut promittis mihi stipulanti talem rem, uel uendenti, uel ex stipulatione tibi tradendendæ, & ita intel-

intelligunt istum text. Alex. Soccin. Fulgo. & Alciat. addentes quod hic & in dicta lege eum qui. expressum fuit mihi stipulanti uel uendenti, quæ coniectura esset multum notabilis, quia hodie notarii semper proferunt dicta uerba, tali præsenti & stipulanti.

183 Sed tamen puto † ea non sufficere, ex eo quia tantummodo demonstrant contractum quem uelint facere, non autem quod restringant uoluntatem ut non possint porrigi ad alios actus, & propterea melior est opinio quod sint necessaria alia uerba extrinseca quæ denotent hanc restrictionem, ut quia sit dictum, uolentes dictæ partes facere contractum efficacissimum, uel intendentes omnino talem cōtractum facere, deuenerunt ad talem conuentionem, & aliqua alia similia uerba, quæ quoque coniectura præualebit nisi sint aliæ contrariæ potentiores, in quibus diligens iudex inspicere debebit.

184 Secunda est coniectura † quando inter actum qui geritur & eum qui ualere potest est maxima distantia adducens diuersum modum disponendi, nam tunc præsumentur disponentes uoluisse recedere ab illo modo disponendi expresso, & transire ad diuersum modum, ut in leg. non codicillum. C. de testament. ubi qui facit testamentum non præsumetur uelle illud ualere iure codicillorum, quia in præfationibus elegit uiam testati, asserendo se uelle testatum decedere, unde non poterit ualere ut codicilli, per quos deceditur ab intestato, & mutantur plerunque hæredes instituti, & est urgens coniectura quæ seruanda est nisi posita sit clausula contraria, uel interuenerit alia coniectura urgens, ut quod nullo modo potuisset facere testamentum illo modo. argument. l. Scæuola ad trebellianum. & l. uerbis ciuilibus. de uulgar. & pupill. cum similibus, uel interuenerit iuramentum, dicta lege. cum pater. §. filius matrem, uel stimulus naturalis. l. cohæredi. §. cum filio. de uulg. & pupi.

185 Tertia est coniectura † quando ille actus qui iure potest fieri esset maior nominato, nam tunc non præsumitur uoluisse eum facere. l. tutores. §. primo. ff. de administrat. tutorum. & ibi Bartol. in spetie. faciunt etiam quæ habentur in leg. sed & si quis. §. quæsitum. ff. si quis cautionibus. & not. in capitulo sedes apostolica. & capitulo final. ubi canonistæ. de rescript. & plene ego cumulaui multa alia in lege secunda. ff. de iurisdictio. omnium iudicum, quæ tamen coniectura & ipsa per alias contrarias potest elidi uel tolli.

186 Quarta est coniectura † quando actus qui potest ualere est multum insolitus, quia non præsumitur de eo cogitatum. argu. no. in l. cum aquiliana. ff. de transac. & per Bar. in l. sub prætextu secunda. C. de transactio. quæ tamen intelligi debet si nullo modo fuisset cogitatus, nam si in genere fuisset cogitatus, tunc posset ex uoluntate actus esse factus. argumen. l. qui iure militari. ff. de mili. testament. cum similibus quæ posui supra in primo articulo Bartol. cum tamen restrictionib. & declarationibus ibi traditis.

187 Quinta est coniectura † quando actus est odiosus, quia præsumuntur disponentes uoluisse restringere & non extendere. argument. capituli odia de regul. iur. in sext. & potest poni exemplum in datione tutoris, quæ ex legis dispositione reputatur odiosa propter onus tutoris, ut non extendatur de filio ad nepotes, ut in leg. quid si nepotes. De testamentaria tutela. & §. fin. institut. de testament. tutel. & facit contraria ratio, quia si propter fauorem præsumitur extensio ut supra, ita & propter odium præsumetur restrictio.

188 Sexta est coniectura † multum generalis secundum Doc. quando est defectus in forma, quia omnes conueniunt quod tunc actus non ualet ut ualere potest, per istum textum. quem ita intelligit hic Bartol. & dicto. §. eum qui. & omnes pertranseunt per illam rationem, quia maior est deffectus formæ quam materiæ, & ideo nullo modo potest habere effectum, & ita resident omnes. sed tamen hæc coniectura recte considerata non est uera, & fuit quædam allucinatio Doc. cum ad hoc ut actus possit ualere alio modo non interest ex quacunque causa actus ualere non possit, quia disponens quando uult ualere alio modo intendit actum habere effectum ex quacunque causa deficiat, & hanc suam uoluntatem deffectus formæ non impedit quin habeat effectum in alio actu, & probatur in dicta l. insulam. de præscripti. uerbis. in l. si olei. C. locati & §. primo instit. loca. & §. fi. instit. mand. cum multis similib. in quibus est defectus formæ & tamen ualet eo modo quo potest. & idem dicitur in l. si stipuler. §. fi. infra eodem. & in dicto. §. quoniam. & §. Chrisogonus, & ita omnino tenendum est, solum autem potest saluari hæc communis coniectura quando dubitatur an stipulatio nulla ex sua materia possit producere obligationem. nam si est defectus formæ uel consensus nullam producet, sed si est defectus in causa efficiente uel in re producet naturalem. §. per nouationem. institut. quibus mod. toll. obligatio. & §. primo. institut. de fideiusso. & l. stipulatio ista. §. alteri, infra eodem. & l. si acceptolatū. ff. de acceptilationibus. cum multis similibus, quæ omnes coniecturæ sunt generales ad ultimas uoluntates, ad contractus, & liberationes, iudicia, delegationes, & omnes alias penitus dispositiones, & distinctio Barto. hic & doc. redditur in totum inutilis & uana per prædicta. Aliam etiam coniecturam posuit Bartol. quando agitur de obligatione contrahenda, uel de totali dispositione, quæ neque etiam sunt ueræ, & non procedunt simpliciter ut ibidem etiam dictum fuit.

189 Quibus sic narratis † pro resolutione articuli, alio ordine procedendum est, & cōstituendi sunt duo casus diuersi, unus est quando disponentes intendūt facere unum actum requirentem plura, & non appareat an omnia interuenerint, ita quod sit dubium an ualuerint facere illum actū ualidum uel nullum nō egrediendo tamen eum. Alius est articulus, utrū si nominauerint unum actum qui tamen clare non habuit suam perfectionem, an, eo existente nullo, disponentes uoluerint gesta per ipsos ualere omni alio meliori modo quo ualere possunt.

190 Circa primum † constituenda est regula affirma-

tiua, quod quando est dubium an disponentes uoluerint facere actum suum ualidum, uel inutilem ꝙ semper præsumendum est eos uoluisse facere actum utilem & ualidum eo modo quo possit ualere non egrediendo eum, etiam impropriando uerba, per l. quotiens. ff. de reb. dub. & l. quotiens in stipulationibus. infra eodem. cum multis concordantibus adductis ibi per Iason. & non tantum uoluisse, ut ualeat sed uoluisse ualere omni ualidiori modo. per gloss. in l. prima. in gloss. magna in fin. ff. de iudi. & hæc est potentior coniectura quæ possit esse, & fortior omnibus aliis, quibus præualet, ut per Decium in dicto capitulo. quod super, numer. 16. & ibi Abba. num. 15. de officio delega. & idem Decius in consil. 77. & consil. 141. col. 2. cum aliis cumulatis supra in primo articulo in primo casu. Fallit quando constaret de contraria uoluntate. dicta l. obligationum. §. fin. & l. non solum. supra titulo. primo, & dicta l. an inutilis, uersi. finge. secundum ueriorem intellectum, & l. imaginaria. de regul. iur. cum similibus, cum non sit absurdum, licet non faciliter credibile, quod disponentes uellint facere actum nugatorium uel inutilem uel simulatum, & si habebis coniecturas quod non sit simulatus, iudica pro actu, si uero habebis contrarias coniecturas urgentes, dicas actum esse nullum & nugatorium, si uero coniecturæ militant ab utraque parte, considerare debes eas quæ præualent, & secundum eas iudicare, nam summa est, quod actus ualebit, uel non ualebit secundum intentionem disponentium, a quibus totum procedit.

191 Circa secundum † quando apparet actum non ualere eo modo quo geritur, & dubitatur an disponentes uoluerint ualere eo modo quo potest, & tūc primo inspiciendum est an sit apposita clausula expressa, quod uolunt illum actum ualere alio modo expresso si non ualet modo nominato, prout contingit in clausula codicillari quæ dictat, si non ualet iure testamenti ualeat iure codicillorum uel donationis causa mortis, & tunc secundum omnes * extendetur actus ad illos casus nominatos, ut habetur in leg. prima. ff. de iur. codicillo, sed tamen non trahetur ad alios non nominatos quasi contententur disponentes de illis. idem erit etiam quando est apposita clausula magis generalis, ut si non ualet eo modo ualeat omni alio meliori modo, & tunc similiter extendetur ualiditas actus secundum omnes ad omnes casus in quibus ualere possit, quia in claris non est opus coniecturis. l. continuus. §. cum ita. infra eodem. cum restrictionibus tamen supra traditis. similiter e contrario si reperiatur clausula expressa dicans quod tantummodo uolunt facere illū actum, uel reperiantur aliqua uerba demonstrantia quod disponentes se restrinxerunt ad illum actum, seu ad illum modum disponendi, & tunc non extendetur ualiditas ad alios actus in quibus ualere possit, per l. non omnis. ff. si cer. pet. cum suis concor. & potuerunt contrahentes sibi ipsis limites imponere.

192 Si autem non † apparent clausulæ expressæ, & tunc uariauerunt Doctor. ut supradictum fuit, & communiter * posuerunt regulam, quod in dubio ualeat omni meliori modo, faciendo limationem, nisi peccatum sit in forma, quæ nihil est, ut supra dixi.

193 Ideo constituenda † est regula contraria, quod in dubio disponentes se restrinxerunt ad illum actum, & non cogitauerunt de alio etiam multum simili & propinquo, ut dixit text. in dicta l. prima. §. eum qui. ff. de constit. pecunia, & est ratio apparens, quia uoluntas hominum cognoscitur per uerba, & per ea quatenus sit demonstratur, quia illa sunt notæ animi nostri. l. Labeo. in fin. de suppellectili legata, cum similibus, & si uoluissent plura facere poterunt exprimere cum dependeret ab eorum uoluntate, & si non fecerunt, noluerunt. l. prima. §. sin autem ad deficientis. C. de caducis tollend. & probatur in hoc. §. nostro, non uiolando literam. & est magis rationalibilis decisio. Ampliatur a fortiori procedere quando interuenerunt illæ quatuor coniecturæ supra narratæ quæ demonstrant magis restrictam uoluntatem. Item ampliatur procedere ex quacunque causa sit nullus actus, uel ex defectu formæ, seu consensus, uel aliorum substantialium, quoniam si non intendebat alium actum facere, quæcunque sit causa annullans, non poterit extendi ad alium actum non nominatum, per dictam. l. non omnis. Fallit ubicunque interuenit una ex aliis quinque coniecturis supra positis, quia tunc cum illæ declarent uoluntatem disponentium esse magis latam, eam seruabimus, & si eueniret quod etiam pro alia parte militarent coniecturæ restringentes, inspiciendæ essent quæ præualeant, & secundum uoluntatem maiorem iudicandus erit actus, hoc autem erit necessarium probari per eum qui uult extendere gesta nominata ad alios casus quibus ualere possit, quoniam regula est, quod non præsumitur uelle facere alium actum, ut dixi, propterea transfertur onus probandi contrarium in aduersarium, siue simus in ultima uoluntate, siue in contractibus, siue in quacunque alia dispositione, quoniam tantummodo seruandum est quod mente agitatum est, & totum remittitur diligentiæ iudicis, qui uoluntatem disponentium inquirere debet, & sic habes resolutionem facilem & claram in tam diffuso articulo per doc. inuoluto.

194 Octauus casus est † ubicunque stipulatio est apposita super contractu inter partes confecto, utrum tunc, si non ualet stipulatio ualeat omni meliori modo quo possit, & ut appareat generalis utilitas Bar. formauit quæstionem de surdo, qui intendens facere aliquem contractum naturalem, ut uenditionis, locationis, mutui, comodati, uel depositi, & propter eum deueniat ad stipulationem conficiendam, an quia stipulatio non ualet propter defectum formæ nascatur obligatio naturalis, uel aliqua alia actio, & breuiter ipse determinat quod sic.

195 Quia mutus † potest facere omnes contractus iuris gentium in quibus sufficit consensus demonstratus per signa. lege seruo inuito. §. penultimo. infra ad trebellianum. unde licet stipulatio

non

non ualeat, nascetur tamen obligatio, & actio ex illo contractu naturali perfecto ab eo, ut etiam, & ciuilis obligatio, & actio nasci possit, & ad contrarium de text. nostro. & dicta lege prima. §. eum qui. respondet, quod procedunt ubicunque stipulatio fuit per se sola, quoniam primus motus contrahentium fuit ad stipulationem, & non existente alia causa præsumitur ex causa liberalitatis, uel quando aliquis promisit soluere ex primo motu quod prius debebat, nam tunc cum stipulatio sit sola, si sit nulla ex defectu formæ, non potest nasci aliqua obligatio ciuilis neque naturalis, sed ubicunque prior conuentio fuit super faciendo contractu naturali, & deueniendo ad actum adhibuerunt stipulationem, tunc stipulatio habet mixturam duorum contractuum, & si non ualebit stipulatio tamen ualebit alius contractus gestus, per le. certi condictio. §. quoniam. ff. si certum petatur, & dicto. §. Chrisogonus. ubi existente nulla stipilatione nascitur actio mutui ex numeratione pecuniæ, & idem probat textus. in lege si stipuler. §. final. infra eodem, quæ tamen subdit Bartol. procedere quando mutus, uel alius facerent uerum contractum mutui per actualem numerationem.

196 Sin autem quis † non numeraret, sed alter confiteretur se accepisse pecuniam, uel esse obligatum ex causa mutui, & ita induceretur mutuum confessatum, tunc si stipulatio esset nulla non nasceretur actio ex ea, neque nasceretur actio ex illa confessione quæ non facit obligationem, sed probat eam factam. l. publia. in fin. ff. depos. sed solum nasci posset actio ex mutuo præterito facto quando interuenit numeratio, quod mutuum postea probatur per confessionem in instrumento scriptam. & ita erit casus in quo nulla nascitur actio ex contractu existente nulla stipulatione.

Subdit postea Bartol. quod prædicta procedunt de iure communi, ut aliquando nascatur actio ex contractu & aliquando non nascatur de iure communi, sed ex forma statutorum posset contingere quod aliquando etiam ex mutuo confessato nasceretur actio per illnd instrumentum, atque etiam ex stipulatione nulla nasceretur actio, si statuta disponerent guarentigiam interuenire in instrumentis, nam possent esse talia uerba, quod ex contractu confessato daretur executio, & etiam ex stipulatione nulla, sed tamen quia illa uariis modis concipiuntur, ideo dependet a facto, & uerba ipsa instituenda sunt, hic est sensus uerborum Bartol. quæ notabilia sunt, clara, & ad propositum, licet uariauerit Paul. de Castro Iason. & alii circa declarationem intentionis suæ, sed si tu ita ordinabis uerba sua faciliter eum intelligere poteris, & ex eius dictis, ita declaratis colliguntur multæ conclusiones.

197 Prima est conclusio † quod mutus stipulationem facere non potest, quam hic omnes *. & in principio. istius legis sequuntur, & ibi firmauimus, quia deffectus est in forma, & in causa efficiente, unde dicunt quod non ualebit, in tantum quod neque etiam naturalis obligatio nascetur, quod etiam uerum esse probat textus noster hic, sed tamen posset dubitari, an saltem ualeat, ut pactum eo modo quo ualere possit, & doctor. hic uidentur tenere quod non, etiam per istum textum. sed ego puto contrarium uerius esse per unam urgentem coniecturam quam supra sæpius firmauimus, quod ubicunque contrahentes sciunt actum nominatum nullo modo posse de iure ualere, uidentur uoluisse ualere eo modo quo potest, ne faciant actum nugatorium. per legem. Insulam. de præscriptis uerbis. & leg. si olei. C. loca. & capitulo primo. de desponsatio. impu. in sext. & lege Scæuola, ad trebellianum. cum aliis concordantibus supra adductis, & ideo credendum est quod contrahentes inutiliter noluerunt sustinere illum laborem deueniendi ad illum actum, & nominandi eum, nisi intenderent aliquam utilitatem afferre gestis suis, & ideo sequitur, quod licet stipulatio illa nullam producat obligationem etiam naturalem, ut in hoc text. tamen quia ex uoluntate contrahentium creatur nouus actus quem potest facere mutus, ideo præsumentur eum uoluisse facere, per supradicta, & istum casum non prohibet text. noster hic, neque text. princ. legis, quia loquuntur de ipsa materia stipulationis, ut ex ea non nascatur actio neque obligatio naturalis, non autem uetant quod ex mente contrahentium non inducatur pactum quo ipsa dispositio ualere possit, quod est notabile pro iis quæ dicemus in fi. articuli.

198 Secunda est conclusio † quod mutus potest facere omnes contractus iurisgentium efficaces, per dictam legem. seruo inuito. §. penultimo. & clarius probatur in lege. mutum. supra de acquirend. hæredit. & leg. mutus. de procuratori. & capitulo tuæ. & capitulo cum apud, ex. de sponsalibus. cum suis concordantibus, & est ratio, quia in eis sufficit consensus demonstratus per signa, qui consensus perficit omnes contractus iurisgentium, ut per gloss. in leg. Item quia. supra de pact. quæ plus dixit, quod est expressus consensus, & omnes etiam habiles per signa dictos contractus facere possunt, & omnes * etiam sequuntur.

199 Tertia est conclusio † quod ubicunque stipulatio habet mixturam alterius contractus, si ipsa non ualet, nihilominus non impeditur nasci actio & obligatio ex illo contractu mixto cum eo, ut probatur in dicto. §. quoniam. & in dicto. §. Chrisogonus, & in leg. si stipuler. §. final. infra eodem. imo aliquando si stipulatio est ualida, ex utroque contractu nascitur actio. l. duo societatem. ff. pro socio. & no. plene per Barto. in lege. singularia. in tertia colum. ff. si cert. pet. ubi per omnes, & tunc dicitur stipulatio habere mixturam alterius contractus quando præcessit tractatus de eo, uel coniecturæ expressæ quod principaliter intendebant illum contractum, & ideo cum apposuerunt stipulationē, gratia confirmationis eam addiderunt, & dicitur

accessoria, ideo si ualebit poterit competere utraque actio, & si non ualebit non impedietur nasci actio ex illo contractu commixto, & istam conclusionem etiam sequuntur omnes * hic, & in dicta lege singularia.

200 Quarta est conclusio † quod ubicunque contrahentes intendebant facere stipulationem solam, & primus motus eorum fuit ad concipiendam stipulationem, & accessorie causa fuit subintellecta ne esset nulla, iuxta legem secundam. §. circa. de exceptio. doli. & tunc quia reperitur simplex materia stipulationis, si erit nulla ex defectu formæ, uel consensus nullam producet obligationem neque etiam naturalem, per istum textum hic. qui intelligitur de stipulatione simpliciter facta ex primo motu, & subintelligitur causa liberalitatis. unde ea deficiente nulla superest materia ex qua nasci posit actio, & istam conclusionem sequuntur etiam hic omnes * doctores. & in dicta lege singularia, & est uera, & nullus dubitat de ea.

201 Quinta est conclusio † in qua Doctor. incipiunt dubitare, quod stipulatio dicitur habere simplicem materiam quando est facta ex causa liberalitatis, uel quando quis promisit pecuniam debitam, & ita exemplificat Bartol. per hos duos text. casum quando stipulatio dicitur esse sola. sed contra eam instat Iason. hic, quia imo uidetur quod stipulatio facta ex causa liberalitatis non sit simplex, sed habeat naturam mixtam, ex eo quia donatio est contractus nominatus habens suam formam & spetiem, & habilem ad producendam actionem saltem de iure nouo. lege si quis argentum. §. penultimo. C. de donationibus. unde uidetur quod si stipulatio fiat ex liberalitate censeatur facta super contractu iurisgentium, & quod sit accessoria, & habeat mixturam ad duos contractus, sicut si esset facta ex causa uenditionis, mutui, uel depositi. unde uidetur quod hoc exemplum Bartol. non sit bonum, & quod si stipulatio sit nulla non impediatur nasci actio ex ipso contractu donationis, sicut non impeditur nasci ex aliis contractibus, ad istud contrarium respondet Iason. distinguendo, An præcedat tractatus faciendi donationem, & postea deueniunt ad stipulationem, & tunc procedat oppositio statim facta. Si uero nullus præcesit tractatus, sed disponentes moti fuere ad faciendum stipulationem ex primo motu, & tunc dicitur habere simplicem materiam, & si non ualebit ut stipulatio neque poterit nasci actio ex donatione quæ non dicitur creata sed actus in totum remanebit nullus, & hanc distinctionem uidetur sentire Rippa hic numero. 33. inferens quod si dicatur promitto ex causa donationis uel liberalitatis, & sit donatio, & existente nulla stipulatione nascetur actio ex donatione. iuxta doctrinam Bartol. in lege iurisgentium. §. quinimo. in princip. ff. de pact. & in lege final. ff. de condi. ob causam. Item infert quod si dicatur promittis mihi fundum pro centum, quod non erit stipulatio, nec contractus uenditionis, quia non fuit perfecta proprio nomine. lege fina. cum gloss. C. de prædiis curialium, sed potius erit ex causa contractus innominati, quod tamen tu declara ut plene dixi post Soccin. in Rubr. in illa quæstione, uendis uendo. Item infert, quod si pactum præcesit, licet stipulatio sit nulla remanebit pactum, uel si dicatur pactum stipulatione uallatum.

202 Hæc tamen conclusio † recipit unam difficultatem, quia uidetur nimis restringere text. nostrum, ut uix exemplum reperiri posit, ita quod solum posit procedere quando fuit simplex stipulatio ex liberalitate facta non exprimendo causam, quod rarissime contingit, & uidemur elaborasse inuanum pro hoc rarissimo casu. unde Soccin. hic tenet quod imo stipulatio simpliciter facta etiam, cum qualitate expressa pro donatione, uel causa donationis quod non dicatur donatio sed sit simplex stipulatio, qua existente nulla nihil remaneat, nec potest nasci actio ex donatione, quia ipsa non producit actionem, neque pactum donationis, sed hæc lex quæ eam producit propter pactum secundum unum intellectum ad dictam legem. si quis argentum. §. penultimo, uel secundo dicit donationem esse præsumptam non ueram, & ideo non producere actionem, quia pactum de donando præsumptum non continetur in dispositione dictæ legis. si quis argentum. §. penultimo, secundum Bartol. in dicta lege. iurisgentium. §. quinimo. in colum. final. sed nulla responsio est bona, quia pactum dicitur expressum non præsumptum, propter uerbum ex causa donationis, ideo debet producere actionem eo modo quo lex permittit, uel per se, uel per legem, quia hoc non curatur.

203 Vnde melior † est declaratio Iaso. quam etiam posui supra in tertio no. ut distinguatur, An præcedat tractatus de donando, & propter confirmationem adiungitur stipulatio, & tunc semper uidetur apposita super contractu donationis sicut super uenditione, & aliis contractibus, & procedunt omnia allegata contra Bartol. quia non impeditur nasci actio ex donatione quamuis stipulatio sit nulla. si uero inceptum fuit a stipulatione, & propter eam ualidandam fit mentio de causa donationis, uel liberalitatis. argument. leg. secundæ. §. circa. de excep. doli. & tunc est unicus contractus stipulationis, & ea existente nulla non remanet neque donatio neque contractus alius ex quo posit oriri obligatio, & ita procedit text. noster hic, & hæc distinctio in effectu etiam est de mente Soc. hic in fin. & Rippæ, licet non expresserint, & secundum eam etiam intellige, & iustifica illationes positas hic per Rippam, tamen adhuc remanet obstaculum, quia uidetur nimis uiolatiua restrictio ad istum textum, ut solum procedat quando stipulatio fit principaliter, & animo donandi, & reducit eum ad casum raro contingentem.

204 Secundum est † exemplum de stipulatione sola, positum per Bartol. quando quis promittit certam pecuniam tanquam debitam animo donandi, quæ tamen non sit debita, uel promisit eam non debitam ex causa donationis uel non, tunc enim inquit ipse erit stipulatio sola, & ea existente nulla non poterit nasci

nasci aliqua obligatio, per text. in dicta lege prima. §. eum qui. ff. de constit. pecunia, qui tamen intellectus uidetur expresse uiolatiuus ad illum tex. & nimis restrictiuus, quoniam restringit eum ad casum quo constitutum esse non posset si uoluisset illud facere, & repugnat litera quæ uult, quod non sit contractus constituti, quia non habet animum faciendi illud, præsupponendo tamen quod potuisset facere si uoluisset, ideo uerior est intellectus quod ibi erant termini habiles ad constitutum, sed tamen non fuit factum, quia non fuit animus constituendi, & quod ibi nulla nascitur obligatio ex stipulatione nulla. sed tunc obstat, quia imo si sunt termini ad constitutum habiles uidetur quod non possit dici simplex stipulatio, sed potius habens mixtam naturam alterius contractus, tanquam facta super contractu constituti qui dicitur habere suam substantiam & formam cum potestate producendi actionē, ideo uidetur quod si stipulatio est nulla non impediatur nasci actio ex constituto, & ita exemplum de stipulatione simplici non sit bonum. Socci. hic multum insistit & uariauit, tamen uidetur dare solutionem, quod ibi præcesserat debitum uerum, tamen non nascitur actio de constituto, quia non fuit seruata forma sua, quoniam non fecerat mentionem de debito præcedenti ut requiritur, secundum ea quæ posita sunt supra. in rub. & satis posset procedere, quia non seruando formā constituti non uidetur habere animum cōstituendi, tamen est postea uiolatio, quia præsupponit si esset animus ualuisset ut constitutū, & ide opræcesserat etiam forma.

205 Vnde melior † uidetur esse declaratio, quam ponit Iason. quod ibi ideo stipulatio fuit simplex quoniam non præcesserat tractatus de constituto, & inceperant disponentes principaliter a dispositione, sed si præcessisset tractatus constituti, & stipulatio esset ualida, produceretur illa sola. §. de constituta. Institut. de actionibus. & si stipulatio esset nulla tūc non impediretur nasci actio ex contractu, & ideo datur generalis theorica, quod quādo præcessit tractatus cuiuscunque contractus, & deuentum fuit ad stipulationem, quod ea existente nulla non impeditur nasci actio ex illo contractu. Si uero non præcessit tractatus, sed solum inceptum fuit a stipulatione, tunc ea existente nulla non potest nasci obligatio ex contractu alio qui ex mente disponentium factus non fuit, & appellatur stipulatio simplex.

206 Sed tamen † dum postea per dictas declarationes * doct. restringunt istum tex. ad casum quo stipulatio fuit facta ex mera liberalitate & simpliciter, redditur, ut dixi, casus ipsius nimis de raro contingentibus. unde tu dicas quod nunquam ex stipulatione nulla potest nasci obligatio naturalis, siue nullus præcesserit contractus mixtus siue etiam præcesserit, ex eo quia si stipulatio est nulla ratione formæ nunquam potest producere obligationem naturalem, & non curamus an interuenerit alius contractus, quoniam quamuis præcesserit, & ex eo nascatur actio, semper uerum erit quod ex ipsa stipulatione tanquam ex materia stipulationis nulla poterit nasci obligatio naturalis, & eodem modo intelligitur textus. in dicto. §. eum qui, quoniam etiam quod constitutum fieret, ex stipulatione nulla nasceretur actio, & idem esset si esset defectus in causa materiali ut in consensu.

207 Sed si esset † defectus in causa efficiente, uel in persona cui acquiritur, uel in re, tunc posset nasci obligatio naturalis, ut in stipulatione facta per pupillum, dicto. §. primo. institu. de fideiussoribus, & §. per nouationem. institu. quibus mod. tollit. obligatio, & lege stipulatio ista. §. alteri, infra eodem, & ita debes declarare hanc materiam, ut aliud sit quærere, an nascatur actio ex alio contractu, & procedat distinctio præcedens, an sit simplex uel mixta, & aliud sit quærere an ex stipulatione inualida nascatur obligatio naturalis, quia tunc opportet distinguere, an sit defectus in forma uel consensu, & nulla nascatur, an uero sit defectus in causa efficiente, uel persona cui acquiritur, & tunc nascatur naturalis, item, & tertio, aliud est quærere an ea existente nulla inducatur pactum ut tanquam pactum debeat seruari, & tunc opportet recurrere ad materiam supra positam, an si non ualeat quod ago, ut ago ualeat ut ualere possit, & in dubio non ualebit ut pactum. dicto. §. eum qui. fallit quando ex aliqua coniectura apparet contrahentes uoluisse ualere alio modo quo ualere possit.

208 Quæ omnia † bene nota & distinguas ut in eis, quoniam Docto. ista tria simul æquiuocando induxerunt magnas inuolutiones in hac materia, & addas etiam quod stipulatio potest esse sola quando apponitur super parte unius contractus, ut in lege si stipulatus. ff. de usur. & etiam in dicta lege duo societatem. ff. pro socio, uel generaliter apponitur super actu iam perfecto, ut in casu legis primæ. §. bellissime, & §. sub conditione, ut legatorum nomine caueatur, & l. Miles. §. decem. ff. de re iudi. & l. si eum. §. qui iniuriarum. ff. si quis cau. cum suis concordantibus. nam si stipulatio ualet agitur ex sola stipulatione, licet reguletur secundum naturam actus cui apponitur, si uero esset nulla, & tunc nulla actio, potest nasci ex ea, neque etiam ex contractu, quia tunc nullus factus fuit, & solum potest dubitari an de per se producat obligationem naturalem, & dicendum erit quod non, quando est defectus in forma uel consensu, per istum textum qui generalis est ad omnes dictas stipulationes. si uero est alius defectus, tunc poterit nasci naturalis, utsupra, & ita habes utilissimam & generalissimam decisionem text. nostri in actu practico.

209 Sexta est † conclusio Bart. in uersi. & ideo, quod prædicta omnia procedunt quando tempore stipulationis factus fuit uerus contractus, & uera numeratio interuenit, si uero pecunia non fuisset numerata, & solum confessio de mutuo facta esset, tunc si stipulatio esset inualida, ex ea non nasceretur obligatio, neque etiam ex contractu mutui, quia nullus factus fuit illo tempore, & solum posset competere actio ex numeratione

præterito tempore facta, quæ probaretur per confessionem factam tempore stipulationis, & eius cõclusionem sequitur hic Paulus de Castro, dicens esse notabilem sed non esse ad propositum, Iaso. tamen dicit imo esse ad propositum, ex eo quia uenit illatiue ad præcedentem casum quando stipulatio fuit facta a muto, quæ nulla est, nam tunc ex ea non potest nasci actio neque ex mutuo, quia nullum factum fuit per confessionem, sed oportet quod agatur ex mutuo præcedente probato per illam conclusionem, & uidetur esse * communis intelligentia, & bona.

210 Posset tamen † aliter declarari Bart. præsupponẽdo quod ipse dicit in l. singularia uersi. assummamus ff. si cert. pet. quod quando geritur actus qui potest esse cõtractus & implementum tunc creatur unicus contractus stipulationis. dicto. §. quoniam, & dic. §. Chrisogonus. si uero actus qui geritur est semper contractus, & tunc creantur duo contractus. dicta l. duo societatem. ff. pro socio. sed in proposito quãdo interuenit numeratio efficitur unicus cõtractus stipulationis, quando uero est confessio est actus similis contractui certitudinario, ideo creantur duo contractus, unus stipulationis & alius mutui per cõfessionem probati, & nascuntur duæ actiones separatæ, merito sequitur quod pro mutuo non datur actio ex stipulatu sed pro ipsa stipulatione, & pro mutuo datur certi condictio retro inducta, & probata per confessionem scriptam in instrumento, & ita habes notabilem limitationem ad dict. l. cum enim, ut non procedat in mutuo confessato, quam declarationem ego puto esse ueram in terminis di. l. singularia. sed quantum ad propositum text. nostri melior est præcedens, ut se referat ad quæstionem positam de muto.

211 Vnde habes conclusionem † quod ex mutuo confessato, seu ex scriptura continente confessionem mutui uel alterius contractus non nascitur actio, sed tantummodo inducitur probatio contractus retro facti. l. publia. in fin. supra depositi, item confessio extraiudicialis non præiudicat, Ioan. And. in addit. Speculi in titu. de testibus. §. 1. uersi. sed pone egi. sed in contrarium facit, quia imo uidetur quod ex confessione mutui nascatur actio, cum dicatur esse mutuum ciuile, per tex. in l. si ex cautione. C. de no. nu. pecunia, & glo. in l. 2. §. fin. supra si cert. pet. & instit. de literarum obligatione. §. 1. quæ expresse dicunt quod ex confessione nascitur actio & obligatio, cõmuniter doct. ut hic per Hercula. Perus. num. 55. uolunt quod Bar. non dixit ex confessione mutui nasci obligationem, sed ex mutuo probato, & hæc uere fuit intentio Bar. uerbis expressa.

212 Sed tamen † non pro hoc respondet ad dicta iura, ideo datur alia declaratio quod confessio potest fieri duobus modis, uno modo per propriam scripturam faciendo chirographum priuatum in quo cõfitetur se recepisse pecuniam muto, & tunc efficitur contractus literarum, & appellatur proprie mutuum ciuile de quo insti. de literarum obligatione, per totum. & l. non figura, secundum unum intellectum, supra titulo primo, & ex illo contractu nascitur actio post biennium secundum omnes, & secundum communem * nascitur ab initio, licet obstet exceptio no. nu. pecuniæ infra biennium, ut insti. eodem titulo plene no. & dixi supra in Rub. & de hoc non loquitur Bar. hic.

Secundo fit confessio sine scriptura priuata extraiudicialiter confitendo, & si fiat coram notario, ipse eam scribit, & hæc non facit contractum literarum, sed remanet simplex confessio, & nullum constituitur mutuum neque naturale neque ciuile, sed solum probatur per confessionem in instrumento scriptã, quæ tamen non producit obligationem aliquam neque actionem, dicta lege. Publia. in fin. ff. depositi & de hac proprie loquitur Bar. hic, & doctor. & si in iudicio quis producat libellum, narrat mutuum retro factum & intentat actionem ex eo, & postea illud probat per confessionem in instrumento publico scriptam, super quo si apponatur stipulatio non nascitur actio ex ea si inualida erit, neque ex instrumento, sed solum ex mutuo præterito ut ipse dicit.

213 Item dum Bar. præsupponit † quod si intentaui certi condictionem ex mutuo possum obtinere per productionem instrumenti, & sic præsupponit quod ex mutuo ciuili detur actio illa. in contrarium facit quod uoluit Bart. in l. secunda. §. fin. ff. si cer. petatur, dum dicit quod si procurator constitutus ad accipiendum mutuum confitetur se recepisse, & ita faciat mutuum ciuile, non potest agi contra dominum ex mandato, quia non dedit hanc commissionem, & non probat in dicto instrumento de mutuo naturali, per l. 1. §. si mutuum, supra si quid in fraudem patroni, & l. si debitorem meum, infra de nouationibus, ubi etiam Bar. sed respondetur ex mente eiusdem Barto, in dicto. §. Chrisogonus, & in l. certi condictio. §. si numos, quod imo ex tali confessione non probatur mutuum ciuile nisi scriptum fuerit chirographum, sed mutuum naturaliter factum etiam quod sit facta mentio de numeratione, quasi retro fuerit facta, cum talis confessio tendat ad numerationem actualem retro factam, nec obstat quod in dicto. §. Chrisogonus, dicitur succumbere si probetur de numeratione, quia procedit quando discutitur de mutuo ciuili ex chirographo, non de numeratione facta probata per confessionem. nec obstat quod ipse dixit in dicta l. secunda. §. fin. quia ibi loquitur de prouidentia tertii cui confessio non nocet, sed semper nocet ipsi confitenti, & probat contra eum ut plene habetur per Soccin. in lege prima. in fine. ff. soluto. matrimonio, dum loquitur de dote confessata, & sic Bartol. non est sibi contrarius, imo concordat, cum hic ipse loquatur de mutuo naturali, & non intendat facere mentionem de mutuo ciuili, ut etiam hic in finalibus uerbis uidetur sentire Iason. & stat conclusio firma, quod ex confessione mutui uel alterius contractus non nascitur actio neque ex stipulatione, si inualida est, ut per eum, & solum potest competere actio ex mutuo naturali retro facto.

214 Septima est conclusio † in ultimis uerbis Barto.

quod

quod prædicta omnia prædicta procedunt de iure communi, secus autem, ex forma statutorum si forsan mandant instrumenta guarentigiata mitti executioni, sed tamen quia uerba ipsorum sunt uaria & uariis modis executionem illam inducunt, ideo uisis eorum uerbis determinari oportet, quæ uerba secundum Paulum dubia sunt ualde & imperfecta, ideo docto. laborant in inuestigando quid sibi uoluerit, ut hic per Ias. col. fin. & quidam referunt ad solum dictum de mutuo, & alii ad generale dictum de muto & stipulatione nulla, sed tu referas ad utrunque, & inquiras decisionem de utroque.

215 Et referrendo† ad dictum de mutuo habes, quod licet mutuum de iure communi quando est confessatum non producat actionem, tamen si statutum mandat ut instrumenta guarentigiata mittantur executioni, tunc etiam pro mutuo confessato poterunt mitti executioni, distinguendo tamen, Aut uerba statuti referuntur ad instrumentum, dicendo quod instrumenta mittantur executioni, & tunc etiam pro mutuo confessato poterit fieri executio, quia sufficit quod illa carta recte authenticata sit, cum omnibus suis requisitis quia tunc etiam poterit pro confessione, sicut de ea lata esset sententia, fieri executio si uero uerba referrantur ad contractus, ut si statutum dicat quod contractus mittantur executioni, & tunc non poterit fieri executio pro mutuo confessato, quia non dicitur esse contractus, argumen. no. per Bar. in l. Diuus. per illum textum. ff. de milit. testamento, & in l. prima. §. & parui. ff. quod ui aut clam, sinautem tu referas uerba Bart. ad generale dictum de stipulatione nulla, tunc habes ex eius mente conclusionem, quod quando stipulatio est nulla de iure communi, executio fieri non potest.

216 Sed si statutum † disponit quod instrumenta guarentigiata debeant mitti executioni, tunc etiam poterit fieri executio pro stipulatione nulla, distinguēdo tamen, an uerba referrantur ad ipsum instrumentum, & tunc mittatur executioni etiam pro stipulatione nulla, si ipsum instrumentum habeat authenticationem perfectam cum omnibus suis requisitis, si uero uerba referrantur ad contractus, & tunc nō possit mitti executioni, quia si contractus est nullus nihil est in rerum natura, & non entis nullæ sunt partes. l. eius qui in prouintiā. ff. si cert. pet. & cum statutum dicat contractum debere mitti executioni, opportet ut sit contractus de iure subsistens, & in rerum natura existens, ut sit subiectum mittendi executioni, per no. in dicta. l. prima. §. & parui, ff. quod ui aut clam, & hanc dicunt Docto. fuisse intentionem Bar. quando dixit quod uerba talis statuti sunt inspicienda. Iaso. uero addit intentionem Bart. aliam fuisse, & uoluisse inspicienda esse uerba statuti, an expresse excluderet exceptionem nullitatis, & si quidem excluderent, indistincte mittatur executioni, si uero expresse non excludant, tantummodo dicendo quod nulla exceptio possit opponi, & tunc pro contractu nullo executio fieri nō possit, quia nunquam intelligitur exclusa exceptio nullitatis, quoniam opportet ut appareat esse contractum qui sit mittendus executioni.

217 Tu uero † coniungas utrunque dictum, & dicas. Aut uerba statuti diriguntur ad instrumentum cum sola clausula, quod nulla exceptio possit opponi, & mittetur etiam pro contractu nullo, si omnia solennia ad scripturam authēticandam interuenerint, quia non attenditur nullitas intrinseca & occulta. argumen. l. fin. C. de edicto Diui Adrian. tollendo. si uero uerba statuti dirigantur ad contractus, tunc procedat distinctio Iason. quia si est apposita clausula, quod exceptio nullitatis possit opponi, & tunc adhuc fiet executio, si uero est sola clausula, quod nulla exceptio possit opponi, & tunc stipulatione existente nulla non poterit mitti executioni, ex eo quia opportet quod sit contractus subsistens de iure qui debeat mitti executioni.

218 Sed tamen †postea contra omnia prædicta opponit, quia imo uidetur quod nunquam executio fieri possit, quoniam si stipulatio est nulla, & omnes clausulæ etiam in instrumento contentæ, & ipsa guarentigia dicitur esse nulla, ut dixit Bart. in l. si absente, ad finem. ff. si cer. pet. per tex. in l. fi. ff. de constitu. pe. licet Alex. conetur respondere ad illum tex. confirmatur, quia si contractus principalis est nullus, similiter est nullum constitutum uel præcarium in eo appositum, ut inquit Bald. in l. ex testamento. C. de fideicommis. & idem Bal. in c. secundo. de feud. dato in uicem legis commissoriæ, & est gl. no. & uulgata in l. si patronus. §. patroni. in uerbo fauia. ff. si quid in fraud. patroni. quæ uult, quod annullato contractu etiam annulletur promissio cuictionis, & pœnæ, & ita residet, sed tu dicas quod hæc non obstat, & eam sciuerunt omnes prædicti doctor. sed dicunt, quod quando statutum mandat quod instrumentum mittatur executioni, sufficit quod ipsa scriptura sit ualida, cum suis requisitis, & non curatur de uitio intrinseco pertinente ad contractum, propter dispositionem statuti, si uero uerba referunrur ad contractum, & tunc si est dictum quod non possit opponi exceptio nullitatis, sequitur quod nec etiam potest, dici præceptum guarentigiæ nullum. unde est necessarium quod prius fiat executio, & facta solutione præstetur fideiussio per creditorem de restituendo pecuniam, & postea cognoscatur de ualiditate ipsius contractus, sicuti euenit in dicta lege secunda. & fina. C. de edicto Diui Adrian. tollend. cum similibus concordantibus.

219 Addebat † quoque Iason. quod hæc doctrina Doc. generaliter non potest procedere in persona muti uel alterius notorie inhabilis qui fecerit stipulationem nullam, quoniam non obstanre dicto statuto & cum clausula, quod exceptio nullitatis non possit opponi, tamen non debebit fieri executio, ex eo quia si mutus est, notorie constat quod est inhabilis, & exceptio inhabilitatis personæ in instrumento scriptæ nunquam censetur reiecta, ut no. decidit Io. And. in addit. Specul. in titulo. de sententia. §. ut autem, circa principium, &

confirmat Iaſ. quia iuramentum de iure communi habet executionem paratam ſicut ſententia. l. ſed & ſi poſſeſſori. §. fi. ubi Bart. & alii. ff. de iur. iur. & Bar. in l. 2. ad fin. eo. tit. cum concordantibus, & tamen impeditur executio ſi perſona quæ detulit tale iuramentum eſt inhabilis. l. tutor. §. prodigus. ubi no. ff. ſi cer. petatur.

Facit etiam quod habetur per Decium & alios in c. quoniam contra, de probationibus. dum dicunt, quod licet ſententia debet mitti executioni, & præſumatur pro ea, tamen ſi notorie conſtat de iniuſtitia uel de inhabilitate iuriſdictionis iudicis, ceſſabit illa præſumptio, ſed tu reſponde, quod prædicta regulariter procedunt, tamen quia ſupra firmauimus, ſi mutus facit ſtipulationem, licet non ualeat ut ſtipulatio, tamen ualet ut pactum, & omni alio modo quo ualere poteſt, maxime quia interuenit iuramentum, quod pactum dicitur eſſe iuratum utſupra concluſi, & omnimodo producit actionem, ideo apparet quod ſtipulatio ipſa non eſt ex toto inutilis in perſona muti uel ſurdi, & per conſequens ſtante dicto ſtatuto inſtrumentum quoque poterit mitti executioni tam in eorum perſona & in omnib. aliis inhabilibus, qui tamen ſufficiant ad faciendum pactum.

220 Octaua colligitur † concluſio ex dictis Bartol. quod inoleuit conſuetudo per Italiam ut inſtrumenta guarentigiata mittantur executioni, quid autem ſit guarentigia declarat etiam Iaſo. hic dicens quod eſt quædam firmitas quæ uirtute ſtatuti conceditur inſtrumentis. nam guarentare dicitur eſſe firmitatem dare, ſeu guarẽtigiare, ut per tex. in c. 1. §. ſi autem inter pares, de lege corrad. quæ dicit, ſi dominus uult guarentigiare poſſeſſori quod ille obtinebit, & exponitur guarentigiare idest confirmare ſeu approbare poſſeſsionem, unde bergomenſes ſolent dicere, ſe de me guarenta ol meſer, & ſic habes quod ſicut uerbum, ſtipulum, ſignificat firmitatem in lingua latina. Inſtitu. eodem. in princip. ita guarentare in lingua lombarda denotat firmitatem.

221 Quæ guarentigia † multis modis conſueuit fieri, & per ſtatuta diſponi, nam notarii in Italia habent iuriſdictionem uoluntariam inter ipſos contrahentes, ſicut etiam habent de iure communi, & appellantur iudices cartularii. gloſſ. in l. prima. ff. de iudi. & in l. fin. C. ubi & apud quem, quia qui habent poteſtatem creandi notarios habent etiam poteſtatem faciendi eos iudices cum uoluntaria iuriſdictione, ideo ſi partes accedunt ad notarium rogando ut conficiat inſtrumentum, ſubiiciunt ſe uoluntariæ eius iuriſdictioni. unde ſi ſcribitur in inſtrumento, quod ille accepit pecuniam mutuo & promittit eam ſoluere, notarius interrogat an ipſe ſit debitor, & ille reſpondeat ei tanquam iudici quod eſt debitor confitendo debitum, & cum ſit facta in iudicio confeſsio debet mitti executioni, quia in confeſſum nullæ ſunt partes niſi in exequendo. lege prima. ff. de confeſs. cum ſimilibus, ideo poſtea ſi præſentatur inſtrumentum coram iudice ordinario incontinenti ſine diſcuſsione condemnat debitorem, quæ ſententia poſtea mittitur executioni ſicut ceteræ ſententiæ.

Secunda forma eſt plenior, ut poſtquam ſcriptũ eſt eum eſſe debitorem ex quocunq; contractu uel cauſa, & quod promittit ſoluere, interrogatur per notarium an ſit debitor, & ille reſpondet quod ſic, unde notarius tanquam iudex facit ei præceptum ut ſoluat, quod præceptum ſcribit in inſtrumento. unde inſtrumentum ex forma ſtatuti dicitur habere uim præcepti, & ideo ſicut ſi iudex ordinarius citata parte faceret præceptũ ei ut ſolueret, & non ſecuta appellatione mitteretur executioni, ita ẽt iſtud inſtrumentũ mittetur executioni ex forma di. ſtatuti.

Tertia etiam planior datur forma, ut poſtquam notarius ſcripſit eum promiſiſſe ſoluere, interrogat an ſit debitor, & ille confitetur ei tanquam iudici, qui poſtea ſciens in confeſſum nullas eſſe partes niſi in condemnando, condemnat eum ſoluere per ſuã ſententiam quæ tranſit in rem iudicatam, quoniam ab ea non appellatur, & cum ſit ſcripta in inſtrumento dicitur habere uim ſententiæ, ideo ex forma ſtatuti mittitur executioni inſtrumentum, ſicut ſi ſñia lata fuiſſet ab ordinario, & iſtis tribus modis utitur quaſi tota Italia per uaria ſtatuta.

Alia etiam datur forma quod ipſe debitor in inſtrumento cõſtituit procuratores ad confitendũ debitum, omnes magiſtros actorum iudicis ordinarii, & cum euenerit tempus creditor uadit ad notarium amicum, & oſtendit illi inſtrumentum qui tanquam procurator incontinenti confitetur debitum, & iudex poſtea condemnat eum ſine diſcuſsione tanquã confeſſum, cuius ſententia ſine appellatione mittitur executioni, cum ipſe procurator non appellet, & hæc forma Bononiæ ſeruatur.

222 Aliam † & quintam formam ſeruat Regnum Neapolitanum. in quo notarii nõ habent iuriſdictionem uoluntariam inter partes, ſed a ſuperiore conſtituũtur homines ſpecialiter iudices cartularii, qui ſeparatim ultra teſtes & notarium, debent interuenire in inſtrumento pro ſolennitate eius, ideo non conſueuerunt prædictas formas ſeruare, notarii tamen alio modo formantes, inſtrumentis conceditur ex laudabili ritu magnæ curiæ uicariæ, quæ eſt quod cum in eodem Regno ſit conſtitutio ut debitori iuranti, & non obſeruanti promiſſa in pœnam periurii debeat incidi manus, creditores debitorem non obſeruantem accuſant criminaliter de periurio, qui propter cauſam criminalem incontinenti carceratur, & iudex incontinenti condemnat ut ſoluat, & poſtea criminaliter procedit in cauſa, & cum iſte rigor in proceſſu tẽporis apparuerit nimis durus, pœna periurii conuerſa fuit in decem pro cẽtenario, unde ex ritu dictæ magnæ curiæ citatur ipſe perẽptorie cũ tribus edictis, & ſi in ultimo comparet cum ſaculo paratus liberatur, ſi uero non uenit cum ſaculo paratus, carceratur, & non auditur in ſuis exceptionib. niſi exiſtens in compedibus, & ſi probat exceptionẽ ſuam, liberatur, & ſi non probat cogitur ſoluere pecuniam, & pro pœna periurii dare decem pro centenario curiæ, & quoniam debitores conantur euitare carceres, poſt carceratione ſoluunt debitũ, & curiæ tenen-

tenetur satisfacere de decem pro centenario, ideo multi ut euitent dictam pœnam soluunt pecuniam in tempore, tamen si facerent transactionem, puniretur creditor, quia in causa criminali non est licitum desistere, & ipse solueret dictam pœnam curiæ. oportet tamen quod iuramentum sit præstitum de facie ad faciem, ut appareat uerum periurium, & non sufficit procuratorem fecisse instrumentum. Itẽ oportet quod qui accusat personaliter accuset & non per procuratorem, quia causa est criminalis. unde solet obseruari, quod quilibet homo etiam in magna dignitate constitutus compareat personaliter, & eleuet brachium ut uideatur si forsan in curia est multitudo personarum, & si est fœmina etiam dignissima personaliter debet comparere & solet existere in ecclesia propinqua curiæ quando petitur fieri talem condemnationem.

223 In regno uero † Siciliæ datur alia guarentigia, quia ex forma statuti spetialis dictum fuit, quod ipsa instrumenta mittantur executioni in iis quæ expressa sunt, & habeat omnia necessaria ad authenticandum illud, & contineat obligationem expressam, & præsentem petitionem inducat, & sit infra decennium, quod tunc mittatur executioni breui manu, etiam cum uenditione bonorum ex primo & secũdo decreto, cum breuissima dilatione, quæ forma dicitur esse tota fundata in statuto, & appellatur guarentigia statutaria, ex eo quia nõ requiritur quod a notario fiat illud præceptum uel sententia, neq; quod de periurio accusetur, sed solum potestas exequendi ab ipso statuto conceditur propterea cum tot modis firmitas & guarentigia instrumentis concedatur, apparet quod non sine ratione Bar. dixit quod uerba statuti sunt diligenter inspicienda, quoniam secundũ eorũ tenorem & sensum executio erit fienda, & hæc sufficiant pro expeditione istius. §.

Ioan. Bolognetus Salerni legens, & Messanæ repetita de anno 1570. die 23. Ianuarii in 10. lectionibus.

SVMMARIVM.

1 *IN hac lege tractatur de causa subiectiua stipulationis & eius effectibus.*
2 *Causa subiectiua est materia de qua.*
3 *Defectus materiæ subiectiuæ reddit stipulationem nullam.*
4 *Tribus modis est defectus materiæ de qua, siue rei naturalis, ciuilis, & uoluntarius, eius exempla ponuntur.*
5 *Ex uarietate qualitatũ causæ subiectiuæ causantur multæ diuisiones stipulationum substantiales hic relatæ.*
6 *Ex qualitate rei promissæ & ex modo promittẽdi causatur diuisio. de qua in hoc principio, quod stipulationum quædam consistant in dando quædam in faciendo.*
7 *Diuisio legis nostræ redditur difficilis, quia ommissa fuit stipulatio mixta dandi & faciendi.*
8 *Summari neque diuidi potest, neque casus ordinarius figurari.*
9 *Casus tamen figuratur, quærendo an ex materia subiectiua possit causari diuisio substantialis stipulationũ.*
10 *Casus etiam figuratur, quærendo an recte hæc diuisio fuerit hoc primo loco collocata.*
11 *Tertia species stipulationis dandi & faciendi simul an reperiatur late discutitur.*
12 *Fundamenta pro opinione quod reperiatur tertia species referuntur, quibus respondetur.*
13 *Fundamenta pro opinione quod non inducatur noua species, referuntur quibus respondetur.*
14 *Quando plura continentur in una conceptione stipulationis, dicuntur plures stipulationes seu simplicia multiplicata.*
15 *Obligatio eadem an possit esse certa & incerta simul, et dari actio certi & incerti.*
16 *Obligatio faciendi facit ut competat actio ad factum et ad interesse.*
17 *Stipulatio dandi & faciendi simul non est tertia species ut inducatur mixtum ex partibus alteratis.*
18 *Stipulatio dandi & faciendi simul potest appellari mixtum ex partibus non alteratis.*
19 *Stipulatio dandi & faciendi est mixtum, quamuis non alteratum, & an sit diminutus tex.*
20 *Sub simplicibus contineri mixtum de proprietate sermonis probatur ex isto tex. quando est confectum ex partibus non alteratis.*
21 *Continuatio istius legis ad præcedentem ponitur.*
22 *Verba consistit in dando uel faciendo, exponi debent, consistit in conceptione continente promissionem dandi uel promissionem faciendi.*
23 *Sub uerbo, facere, continetur non facere.*
24 *Stipulatio dandi est promissio de dando, & an dicatur quoque promissio faciendi.*
25 *Promissio faciendi continet tria, facere, non restituere, & rem tradere.*
26 *Articulus ille diffusus, an sub simplicibus contineatur mixtum uariis modis examinatur per Docto. & ab omnibus imperfecte & in multis male.*
27 *Pro præuia inspectione tria sunt discutiẽda, quid sit mixtum, quot sint genera mixtorum, & an sub simplicibus contineatur mixtum de proprietate.*
28 *Mixtum est id quod ex pluribus confectum est, & quod potest euenire si simplicia substantialiter misceantur, uel sub uno toto seu nomine contineatur uel plures qualitates in uno subiecto iungantur.*
29 *Tria sunt genera subalterna mixtorũ, mixtũ substãtiale, et mixtũ cõtinẽs, et mixtũ de qualitatib. in subiecto.*
30 *Mixtum substantiale cõtinet octo species, quarum quinque fiunt de simplicibus alteratis, & tres de simplicibus non alteratis.*
31 *Mixtum ex simplicibus alteratis non reducibilibus ad priorem materiam, ut mulsum.*
32 *Mixtum ex simplicibus alteratis reducibilib. ad priorẽ materiam, ut uasa argentea uel aurea.*
33 *Mixtum ex simplicib. parum alteratis et reducibilibus in parte ad priorem materiã, ut domus et armariũ.*
34 *Mixtum ex partibus alteratis quarum tamen una præualet, ut hermofroditus.*

35 *Mixtum ex partibus alteratis & non mutantibus speciem, ut duo uina confusa.*

36 *Mixtum ex partibus non alteratis accidentaliter, ut duo frumenta mixta.*

37 *Mixtum per dispositionem inductum ex partibus non alteratis in substantia, sed alteratis in dispositione. l. si ita scriptum. ff. de lib. & posthu. l. quid ergo. §. quod ait prætor. de ijs qui no. infa.*

38 *Mixtum dispositiuũ ex partibus non alteratis in substãtia neque in dispositione. l. si ita facta. ff. de iniusto rupto & irri. testam.*

39 *Secundum genus mixtorum est quando plura simplicia uniuntur, quia continentur sub uno toto uel nomine.*

40 *Mixtum ex simplicibus non alteratis contentis sub uniuersitate, ut res hæreditariæ, uel oues.*

41 *Mixtum ex simplicibus non alteratis contentis sub genere, ut diuersa animalia.*

42 *Mixtum ex simplicibus non alteratis contentis sub uno nomine, ut chorus & quadrigæ.*

43 *Mixtum dispositiuum ex simplicibus non alteratis contentis sub una conceptione uerborũ, ut stipulatio dandi & faciendi, & in l. scire debemus. infra eod.*

44 *Tertium est genus mixtorum, quando plures qualitates concurrunt in eodem subiecto, & appellatur mixtum qualitatum habens tres species.*

45 *Mixtum ex pluribus qualitatibus non alteratis & separabilibus, ut doctor & miles.*

46 *Mixtum ex pluribus qualitatibus non alteratis sed incompatibilibus, ut sanitas, & infirmitas, uel ex contraria statuti dispositione.*

47 *Mixtum ex pluribus qualitatibus non alteratis sed inseparabilibus, ut adulterium & incestus.*

48 *Omnes dictæ quindecim species subdiuidũtur, quia quædam sunt ex partibus alteratis ut primæ quinque, & quædam ex partibus non alteratis, & quædã ex simplicibus non alteratis in se sed in dispositione alteratis. d. l. si ita scriptum.*

49 *Mixtum quando contineatur sub simplicibus de proprietate sermonis, uel non contineatur, nouiter & utiliter declaratur.*

50 *Mixtum ex simplicibus alteratis nunquam de proprietate sermonis continetur sub simplicibus. fallit quando præualet una qualitas.*

51 *Mixtum ex simplicibus non alteratis de proprietate sermonis plærunque continetur.*

52 *Mixtum dispositiuum simplicibus non alteratis in substantia sed in dispositione alteratis de proprietate non continetur, sed ex benignitate dicta lege si ita scriptum.*

53 *Mixtum secundi generis, quia fit ex partibus non alteratis de proprietate sermonis semper continetur sub simplicibus.*

54 *Mixtum tertij generis quia fit ex simplicibas non alteratis de proprietate sermonis continetur sub simplicibus nisi fiat alteratio in dispositione.*

55 *Mixtum ex qualitatibus incompatibilibus an contineatur sub simplicibus de proprietate sermonis.*

56 *Mixtum nullum de proprietate sermonis sub uno simplici continetur, quia semper est aliquid plus.*

57 *Mixtum sub uno simplici continetur quando præualet in eo, uel quando separatim consideratur illa qualitas ab alia.*

58 *Ex quibus apparet quod principia Docto. non sunt bona, dum considerant an tractetur de fauorabilibus uel odiosis, sed uera principia sunt, an fiat ex partibus alteratis uel non alteratis.*

59 *Quatuor quæstiones in materia sunt fiendæ, una an in legibus, Alia an in statutis, Alia an in priuilegijs, & Alia an in cæteris dispositionibus sub simplicibus cõtineatur mixtum.*

60 *Mixtum an contineatur sub simplicibus in dispositione legali, late per theoricam declaratur.*

61 *Mixtum in dispositione legali ex partibus alteratis non continetur sub simplicibus de proprietate. fallit nisi præualeat in una qualitate.*

62 *Mixtum ex partibus alteratis potest contineri in dispositione per extensionem ex tribus limitationibus hic traditis.*

63 *Mixta in partibus non alteratis continentur in dispositione legali sub simplicibus, & aliquando ex benignitate, si sit alteratio in dispositione.*

64 *Mixtum ex partibus non alteratis per restrictionem non continetur sub simplicibus quando per mixturam diminuitur ratio dispositionis.*

65 *Mixtum ex qualiatibus incompatibilibus quomodo contineatur sub simplicibus.*

66 *Mixtum in dispositione legali de uno simplici non continetur sub alio simplici, quia semper est alia res nisi præualeat in uno.*

67 *Mixtum in dispositione legali de uno simplici potest totũ contineri per extensionem in tribus limitationibus hic relatis.*

68 *Mixtum ex partibus non alteratis totum nõ continetur sub uno simplici nisi per extẽsionem, sed bene illa pars potest contineri de proprietate.*

69 *Mixtum an contineatur sub simplicibus late per theoricam declaratur.*

70 *Leges tendunt ad omnes casus, statuta tendunt ad particulares casus decidendos.*

71 *Mixtum in statutis ex simplicibus alteratis non continetur sub simplicibus nisi præualeat in uno simplici.*

72 *Mixtum in statutis ex simplicibus alteratis potest contineri sub simplicibus per extensionem in tribus limitationibus, sed requiruntur rationes urgentiores quam in legibus.*

73 *Mixtum ex simplicibus non alteratis in statutis sub simplicibus regulariter & de proprietate continetur.*

74 *Mixtum ex simplicibus non alteratis in statutis non continetur per restitutionem si per mixturum diminuitur ratio dispositionis efficaciter.*

75 *Mixtum in statutis disponentibus de uno simplici non cõtinetur etiam ex partibus non alteratis, quia semper est quid plus, nisi ratio dispositionis augeatur per mixturam.*

76 *Mixtum ex partibus non alteratis in statutis loquentibus de uno simplici continetur de proprietate si disponatur ex illo simplici tantum.*

77 *Ex prædictis theoricis ad quamplurimas quæstiones cõtingentes in practica infertur super unaquaque spe-*

tie

tie mixtorum.

78 *Si statutum disponat quod mulier non poßit contrahere sine consensu consanguineorum an prohibeatur donare causa mortis, late discutitur.*

79 *Qualitas contrahendi seu incundi contractum an præualeat in donatione causa mortis, discutitur referendo opiniones.*

80 *Donatio causa mortis est casus mixtus, & qualitas contractus secundum ueriorem opinionem non dicitur præualere.*

81 *Ratio prohibendi mulierem contrahere an militet in donatione causa mortis, declaratur ex multis.*

82 *Donatio causa mortis non continetur in statuto prohibēte mulierem contrahere.*

83 *Statutum prohibens uinum extrahi uel portari, non comprehendit mulsum, nisi ex mente per extensionem.*

84 *Statutum prohibens uirgines bibere uinum non comprehendit mulsum, nec maluasiam, nisi per extensionem ex ratione.*

85 *Statutum concedens iurisdictionem & imperium an uideatur concedere mixtum imperium.*

86 *Statutum disponens de ecclesia parochiali non habet locum in ecclesia parochiali collegiata.*

87 *Statutum mediolanense dans exequutionem sententiæ latæ super actione reali an comprehendat petitionem hæreditatis.*

88 *Statutum prohibens argentum uel aurum extrahi an habeat locum in uasibus.*

89 *Statutum prohibens pecuniam argenteam uel aurum extrahi an habeat locum in uasibus.*

90 *Statutum prohibens extrahi ligna uel tabulas an comprehendat armarium nauem uel aliam spetiem.*

91 *Legatum factum de lignis columnis & lapidibus an cōprehendat domum.*

92 *Statutum prohibens mulierem esse testem an comprehendat hermafroditum.*

93 *Consuetudo feudalis loquens de filijs masculis an comprehendat hermafroditum.*

94 *Qualitatem unam præualere alteri quomodo dicatur, late distinguitur.*

95 *Qualitas naturalis regulariter præfertur accidentali per multa exempla.*

96 *In delictis puniendis præualet illa qualitas quæ facit delinquere, & continetur casus mixtus.*

97 *Statutum prohibens doctorem esse rectorem an comprehendat doctorem in una scientia qui sit scholaris in alia.*

98 *Excommunicatus an in iudicijs publicis comparere poßit, & quādo una qualitas prohibetur et alia permittitur, quæ præualeat.*

99 *Qualitas in materia indifferenti quæ præualere debeat uarie resoluitur.*

100 *Plura uina mixta an contineantur sub statuto loquente de uino simpliciter uel pluribus.*

101 *Iudex statuens terminum ad opponendas exceptiones dilatorias an comprehendat exceptiones mixtas.*

102 *Statutum disponens de causis motis uel mouēdis an comprehendat causam appellationis.*

103 *Statutum disponens quod stante patruo non succedat mater, an extante patruo & sorore habeat locū.*

104 *Statutum abbreuians instantiam in causis ciuilibus & criminalibus an habeat locum in causis mixtis.*

105 *Statutum loquens de iudicio ciuili uel criminali, an comprehendat casum quo pœna applicatur fisco & parti.*

106 *In 6. spetie mixtorum uariatur regula, & ponitur affirmatiua, quod continetur mixtum sub simplicibus, & distinctio doct. non procedit.*

107 *In 7. spetie doctores male fundant theorica meorum, quia in ea simplicia non sunt alterata in substantia sed in dispositione.*

108 *Intellectus ad l. si ita scriptum. ff. de lib. & posthn. & l. si ita facta. de iniusto rup. nouiter traditur & concordantur.*

109 *Intellectus ad l. quid ergo. §. quod ait prætor. de ijs qui no. infamia repetitur, & nouiter traditur, & plene declaratur.*

110 *Intellectus ad l. uim paßam. §. præscriptione. de adul. traditur nouiter.*

111 *Intellectus l. si ita facta. de iniusto rup. repetitur & declaratur, quod probat generalem regulam sub simplicibus non contineri mixtum ex partibus non alteratis.*

112 *Lex pœnalis loquens de solo simplici clerico non comprehendit clericum coniugatum.*

113 *Totum nunquam continetur sub uno simplici de proprietate sermonis, & solum per extensionem contineri potest, si augeatur ratio dispositionis.*

114 *In secundo genere mixtorum sub simplicibus de proprietate sermonis continetur mixtum.*

115 *Si quis obligat bona mobilia & immobilia an uideatur obligare illa quæ continentur in hæreditate materna uel fraterna.*

116 *Mixtum de genere quando contineatur sub simplicibus spetiebus, remißiue exempla & quæstionis traduntur.*

117 *Mixtū de contentis sub uno nomine an contineatur sub simplicib. exempla & quæstiones remißiue tradūtur.*

118 *Statutum loquens de stipulatione dandi uel faciendi quod comprehendat mixtam probat in spetie iste text.*

119 *Statutum dicens quod stipulatio dandi & stipulatio faciendi non transeat ad hæredes comprehendit etiam mixtam dandi uel faciendi.*

120 *Statutum loquens de substitutionibus simplicibus an habeat locum in breuiloqua uel compendiosa.*

121 *Statutum prohibens probationem fieri per testes an poterit fieri per instrumenta & testes.*

122 *In tertio genere mixtorum etiam cōtingunt plures quæstiones in practica.*

123 *Mixtum ex qualitatibus inuicem contrarijs propter dispositionē continetur sub simplicibus quando una qualitas præualet secundum uarias causas.*

124 *Statutum disponens quod canonicus poßit esse iudex, an comprehendat monachum canonicum in ecclesia mixta, late discutitur referendo opiniones.*

125 *Qualitas nocens an attendatur uel illa quæ prodest, late discutitur, declarando iura hinc inde allegata.*

126 *Statutum loquens de canonico comprehendit monachū in ecclesia cathedrali, non autem canonicum regularem simpliciter.*

127 *Statutum disponens de macellatore quod sit immunis & non piscator, an comprehendat macellatorem piscatorem.*

128 *Statutum loquens de represalijs an comprehēdat casum mixtum remissiue declaratur.*

129 *Statutum mandans quod artifices sub suo consule conueniantur, si quis habeat plures artes sub quo consule conueniri debeat.*

130 *Priuilegia concessa scholaribus an sint concessa scholaribus ciuibus.*

131 *Si quis habeat potestatem legitimi audi illegitimos an poterit legitimare legitimatum ad certos actus.*

132 *Statutum disponens quod doctor sit immunis & non miles, an doctor & miles erit immunis.*

133 *Statutum disponens quod scholaris in legibus non sit rector in alia scientia, an professus in philosophia & studens in legibus poterit esse rector, & in utraque, uel nulla.*

134 *Statutum disponens quod incestuosi non possint legitimari neque adulterini, an erunt prohibiti incestuosi & adulterini simul.*

135 *Statutum permittens interfici raptores uirginum, fortius permittit interfici rapientes nuptam.*

136 *Statutum prohibens patres relinquere incestuosis uel adulterinis, fortius prohibebit relinquere adulterinis & incestuosis simul.*

137 *Mixtum an contineatur sub simplicibus in priuilegijs uel beneficijs, late discutitur, referendo diuersitatem inter beneficia & priuilegia.*

138 *Mixtum ex partibus alteratis non comprehenditur sub simplicibus in priuilegijs nec in beneficijs, nisi praeualeat in una qualitate.*

139 *Mixtum ex partibus alteratis continetur sub simplicibus per extensionem in beneficijs & etiam in priuilegijs, quando sunt urgentiores rationes, in tribus limitationibus.*

140 *Mixtum ex partibus non alteratis continetur sub simplicibus de proprietate sermonis in priuilegijs, & beneficijs, nisi per mixturam diminuatur ratio dispositionis.*

141 *Habēs potestatem legitimandi spurios & incestuosos an poterit legitimare spurios & incestuosos simul, latissime discutitur, & refertur theorica Bar.*

142 *Theorica Bar. generalis an mixtum contineatur sub simplici reprehenditur & examinatur reducendo ad distinctionem saepius traditam.*

143 *Mixtum in l. nostra continetur de proprietate sermonis, non quia lex mandauerit ut inquit Bar.*

144 *Habens potestatem legitimandi spurios an poterit legitimare habentes plures defectus, & quid ueniat appellatione spuriorum.*

145 *Expreßio unius spetiei post genus non diminuit illud sed demonstrat enixiorem uoluntatem.*

146 *Quaestio formata per Bar. cum uerbo spurios nō fuit per terminos habiles formata.*

147 *Habens potestatem legitimandi spurios potest etiam in comprehensione legitimare habentes plures defectus.*

148 *Quaestio probabilis formari debet, quod legatus habebat potestatem legitimandi adulterinos, item incestuosos.*

149 *Intellectus ad l. seruis urbanis. §. fi. nouiter traditur, & demonstratur quod nedum facit in materia sed oppugnat Bar. uel saltem fouet.*

150 *Text. in lege si ita scriptum non probat conclusionem Bartol. sed loquitur in diuersis terminis.*

151 *Decisio Bar. solum remanet fundata super ratione, an sit casus fauorabilis.*

152 *Ratio de fauore oppugnatur, quia imo uidetur odiosa ex multis hic relatis.*

153 *Dispensatio & legitimatio contra ius diuinum quomodo sit odiosa.*

154 *Per legitimationem corrumpuntur mores et inuitantur homines ad delinquendum.*

155 *Legitimandi potestas de spurijs est de absoluta potestate principis.*

156 *Concessionem factam de potestate legitimandi esse odiosam ex multis demonstratur.*

157 *Per concessionem potestatis legitimandi corriguntur leges, atque datur potestas corrigendi leges quae sunt odiosae.*

158 *Per concessionem potestatis legitimandi fit praeiudiciū tertio.*

159 *Potestas legitimandi est de reseruatis principi, ideo stricte interpretatur.*

160 *Conceßio legitimandi est delegatio, ideo stricte interpretatur.*

161 *Legitimatio licet respectu filiorum sit fauorabilis, tamē respectu parentum est odiosa.*

162 *Conceßio potestatis legitimandi est priuilegium, non beficium, ideo stricte debet interpretari.*

163 *Conclusio Barto. ex suis rationibus contra eum retortis non est uera, & contraria ualidioribus rationibus est munita.*

164 *Ex noua theorica supra tradita conclusio affirmatiua est tenenda, quod casus mixtus uideatur etiam in odiosis conceßus.*

165 *Qui uult tenere quod casus mixtus non est conceßus oportet quod recurrat ad limitationem quod per mixturam diminuitur ratio conceßionis.*

166 *Distinctio Butrij refertur & reprehenditur.*

167 *Regula constituitur affirmatiua, quod potestas legitimādi est concessa etiam in casu mixto, fallit in sex casibus hic relatis.*

168 *In potestate dispensandi concessa non uenit casus mixtus.*

169 *Potestas legitimandi certam personam non comprehendit casum mixtum.*

170 *Potestas legitimandi contra ius diuinum quando contineat casu mixtum.*

171 *Potestas legitimandi in praeiudicium tertij quando comprehendat casum mixtum.*

172 *Potestas legitimandi cum clausula ommissa causae cognitione & uitio subreptionis, non trahitur ad casum mixtum.*

Habens

Lex secunda. ff. De uerb. oblig.

1 N hac lege † cōpilatores prosequuntur materiam propositam, declarandi qualitates necessarias ad substātialia stipulationū, & cum in præcedenti lege in principio esset dictum de qualitatibus necessariis ad causam efficientem, & in §. qui præsens, ad causam solennitatis, & implicite necessaria ad causam materialem, & postea in §. si quis ita. usque ad finem legis dictū fuerit de requisitis necessariis ad causam formalem, sequebatur tractare de requisitis necessariis ad causam subiectiuam sed quoniam ipsa requirebat altiorem indaginem, cū maximi sit effectus in stipulationibus, ideo compilatores nouam legem constituerunt, in qua cum aliis sequentibus tractauerunt plene de ista causa subiectiua & eius effectibus.

2 Est autem † causa subiectiua materia de qua, hoc est res ipsa de quā fuit facta promissio & stipulatio ipsa, & in ea duo principalia sunt consideranda, primo quos effectus operatur quando deficiat. Secūdo quos effectus operatur quando existit. De primo compilatores hic non dixerunt, sed tanquam ex prædictis innotesceret diuiserunt † intendentes quod ex 3
eius defectu stipulatio redditur nulla sicut ex defectu aliorum substantialium, & probatur in l. domū. supra de contrahen. emptione. & Instit. de inutilibus stipulationibus. in princ. cum similibus.

4 Defectus autē † istius causæ subiectiuæ potest esse triplex, naturalis, ciuilis, & uoluntarius, naturalis defectus est quando res nominata in stipulatione non reperiebatur in rerum natura, qui omnino annullat stipulationem. dicta l. domum, & l. triticum. & l. ita stipulatus. infra eo. & l. si homo mortuus. eo. tit. & l. cum res. §. aream. de solutionibus, ciuilis defectus est quando res promissa non est in commertio nostro, quo casu & stipulatio uitiatur quamuis naturaliter existat. d. §. 1. insti. de inutilibus stipulationibus & l. inter stipulantem. §. sacramen. infra eo. & argu. §. non solum. instit. de leg. uoluntarius defectus est quando propter conuentionem res præstari non potest uel non apparet, ut quia res promissa incerta sit, quo casu uitiatur stipulatio. d. l. ita stipulatus. & l. triticum. infra eod. & l. cum post. §. gener. ff. de iur. dotiū. uel quando cōditio imposibilis apponitur, quia ex præsampta uoluntate res non potest præstari. l. non solum. supra de actio. & obligationi. uel etiam si res ex alia causa conuenta præstari non potest. §. loca. insti. de uer. obl. de quibus omnibus defectibus cū implicite ex præcedentibus appareret quod stipulatio esset nulla, & quoniam sparsim infra in tit. erat tractandum, ommiserunt hic compilatores.

5 De secundo uero † quid operetur causa subiectiua quando interuenit in stipulatione, cum sit maximi effectus, tractauerunt hic compilatores, nam ex re deducta in stipulatione cognoscitur qualis sit stipulatio facta, quoniā si res erit diuidua, diuidua quoque erit stipulatio, & si res est indiuidua efficietur indiuidua, & cum hic sit magnus effectus, de eo infra posuerunt a §. item si in facto. per totum. §. Cato, & si eueniat quod res promissa sit iudicialis, uel ad alium casum pertinens causatur alius effectus & alia diuisio substantialis, quod stipulationum quædam sunt iudiciales, quædam prætoriæ, & aliæ communes, & aliæ conuentionales, de qua tractatur in l. 5. infra eo. & si eueniat quod res promissæ sint uel in genere uel in spetie, causatur alius effectus, & alia diuisio, quod stipulationum quædam recipiunt partis præstationem, & quædam non recipiunt, de qua habetur in §. & harum. & §. ex iis. infra eadem.

6 Rursus & quarto † si eueniat quod res ipsa promittatur dari, uel promittatur fieri, causatur alius effectus & alia diuisio substantialis, quod stipulationū quædam consistunt in dando, & quædam in faciēdo, de qua tractatur in principio legis nostræ, quæ primo loco collocata fuit, quoniam omne quod promittitur aut promittitur dari aut fieri, & inducitur generalisima diuisio, quod omnes stipulationes aut consistunt in promisione dandi aut in promisione faciendi, per quæ apparet quod nō sine ratione hæc lex separata fuit a præcedenti cum requireret altiorem indaginem, & subiecta fuit post præcedentem,

& apparet continuatio probabilior & magis conueniens ad præcedētem legem qnam fecerit gl. 1. hic.

7 Quæ diuisio † in principio posita nullam reciperet difficultatem propter apparentem differentiam inter promisionem dandi & faciendi, nisi Iurisconsultus ommisisset tertiā spetiem istius diuisionis de stipulatione dandi & faciendi simul, de qua habetur in l. si seruus. supra de cond. & demonstr. & in l. ueteris. C. de contrahenda & commit. stipulatione. & l. liber homo. §. fi. infra eodem, per quam insurgit dubitatio, quare eam hic Iurisconsultus ommiserit, & an fuerit defectiuus, & ideo doctor. coacti fuere inquirere an hæc tertia species reperiatur, & si reperitur, an contineatur sub istis simplicibus & propterea hoc principium effectum fuit difficile & allegabile propter examinationem illius articuli diffusi, an sub simplicibus contineatur mixtum.

8 Quibus sic stātibus † deuenio ad l. ipsam quæ breuissima est in hoc principio, & ideo non recipit diuisionem, neque breuius summarium, neque etiā ordinarium casus figurationem, quoniam hic nullus casus spetialis deciditur, ueruntamen quia probabilis est dubitatio, an a qualitate materiæ subiectiuæ potuerit causari hæc substantialis diuisio, & an cum ratione ante alias diuisiones hic collocata fuit, ideo de eis loco figurationis casus subiiciemus.

9 Casus igitur † fingi pōt formando generale quæsitum, utrum a materia subiectiua, & a re deducta in stipulatione possit causari aliqua substantialis diuisio in materia stipulationum, & uidebatur dicendum quod non, quoniam uerborum obligatio æqualiter respicit quascunque res deductas in stipulationem. §. 1. insti. de obligationibus. ibi, alicuius soluendæ rei. ergo ex re deducta nulla uidetur diuisio posse constitui inducens differentias substantiales. Secūdo faciebat, quia si diuersitas rerum promissarum causaret diuisionem in stipulationibus sequeretur quod tot essent stipulationes quot res. l. scire debemus. §. primo. infra eodem. & tot essent genera stipulationum quot essent genera rerum, ut una esset uini, alia tritici, alia olei, & alia pecuniæ, quod est absurdum, ut inquit gloss. institutio. de iustitia & iur. §. sunt duæ positiones. Tertio faciebat, quia in aliis contractibus non reperitur quod ratione rei promissæ constituatur diuisio, ergo nec etiam in stipulatione. Quarto faciebat, quia si nos modum stipulandi consideraremus, ut per eum uariari deberet stipulatio sequeretur quod deberent tradi quatuor species stipulationum, una dandi, alia faciendi, alia restituendi, & alia tradendi, quæ ualde differunt inter se, ut late dicetur infra in §. Cato, & lege stipulationes non diuiduntur infra eodem.

Iis tamen non obstantibus contrarium determinatur hic, quod imo ex materia subiectiua & uarietate rei deductæ in stipulatione causentur uariæ & substantiales diuisiones stipulationum, cum ab ea dependeat diuisio diuiduarum & indiuiduarum stipulationum, & diuisio iudicialiū, & prætoriarū, & conuentionalium stipulationum, & aliæ, quod quædam recipiunt partis præstationem, & quædā non, & per consequens etiam causatur hæc principalis, quod stipulationum quædam consistunt in dando, & quædā in faciendo.

Non obstant allegata in cōtrarium, primo, quod uerborum obligatio æqualiter respiciat omnes res, quia uerum est considerando eam in genere generalissimo, sed tamen postea spetialius considerata recipit propter uarietatem rerum uarios modos obligādi uarias actiones & uarium modum exequendi. Non obstat quod alias esset una stipulatio equina, alia bouina, quod reprehendit gloss. in iure in dicto §. duæ sunt positiones. & §. fina. insti. de iure personarum. quia respondetur uerum esse habendo solum respectum ad naturam rerum, sed ubicunq; propter uarietatem qualitatum uariatur modus obligādi & producendi actionem & exequendi, tunc causatur rationabilis & substantialis diuisio in stipulationibus, & propter dictas qualitates causatæ fuere prædictæ diuisiones. Non obstat quod in aliis contractibus non reperiantur, quia in eis neque etiā uariatur modus obligandi, sed quoniam in stipulatione uariatur, ideo traditæ fuere, item contractus sunt magis particulares quam stipulationes, & quamuis aliquando conueniant, non curauerunt referre legislatores, sed stipulationes sunt magis generales respicientes totam machinam contractuum cum subrogentur loco omnium contractuum, ideo in eis prædictæ diuisiones consideratæ fuere propter magnos & diuersos effectus sequentes. Non obstat quod alias deberet diuidi in quatuor species, quia recte dicitur eam continere quatuor species, tamen tres hic continentur sub una, cum facere, restituere, & rem tradere, stipulationes faciendi dicantur, & ideo reducuntur ad hanc bimembrem, & illa faciendi subdiuiditur in tres species.

10 Sed tunc † succedit dubitatio, admittamus quod a materia subiectiua & re deducta in stipulatione essent diuisiones substantiales causatæ, tamen uidebatur quod ab ista non debebant incipere compilatores, nam magis substantialis uidebatur illa an sint diuiduæ uel indiuiduæ stipulationes, & magis practicabilis illa, quod quædam sunt iudiciales, prætoriæ, uel conuentionales, & magis substantialis illa, quod quædam recipiunt partis præstationem & quædam non, uel illa, quod quædam sunt puræ, quædam in diem, & aliæ sub conditione, de qua in §. omnis. institutio. de actionibus, uel alia, quod quædam sunt utiles, & quædam inutiles, uel alia, quod quædam continent certam rē & alia incertam, a qua causatur certi condictio & actio ex stipulatu, ut not. in l. cum mota. C. de transactionibus.

Iis tamen non obstantibus contrarium determinatur, quod imo ab ista posita hic recte inceptum fuit, & ratio decidendi est, quia est magis generalis omnibus aliis, quoniam comprehendit omnes stipulationes de mundo, item effectus suus est magis considerabilis & palpabilis, quoniam in promissione dandi quis præcise cogitur dare. l. ubi aūt non apparet. §. fina. infra eodem, & in promissione faciendi quis

quis liberatur soluendo interesse, & si nullum est, nihil soluit. l. si quis ab alio. §. fi. de re iud. item in obligatione dandi plærunque est certitudo & competit certi cōdictio, & in obligatione faciendi semper est incertitudo, cum facta omnia sint incerta. ut not. in l. stipulationes. infra eo. unde pro eis competit actio ex stipulatu. & propterea sequitur quod ipsa est magis principalis, & primordiali cognitione necessaria, non obstant contraria, quia & illæ suntdiuisiones notabiles & discutiendæ ut infra per totum factū fuit, tamen ista est magis necessaria, & sine eius cognitione non potuissent aliæ diuisiones bene cognosci & resolui, & sic omnia cum ratione facta fuere.

Notandum est primo ex isto text. quod prima & substantialis diuisio stipulationum est, quod quædā consistunt in promissione de dando, & quædam in promissione de faciēdo, cui cōclusioni obstant quinque quæ infra in glo. subiiciemus. † Sed unū est
11 principale, quod respicit literam, quia uidetur quod sit diuisio imperfecta, & diminutus fuerit Iurisconsultus, cum ommiserit tertiā spetiē huius diuisionis, quod quædam consistunt in dando, & faciendo simul. glo. & docto. fatentur contrarium, & dicunt eam reperiri, & ad obiectum, quod Iurisconsultus fuit diminutus, respondent, quod illa tertia species mixta cōtinetur sub simplicibus.

Vnde causatur secundum notabile ex isto text. quod sub enumeratione simplicium continetur species mixta, & generaliter quod sub simplicibus continetur mixtum. cui notabili contradicunt infinita iura infra alleganda, & in spetie l. uim passam. §. præscriptione. infra de adulter. & l. adeo. §. cum quis. de acq. rerum dominio. cum similib. unde uidetur quod adhuc duret obiectio, quod imo Iuriscōsultus fuerit diminutus, cum mixtum sub simplicibus cōtineri nō possit, propterea alii docto. uolentes euitare istud cōtrarium quod Iurisconsultus fuerit diminutus, ceperunt negare reperiri hanc tertiam speciem stipulationis dandi & faciendi.

Vnde nata fuit altercatio magna, utrū hæc tertia species reperiatur. & Besutius hic ut refert Ias. & Alcia. tenet quod non reperitur, ex eo quia quādo est promissio dandi & faciendi promittuntur plures res diuersæ quo casu tot sunt stipulationes quot sunt res. l. scire debemus. infra eod. ideo dicuntur potius duæ stipulationes multiplicatæ quam quod dicatur una noua species separata a dictis simplicibus, sed cū
* communiter * doctor. teneant primam opinionem, quod imo sit tertia species, reducitur articulus disputabilis, an reperiatur uel non reperiatur, respondendo fundamentis utriusque partis.

12 Et pro opinione † cōmuni, quod reperiatur hæc tertia species stipulationis dandi & faciendi simul, allegatur tex. in l. ueteris. qui uidetur in terminis. C. de contrahen. & commi. stipula. ubi expresse imperator enumerat hanc tertiam spetiem dandi & faciēdi simul, sed tenentes aliam opinionem respondent quod ibi non dicitur quod reperiatur hæc tertia species, sed dicit tantummodo si consistat in dando & faciendo simul, hoc autem contingit etiam quando propter promissionem de dando & faciendo nascūtur obligationes diuersæ & actiones, & satis dicuntur coniungi, quia dependent ab una conceptione uerborum, tamen in ueritate sunt plures disputationes multiplicatæ, sicut contingit in l. scire debemus. infra eo. & propterea etiam quod appellaretur mixta, tamē improprie diceretur, habito respectu quod dependet ab una conceptione tantum, sicut posset etiam dici de aliis contentis in l. scire debemus. infra eo. & sic non stringit.

Secundo pro communi opinione allegatur d. l. si seruus. §. 1. qui expresse dicit, quod conditio de reddendo rationes, licet uideatur continere obligationē dandi reliqua, tamen mixte etiam continet obligationem faciendi, ut teneatur demonstrare libros, partitas explicare, & computa recta demonstrare, & utitur hoc uerbo, mixtam causam, Respondebat Besutius quod loquitur in seruo, quod nihil est. Secundo respondebat Alcia. & Paulus quod ibi illud factum subordinatur ad dationem, unde in effectu est obligatio dandi, ut uoluit tex. in l. quamuis. eod. titul. & Bal. in l. cum allegas. col. 2. C. de usur. quæ & ipsa dubitabilis est, quia tex. uidetur præsupponere æqualitatē obligationis. Tertio respondetur quod loquitur in conditione, & appellatur ibi conditio mixta, quæ facilius potest continere obligationem facti, quoniam ipsa conditio facti est, & datio etiam in ea facti est. l. in facti. eod. tit. de conditio. & demonstrationib. unde aliud est in stipulatione quæ iuris est & habet aliam naturam, propter legem scire debemus. Ideo si reddere rationes promitteretur per stipulationē, non esset stipulatio mixta sed continens multiplicatas obligationes, & facit etiam, quia conditio facilius efficitur īdiuidua. l. 5. §. fi. inf. eo. & facilius diuiduum. l. cui fundus. ff. de condi. & demonstra. unde in l. quamuis & in l. Iulius Paulus. appellatur simplex & non mixta. Quarto etiam respondetur, quod ibi appellatur mixta quia descendit ab uno facto, sed tamen non sequitur, quod postea obligatio in substantia sit mixta, cum imo dicantur esse obligationes necessario diuersæ quæ producunt diuersas actiones, & sic in effectu sunt multiplicatæ obligationes, non autem una obligatio habens utranque naturā, & propterea improprie appellatur mixtū, & sic nō obstat.

Tertio pro cōi alleg. tex. in l. liber homo. §. fi. inf. eo. ubi qui stipulatur dari decē sibi aut Titio stipulatur dationē & factū, quia in persona sua est datio, in persona Titii est obligatio faciēdi, & idem refertur in l. ꝙ dicitur. inf. eo. respondet Alciat. quod illa iura nihil faciunt, & primo tex. in d. l. liber homo. loquitur in stipulatione alternatiua in qua compellitur actor eligere unam actionem, secus est in rebus copulatiue promissis, quia multiplicatur stipulatio d. l. scire debemus. & habetur per Lancellotum decium in l. si quis certum. ff. si cer. petatur. & ad l. quod dicitur. etiam respondet quod loquitur in stipulatione in qua deducuntur plures res sub una conceptione uerborum eiusdem naturæ, unde una est tantum, nos uero loquimur quando plures res diuersæ promittūtur, quæ solutio uidetur dictis responsionibus traditis aliis contrariis, unde respondetur quod in dictis iuribus imo semper sunt duæ stipulationes, ut per

Bartol. in dicta lege scire debemus. uersicul. quid si alternatiue.nume.3.& allegat gloss.in l. si ex toto.§. fina.de lega.primo.quæ dicit, quod sunt duæ, quia enumerantur duæ res, sed quantum ad solutionem uidetur una,quia sufficit unica solutio,quæ etiam responsio posset euitari.

Ideo tu dicas,quod quando plures res permittuntur quæ per unam actionem & obligationem peti possunt,tunc si sub uno nomine continentur,dicitur una stipulatio tantum.dicta lege quod dicitur, ubicunque uero continentur res diuersæ quæ non possunt una obligatione deberi neque unica actione, tunc necessario semper sunt plures stipulationes, siue sub uno nomine promittantur, siue sub diuersis nominibus, ne sit contradictio & quoniam non potest esse una obligatio sola quæ detur ad dandum & faciendum propter diuersitatem modi obligandi & actionum,& cum hoc sit in stipulatione de dando & faciendo in qua semper militat hæc contradictio, per quæcunque uerba promittantur dare & facere semper necessario nascentur plures obligationes & actiones, & appellabuntur stipulationes multiplicatæ,non autem erit una stipulatio mixta, & sic apparet quod nec etiam obstat,& quod iura allegata pro communi non probant.

13 Pro contraria † autem opinione, quod imo non reperiatur hæc tertia species, allegatur text. noster hic,qui ponit duas species tantum, ergo non reperitur. Tertia,quia eam Iurisconsultus enumerasset, ne esset imperfectus,& facile fuisset ei ponere, respondent doct. quod iste tex.non negat tertiam speciē, sed eam tacet,quia cum illa esset mixta,sciebat quod continebatur sub simplicibus, ut per gl.insti.de actionibus.§.1.quæ tamen responsio est subsidiaria & nō concludens, quia si reperiretur dixisset de ea sicut in sequenti diuisione enumerauit tertiam speciem de stipulatione quæ est diuidua obligatione, & solutione indiuidua.replicatur, quod ibi de noua spetie dixit, quia uolebat facere decisiones speciales de omni spetie,hic uero nullam decisionem neque illationem uolebat facere de diuersitate spetierum,sed solum referre simplicem diuisionem, & ad cognitionem omnium spetierum sufficiebat ponere de simplicibus, quicquid tamen sit, non potest negari quin ex hoc tex. habeamus magnam præsumptionem quod non reperiatur hæc tertia, cum fuisset paruus labor eam ponere, ut omnes diuisiones plene enumerare infra referendas etiam ista plena traderet hanc spetiem.

14 Secundo † inducitur quia quādo & factum & res promittitur,cum sint subiecta diuersa,constituuntur duæ stipulationes.l.scire debemus.infra eodem. ergo & in hoc casu constituuntur,& per consequens dicūtur simplicia multiplicata nō aūt noua species. respondent communiter docto.quod non procedit illa regula legis scire debemus. quando sub generalitate uerborum plures continentur res, ut ibidem dicitur in §.1.& 2.ubi ponuntur exempla.l.quid.Infra eodem, & quando quis promittit reddere rationes sub uno nomine continentur plures res datio & factū, & unica efficitur stipulatio continens dationem & factum,ubi ponuntur exemplo.l.quod dicitur. Replicatur quod responsio procedit quando sunt plures res incompatibiles, pro quibus competit una actio tantum eiusdem naturæ sed quando sunt plures res incompatibiles & uariantes modum obligandi & agendi, oportet quod semper sint plures stipulationes, cum in unica stipulatione non possit esse diuersus modus obligandi, neque diuersæ obligationes producentes diuersas actiones, quoniam una & eadem obligatio non potest censeri diuerso iure, nec habere præexistentem causam simul ad certum & incertum. l. eum qui edes.de usucapionibus.& l.si ancillam. ff. pro suo. & maxime dicuntur esse plures, quia uidemus hoc dependere a uoluntate contrahentium.l.Titio.§.fina.& l.pluribus. infra eodem, & eodem modo replicatur ad tertium, & dictum Alex.in dicta lege si quis certum.ff. si cer. petatur. declarandum est, quod in suo casu erant plures stipulationes. & facit l. si cui fundus. ff. de conditio.& demonstrationibus.& non bene in iure reperiri potest quod una, & eadem obligatio producat certam condictionem & actionem ex stipulatu eodem tempore tanquam sit unica res mixta habens alteratam naturam ordinariam obligationum.

15 Tertio adducebat † Besutius rationem quia si contineretur datio & factum, esset obligatio certa & incerta,unde competerent duæ actiones diuersæ ex eadem obligatione nascentes,scilicet actio ex stipulatu & certi condictio,quod uidetur esse absurdum.ut instituto. eodem, in principio.& hæc ratio concordat cum opinione Ioan.Fabri relata hic per Ias. respondet Ias. quod non inconuenit ut nascantur plures actiones diuersæ, ut probatur in dicta lege liber homo.§.fina.infra eodem, & tenuit Alexan.in dicta lege si quis certum.ff.si cert.petatur. quem sequitur ibi Ias.& Bartol.in l.lecta.colum.fina.ff.si cer.petatur. & probatur in dicta lege ubi autem. §. qui sortem.infra eodem. etiam quod una stipulatio ut ibidem dicitur, sed tamen hæc responsio non bene iure probatur, quoniam non tollitur inconueniens quod ex eodem fonte possint nasci actiones, quarum una detur ad certum alia ad incertum, & quod una & eadem obligatio possit esse certa & incerta, & maxime stante natura stipulationis,quæ cum tanta facilitate multiplicatur. dicta lege scire debemus. infra eodem. unde dictæ doctrinæ redduntur dubitabiles.

Quarto adducitur ultra doctor. quia si per hoc quod stipulatio contineret dationem & factum diceretur mixta, sequeretur quod qui promittit tradere rem ex causa uendstionis,quo casu tenetur transferre dominium quando habet rem penes se,& præcise cogitur, & si non habet penes se liberatur soluendo interesse,ut in §.aliæ.institutio.de donationibus. & not.in lege prima. ff. de actio. empti. uenditio ipsa diceretur esse mixta, quod tamen non reperitur. Item tenetur dare si dominus est, & tradere quando non est dominus.l.ex empto.ff.de actio. empti. eodem modo reperiretur uenditio mixta, responderi potest quod non est inconueniens concedi ut illo casu uenditio sit contractus mixtus, uel secundo,

quod

quod natura uenditionis est talis ut possit fieri solutio talibus diuersis modis, & nihilominus sit unica obligatio & actio, quod non reperitur traditum in stipulatione.

Quinto potest adduci tex. in l. fundi partem, & l. si sterilis. §. si tibi. ff. de actio. empti. ubi non efficitur tertia speties uenditionis. quamuis teneatur emptor ad prætium, & factum, responderi potest, quod ibi primum præualet, & sub nomine prætii factum petitur, alioquin desineret esse uenditio, ut ibi no. & in dicta. l. lecta. ff. si cer. petat. & quando in mixto præualet unum repetatur tanquam illud simplex. l. cum quæritur, de statu hominum. & ideo ex parte uenditoris semper reputabitur obligatio ad tradendum, licet aliquando operetur effectum dationis, & ex parte emptoris tenetur semper dare licet in consequentiam ueniat factum, ideo iura dicunt quod uēditor teneatur tradere & emptor dare. dicta l. ex empto. ff. de actio. emp. & per Bar. in l. stipulationes non diuiduntur infra eodem. qui dicit hanc dationem habere causam bonorum.

16 Sexto † potest adduci. quia si daretur stipulatio mixta. ergo omnis stipulatio faciendi diceretur mixta, quoniam post moram succedit obligatio ad interesse, quæ continet solam pecuniam & certam. l. stipulationes non diuiduntur. infra eodem, & sic semper contineret dationem & factū, quod tamen non reperitur, idem diceretur quando in obligatione ueniret rem restitui, quia certo casu succedit obligatio ad interesse. l. in re furtiua. ff. de condictione fur. respondetur quod in dictis casibus non desinit esse simplex obligatio, quia illa obligatio succedens non nascitur ex conuentione contrahentium, sed succedit ex dispositione legis, ut omnimodo sint diuersæ obligationes a diuersis fontibus procedentes, ut per Bar. in dicta l. stipulationes. in octaua oppositione, quem ibi sequuntur docto.

Septimo potest adduci ratio Io. Fabri in dict. §. omnium. & aliorum in. §. quædam. insti. de actionibus. qui uolebant quod nulla posit esse actio mixta, quia essent incompatibiles qualitates, & ego late discussi in Rub. ff. si cer. peta. respondetur uerū esse quod simul non possunt stare incompatibiles qualitates cum sua natura, sed corruptæ faciendo tertiam spetiem optime possunt stare, l. adeo. §. cū quis. supra de acquir. rerum domi. & uidemus omnia creata in mundo habere quatuor elementa sibi contraria, & in eodem subiecto reperiri propter alterationem eorum, & sic patet quod adducta contra communem adhuc possunt euitari, & articulus redditur dubitabilis.

17 Resolutiue † autem loquendo, considerandum est quod tota difficultas dependet ab uno, utrum ex stipulatione de reddendo rationem & alia simili nascatur unica obligatio mixta quæ habeat naturam dandi & faciendi separatam a natura obligationis dandi & obligationis faciendi nam tunc reputabitur tertia speties, An uero ex stipulationibus in dictis casibus nascantur plures actiones diuersæ cum sua natura diuersa, & simul cumulentur, tamen unaquæque debeat per se intentari, & quando petitur aliquid dari agatur actione certi nascente ex obligatione dandi, & quando petitur quid fieri oriatur actio incerta ex stipulatu ex obligatione incerta competente ad faciendum, & sic sint duæ simplices obligationes & actiones multiplicatæ & cumulatæ, sicut quando plures res diuersæ in stipulatione promittuntur dicta l. scire debemus. infra eodem, & quoniam communiter docto. uidentur inclinare in hanc partem propter absurdum, licet teneant esse tertiam spetiem.

Ideo nos pro omnium resolutione debemus cōsiderare quod reperiuntur uariæ speties mixtorum, & sunt usque ad sexdecim speties, que tamen continentur sub tribus generibus subalternis mixtorum, ut infra dicemus, quæ tamen omnes speties continentur sub una alia diuisione, quod aliquando mixta constituuntur ex partibus alteratis & faciunt unam nouam rem separatam ab ipsis simplicibus, ut probatur in quinque primis spetiebus referrendis. Aliquando mixtum constituitur ex pluribus simplicibus unitis seu multiplicatis non se inuicem alterantibus, ut apparebit in quatuor aliis exemplis dicendis, & aliquando mixta constituuntur ex pluribus qualitatibus separabilibus in eodem subiecto contingentibus, & aliquando ex pluribus simplicibus commixtis ex eo quod continentur sub uno nomine uel sub una concepione uerborum, ut per exempla statim plene demonstrabitur.

Propterea resoluendo prædictam difficultatem dicas, quod aut consideras mixtum confectum ex pluribus simplicibus alteratis inducentibus nouam rem seu spetiem, & tunc opinio contra communem uerior est, quod non reperiatur tertia speties stipulationis dandi & faciendi mixta, quoniam ex promissione redditionis rationum, uel in casu dictæ l. liber. §. fin. & alio simili non constituitur unum mixtum nouum separatum a simplici stipulatione dandi & faciendi, neque ex prædicta promissione nascitur una obligatio quæ habeat naturam dandi & faciendi mixtum, & constituentem nouam rem separatam a simplici obligatione dandi, & simplici obligatione faciendi, quia iure non probatur, neque etiam rationabile est. & uidemus quod in dictis casibus ordinaria actio dandi intentatur, & ordinaria actio faciendi. & etiam consentiunt doctor. & propterea stat conclusio firma, quod stipulatio de reddendo rationes uel alium similem casum continens non facit tertiam spetiem constituentem nouam rem separatam a simplicibus.

18 Si uero † tamen consideras stipulationem mixtam de reddendo rationem uel similem reputari mixtum, quia producit has duas obligationes ex eadem conceptione uerborum, unam dandi secundum suam naturam, & aliam faciendi secundum suam naturā, non se tamen alterantes, & cum sint simul unitæ & multiplicatæ re-

reputantur mixtæ ad differrentiam aliarum stipulationum in quibus uel datio tantum uel factum tantum promittitur, & tunc appellabitur mixta speties continens plures diuersas actiones coadunatas & multiplicatas ab una conceptione dependentes, & erit speties mixti confecti ex simplicibus non alteratis contentis sub una cōceptione, & tunc procedit communis*opinio quod reputabitur tertia speties mixta differens saltem ad oculum corporis ab illa stipulatione dandi tantum, & alia faciendi tantum, & in summa utraque opinio redditur uera, ut reperiatur tertia speties stipulationis dandi & faciendi simul, & non reperiatur. nam reperitur tertia speties quatenus consideratur quod sit confecta ex simplicibus multiplicatis non se alterantibus sed unitis, quia ab una conceptione dependent seu sub uno nomine continentur, item alia opinio est uera quod non reperiatur hæc tertia speties mixta, ut una sit stipulatio quæ producat obligationem dandi & faciendi simul cum alteratione simplicium, ut sit unica nascens separata in natura a simplici obligatione dandi & faciendi, quoniam in legibus hæc noua obligatio non reperitur. neque hæc noua actio competens ex ea differens a certi condictione, & actione ex stipulatu, & ideo apparet quod disputatio fuit facta super æquiuoco nomine mixtorum quæ solet in infinitas inuolutiones trahere docto. disputantes.

19 Quo stante† si dicatur, iam fateris reperiri certo modo hanc tertiam spetiem: ergo sequitur quod diminutus fuit iurisconsultus eam non enumerando. respondetur quod nulla fuit diminutio, quoniam quando reperitur mixtum confectum ex simplicibus non alteratis non dicitur habere naturam separatam ab eis; & propterea partes mixi sunt illa simplicia uera. unde succedit ꝙ de proprietate sermonis continetur sub simplicibus. l. si ita facta, ff. de iniust. rup. & irri. testam. & l. is qui in puteum. §. Hoc interdictum. ff. quod ui aut clam. & §. aliud uero. & uers. si uero permixta. & §. illud quoque in authent. de non eligen. secun. nuben. mulier.

20 Et ideo † ex isto tex. colligitur secundum notabile, quod sub simplicibus continetur mixtum, tamen cum hac declaratione. quod sit mixtum confectum ex simplicibus non alteratis unitis tantummodo qui ab una conceptione dependent uel sub uno actu continentur. ideo non bene allegatur per docto. ad generale dictum quod mixtum continetur sub simplicibus, nam tunc debet allegari cum sua materia & non simpliciter, & habes etiam aliud dictum, quod reddere rationes ex dispositione legis si quis teneatur, ut sunt plures tutores & curatores seu administratores. uel ex dispositione hominis ut plures serui uel procuratores uel institores, est unum totum respectu conceptionis & promissionis, sed tamen respectu obligationum & actionum nascendarum dicitur esse multiplex, & continet plures obligationes dandi & faciendi, & actiones simplices competentes ad dandum uel faciendum separatim, & idem est in omni stipulatione continente dationē & factū.

21 Glo. prima ponit † continuationem ad præcedentem legem, concludentem quod supra uaria de stipulatione dicta fuere, & pertranseunt docto. sed tamen ego supra aliam magis theoricalē tradidi, ponendo quatuor causas substantiales declaratas in præcedenti lege, & in hac tractetur de causa subiectiua, quæ potentissima est, quoniam producit uarios modos obligandi, & uarias substantiales diuisiones, & ideo melius dicas ut ibi.

22 Glo. secunda remouet† tria tacita contraria, & primū est, quia uidetur hæc uerba inepta esse quoniam nulla stipulatio consistit in dando uel faciendo, quia nihil datur uel fit eo tempore, sed solum fiunt promissiones, unde potius dicitur consistere in conceptione uerborum. l. quinta. §. stipulatio. infra eodem. soluit glo. fatendo contrarium, & exponit in promissione dandi & faciendi, & bene loquitur, & eam approbat Bart. & omnes, & ipse exponit consistit in conceptione uerborum continente promissionem dandi, & faciendi, & est uera expositio & plenior, quam teneas.

Secundo opponit quod litera sit diminuta, cū reperiatur tertia speties dandi, & faciendi simul, soluit ipse fatendo contrarium, & dicit quod sub simplicibus iurisconsultus uoluit continere mixtum, cōtra quod dictū potes opponere & soluere ut sup. dixi, & uera remanebit opinio glo. intelligēdo ꝙ sit tertia speties ex simplicibus nō alteratis.

23 Tertio opponit † quod etiam sit diminuta, quoniam reperitur alia stipulatio de non faciendo, ut de non offendendo, uel impediendo ire & agere. §. item si in facto, infra eodem. respondet glos. quod imo non est diminutus, quia (non facere) cōtinetur sub uerbo (facere) per tex. in. §. si aduersus. insti. de empt. sed est in. §. mariti. in fin. dum dicit. recte facturos qui non contrahunt illud matrimominum, & sic non facere est facere, & melius probatur in l. uerbum facere. & l. facere opportet. infra de uerborum significatione.

24 Quarto† instari potest ultra eam, quod imo hęc diuisio nihil afferat, quoniam & promissio de dādo continetur in promissione de faciendo, ita quod uideatur unica speties. l. in facto. supra de conditio. & demōstrationibus. sed tu solue, quod licet dare sit facere, & in eo contineatur generaliter sumpto, tamē dare, prout respicit res, tendit ad dominii translationem, quæ habet naturā separatā ab obligatione faciēdi, ideo illud factū mutat naturā suā, & assumit nouā naturā propter suū finē, ut amplius nō cōsideretur factū & solū inducatur quodā ius & obligatio transferrendi dominiū, & propterea cōstituatur noua speties separata ab obligatione faciēdi, in qua finis tantum est facere aliquid sine aliqua obligatione transferrēdi dominiū, & ideo apparet quod diuisio est substantialis, & quod iste stipulationes propter diuersum modum obligandi & agendi separatas & diuersas formas assumunt.

25 Quinto† pōt opponi, ꝙ imo hęc diuisio sit diminuta, q̄a reperiūt duę alię speties stipulationū, una restituēdi & alia tradēdi, q̄ ualde differūt ab aliis duabus

duabus, ut plene dicetur infra in. §. Cato. & in l. sti pulationes non diuiduntur. sed tu solue, quod nulla est diminutio, quia ille stipulationes licet ualde differunt, tamen omnes sunt stipulationes faciendi, & continentur sub illa spetie enumerata de faciẽdo ut dicamus omnes stipulationes aut consistunt in dando aut in faciẽdo, consistẽtes in faciendo diuiduntur, quia quædam sunt de facien do simpliciter, quædam de restituẽdo rem, & quæ dam de tradendo rem.

26 Extra†glo. Bartol. & docto. examinant articulum difficilem uarium & diffusum, utrum sub simplicibus contineatur mixtum. in quo reperiuntur iura uaria & contraria, cum Bartol. hic referat sex iura decidentia quod sub simplicibus contineatur mixtum, & Ias. addidit quatuor alia iura, & est etiã tex. in l. si quis uinum. ff. de uino tritico. & oleo lega. in contrarium uero, quod non contineatur, reperiuntur multa alia. ut est tex. in l. uim passam. §. præscriptione. ff. de adulteriis & in l. si ita scriptũ ff. de lib. & posthumis, & in l. hoc legatum. ff. de lega. tertio. & in cap. licet canon. de electio. in 6. cũ multis aliis infra in materia allegandis. Bart. pro resolutione constituebat regulam negatiuam, quod non contineatur, cum tribus fallentiis, ut per eum, & Ias. allegauit contra regulam quatuor iura, & uidetur uelle adiungere quatuor limitationes, tamen tex. in l. si ita facta. de iniust. rupt. & irri. testam. & in l. is qui in puteum. §. interdictũ. ff. quod ui aut clam. demonstrat regulam esse generalem affirmatiuam, quod contineatur, Soccin. autem articulum uidetur determinare facien do sex conclusiones accidentales, sex casu determinando, qui modus est imperfectus, & aliquam regulam theoricalem non ponit, & solum illos ca sus accidentales determinat ut nulla doctrina ex eius theorica assumi possit. Alcia. quoque hic pri mo ponit tres conclusiones, unam, quod mixtum separabile non contineatur sub simplicibus. Aliã, quod mixtum inseparabile in quo præualeat una pars contineatur sub simplicibus. Tertiam, quod si partes sunt æque principales de rigore iuris nõ continetur mixtum, sed ex equitate cõtinetur. per l. si ita scriptum. ff. de lib. & posthum. & postea cognoscens quod illa theorica erat imperfecta, considerauit postea sex alias conclusiones accidentales cum particularibus dubitationibus, in quibus tamen nullam theoricam posuit, ut ab ea plenam & generalem doctrinam assumere possimus.

27 Quare†omissis aliorum dictis, alium ordinẽ seruandum esse puto. ut ex theorica tradenda generalis & plena doctrina in toto articulo haberi possit. Et primo pro præuia inspectione tria sunt tradenda, Primo quid sit mixtum, Secundo quot sint genera mixti cum propriis spetiebus uniuscuiusque generis. Tertio, utrum & quando sub simplicibus contineatur mixtum de proprietate sermonis, ut possit apparere generaliter quando in qualibet dispositione comprehendi possit, quibus præmissis, deueniendo ad materiam postea formandæ erunt quatuor principales dubitationes, una, an in legibus sub simplicibus contineatur mixtum. Alia, an in statutis sub simplicibus contineatur mixtum.

Tertia, an in priuilegiis & beneficiis sub simplicibus contineatur mixtum. Quarta, an in testamentis rescriptis & aliis dispositionibus contineatur. in quibus omnibus discutiendum erit quid iuris sit quando fit mentio de utroque mixto. Secundo, quid iuris erit quando fit mentio de uno mixto tantum, & super unoquoque genere mixtorum spetialis doctrina erit tradenda cũ suis regulis & fallentiis, inferrendo postea ad spetiales quæstiones in practica occurrentes, & declarando conclusiones illas accidentales quas docto. ponunt & demonstrando eos imperfecte lo quutos fuisse, & sine ueris principiis & in multis male. & ita totus articulus remanebit plene discussus cum magistrali doctrina & plena omnium casuum cognitione.

28 Circa primum † quid sit mixtum, facillima & nota est determinatio, quia mixtum in materia nostra dicitur esse illud quod ex pluribus simplicibus compositum fuit, unde de eius essentia est quod interueniant plura simplicia in illa materia considerata, & quod uniantur simul uel in totum se alterando, ut desinant esse simplicia, & efficiantur noua res, uel quod simul coiungantur & uniantur, & contineantur sub uno nomine, uel ꝙ sint plures qualitates, uel contrariæ, uel separabiles & inseparabiles quæ simul coniungãtur propter subiectum cum alteratione uel sine. & sic uerbum compositum in diffinitione capitur late ut comprehendat propriam & impropriam unionẽ,

29 Ex qua†diffinitione apparet determinatio secundi, quot sint genera mixtorum, nam duo sunt principalia, unum quod fit ex simplicibus alterantis constituentibus nouam rem seu nouam spetiẽ Aliud quod fit ex simplicibus non alteratis uel parum alteratis non inducentibus tamen nouam rẽ in rerum natura. item alio respectu tria constituũtur genera continentia duo prædicta unum quod fit de istis simplicibus unitis substantialiter uel faciendo nouam rem uel aliter se coniungendo, & istud appellabo mixtum substantiale. Secundum est genus quod fit de pluribus simplicibus non se tangentibus, sed tamen uidentur misceri, quia continentur sub uno toto, uel sub uniuerso, uel uno nomine, & istud appellatur mixtum de simplicibus contentis. Tertium est genus, quando plures qualitates uniuntur in uno subiecto. uel separabiles. uel inseparabiles, uel contrariæ, uel incompatibiles, & istud appellatur mixtum qualitatum in uno subiecto, cum unicum sit subiectum, & qualitates ipsæ tanquam simplicia cõsiderentur, quæ tria genera continent sub se multas speties mixtorum differrentes, ut ascendãt usque ad numerũ sexdecim. super quibus spetialiter erũt dãdæ determinationes uariæ & diuersæ, ad illum finem ut cognoscatur an sub simplicibus contineatur mixtũ, & habeatur plena resolutio articuli.

30 Primũ genus mixti†ꝙ substãtiale appello, qa ipsa simplicia in substãtia miscẽtur de per se sine ali quo subiecto, uel absq; eo ꝙ cõtineãtur in uno to

to, continet in se octo speties differentes.

31 Prima species est† quando simplicia plura simul uniuntur cum plena alteratione, ut desinant esse simplicia, & constituant nouam rem uel spetiem. exemplum ponitur in l. adeo. §. cum quis. de acquir. rerum domi, & §. cum ex aliena materia. insti. de rerum diuisi. quando ex uino & melle constituitur mulsum, uel quando ex pluribus medicamentis fit emplastrum, uel ex pluribus rebus fit una medicina uel siruppus. nam tunc desinunt simplicia habere suas qoalitates, & constituitur noua species seu noua res. & alia exempla ponit tex. in l. si quis uinum. de uino tritico & oleo legato, & unum generalissimum potest poni de omnibus rebus existentibus in mundo a natura creatis, quoniam omnia consistunt ex quatuor elementis, quæ tamen ita alterata sunt ut in nulla re reperiatur elementum uerum & simplex & omnes res creatæ sint noua species respectu elementorum.

32 Secunda est species† quando plura simplicia cõiunguntur & alterantur, & constituitur noua species, tamen illa mixtura non facit plenã alterationem quin per artem illud mixtum possit reduci ad priorem materiam, exemplum ponitur in uasis factis ex mixtura argenti, & auri uel plumbi, seu alterius metalli, de quo mixto habetur etiã in dic. §. cum quis. & dicto. §. cum ex aliena materia. & ibi differentia etiam in iure ponitur.

33 Tertia species † est, quando ex pluribus simplicibus commixtis fit una res noua cum aliquali alteratione sed non plena, ut sine arte possint reduci ad priorem materiam, ut exemplum ponitur in domo confecta ex lapidibus & cemẽtis lignis ferro & columnis, quæ unum mixtum appellatur. l. rerum mixtura. & l. eum qui edes. supra de usucapionibus. tamen potest reduci ad priorem materiam ut ibidem dicitur. & habetur in l. senatus. ff. de leg. j. & alia exempla ponuntur de armario, naui, capsis, & aliis similibus rebus, ut habetur in l. cum res. §. aream. ff. de solu. & l. inter stipulantem. §. sacrã. de uerborũ obligationibus. cũ similibus.

34 Quarta species est.† quando ex pluribus mixtis plene alteratis etiam non reducibilibus ad priorẽ materiam constituitur una noua res, & species, sed tamen una pars præualet ut illa sola consideretur & habeatur ac si esset illud simplex. exemplum est in hærmafrodito. l. cum quæritur. ff. de statu hominum. & l. repetundarum. §. hærmafroditus. ff. de testibus. & l. sed & si quæsitum. §. fi. de lib. & posthumis. & potest poni exemplum de aqua commixta cum uino. nam licet noua species constituatur, tamen præualet semper uinum, & sub simplici de uino reputatur, quod non est in mulso & emplastro, & alia exẽpla possunt tradi de quibus in d. l. si quis uinũ. infra de uino tritico, & oleo legato.

35 Quinta est species † istius mixti substantialis, quando duæ materiæ eiusdem naturæ simul commiscẽtur, ut si sunt duo uina uel duæ aquæ uel duæ aliæ similes res in quibus efficitur confusio, & ipse partes alterantur, & efficitur nouum corpus, quoniam separari non possunt, tamen non est proprie noua species, quia sunt eiusdem materiæ, de quibus habetur in dicto. §. cum ex aliena materia post finem. cum aliis concordantibus, & in dicta l. si quis uinum, & poterit esse aliud exemplũ quando plures docto. diuersorum collegiorum uniuntur, & efficiatur unum collegium, uel duo collegia clericorum uniantur & faciant unum, nam si eueniat quod sit unum collegium clericorum & aliud monachorum quod uniretur efficeretur noua species, & contineretur sub præcedenti. & attenderetur an aliqua pars præualeret, & in istis quinque spetiebus hoc unum concurrit, quod alterantur simplicia & inducitur noua res, licet aliquando plus & aliquando minus.

36 Sexta est species† mixti substantialis, quando plura simplicia simul uniuntur sed nulla fit alteratio in eis, exemplum est in mixtura rerum nõ liquidæ materiæ quæ appellatur proprie mixtura, ut si sunt duo frumenta duorum dominorũ quæ commiscentur, uel frumentum unius cum faba alterius, uel millium cum frumento, uel sint plures homines unius ciuitatis qui coniungantur, uel plures milites de diuersis exercitibus, uel plures doctores diuersorum collegiorum, in quibus omnibus casibus simplicia ipsa uniuntur, sed tamen non faciunt alterationem aliquam, taliter quod remanent tantummodo simplicia multiplicata seu coniuncta.

37 Septima est species † mixti substantialis, quando plura simplicia uniũtur per dispositionem hominis, quæ inter se non alterantur, tamen ex mixtura superueniente inducitur alteratio in dispositione, & de hac spetie est tex. in l. si ita scriptum. digest. de liber. & postumis. & in l. si ita scriptum. & l. clemens, digestis de hæredibus instituendis. super qua spetie Bartol. fundauit totam decisionem suam, & non considerauit quod est propria species ualde separata a naturalibus mixtis.

38 Octaua est species, † quando plura simplicia simul uniuntur ex dispositione hominis, & nulla in eis inducitur alteratio, & neque etiam reperiatur alteratio in dispositione. & de hac spetie exemplum ponitur in. l. si ita facta. digest. de iniust. rupt. & irrit. testam. & in l. is qui in puteum. §. interdictum. digestis quod ui aut clam. & ista species differt a præcedenti in hoc solo, quia ibi inducitur alteratio in dispositione cum uariantur partes institutionum. in hac uero spetie nulla inducitur uariatio in dispositione, cum in simplicibus & mixto eadem sit determinatio, & cum doctores suam theoricam fundẽt in istis, apparet quod nimis ad particularia reducunt totam materiam.

39 Secundum† est principale genus mixtorum, quãdo plura simplicia uniuntur, quæ tamen non se tãgunt neque alterant in substantia, sed remanent coniuncta, quia continentur in aliquo, uel in aliquo nomine.

40 Prima† species est, quãdo plures res coniungũtur, quia continentur sub una uniuersitate faciente corpus, exẽplum est in pluribus rebus cõtẽtis in hæreditate dote uel peculio, & aliud est etiã in grege, tenẽdo opinionẽ quod cõstituatur corpus

pus uniuersale, iuxta l. j. §. fi. & l. grege. ff. de rei uẽdicatio. & idem potest dici de populo tenendo eandem opinionem.

41 Secunda † est speties, qñ plures res continentur tanquam subiectũ sub uno genere prædicabili, de quo habet in l. si quid earũ. §. inter ẽptũ. ff. de leg. 3. & l. Mæuio. §. duorũ. ff. de leg. ij. & differt a præcedẽti. qa inest in spetiebus, & uniuersitas nõ inest.

42 Tertia † est speties, qñ plures res uniuntur sub uno generali nomine nõ cõstituente corpus separatũ, sed tñ quia continentur sub illa appellatione unita dicuntur, exẽplũ est in l. si chorus. de leg. tertio & in quadrigis & lecticariis & aliis similibus, & in pluribus agnatis uel cognatis, & etiã in l. licet. C. de iudi. ut in negotiis, gestis, & simili. q̃ tres speties ualde inter se differũt, & quod uarios effectus producant plene declaraui in l. edita. Co. de edendo ponendo differrentiã inter iudicium generale & uniuersale, & in Rub. in fin. quæstione. sup. solut. matrimo.

43 Quarta † speties est, qñ plures res uniũtur ex eo quia sub una cõceptione cõtinentur, uel ab ea dependent, tamen non alterãtur inter se, exẽplũ est in l. si seruus. ff. de cõditio. & demõstratio. & in l. liber homo. §. fi. & in l. scire debemus inf. eod. nã in omnibus istis casibus ex una conceptione stipulationis nascuntur uariæ obligationes habẽtes suas separatas naturas. & dicuntur simplicia uera, quæ tñ solũ uniuntur, qm̃ ab uno facto descendunt, & possunt esse ista simplicia eiusdẽ naturæ, ut si plures homines promittantur, uel plures res aliæ, ut homo & pecunia habentes tamẽ eundẽ modũ obligandi, uel plures res diuersę. ut dare & facere, habentes diuersum modũ obligandi, tales enim res uniuntur propter hoc quod dependent & continentur sub uno facto uel una conceptione uerborũ, & de ista spetie loquitur tex. noster hic, & põt intelligi tex. in. §. omniũ. cõiuncto. §. quædã. insti. de actio. unde apparet quod regula tex. nostri q̃ tam latã constituũt docto. fundatur in hac spetie simplici quæ ualde differt ab omninus præcedentibus utriusque generis.

44 Tertiũ est † genus mixtorum, quod appellatur mixtum de qualitatibus, qñ unum subiectũ tantum interuenit, sed sunt plures qualitates quæ in eodem subiecto cõcurrunt quæ qualitates aliquãdo possunt esse contrariæ, seu habere cõtrarios effectus uel incompatibiles, aliquando possunt habere effectus compatibiles, aliquando possunt esse separabiles, aliquando inseparabiles.

45 Prima † speties est, quando plures qualitates separabiles in eodẽ subiecto cõcurrũt, ut quia unus est doctor & miles, uel unus est doctor & baro, uel unus est de collegio iuris ciuilis & de collegio iuris canonici, uel unus est pupillus & est etiam furiosus. l. & habet. ff. de tutelis. uel unus est surdus & pupillus, nam omnes istæ qualitates possunt esse sine alteratione, & sunt cõpatibiles & separabiles.

46 Secundum † genus est, ubicunque plures qualitates habentes effectus incompatibiles uniuntur. ut si sit statutum quod doctor non sit exẽptus uel non possit portare arma, & miles sit exemptus & possit portare arma, si quis sit doctor & miles habet qualitates incompatibiles, unde tunc opportet considerare an una præualeat uel potius sint æquales, & de hoc simplici habetur in l. j. §. interdictorum. ff. de interdictis. & in. §. quædam. insti. de actionibus. secundum uarios intellectus. & in l. in tribus. ff. de iudiciis. cũ similibus. quæ in practica reperire poteris, & posses etiam enumerare tex. in l. seruis urbanis. §. fi. & uariando illas qualitates, nam qualitates ibi allegatæ sunt compatibiles. & in l. Titiæ textores. §. j. de leg. primo. licet non bene declaratæ, ut infra suo loco dicetur, unde tunc continerentur in præcedenti spetie.

47 Tertia † est speties, quando plures qualitates inseparabiles coniunguntur in eodem subiecto, exemplum est in l. uim passam. §. præscriptione. & in l. si adulterium cum incestu. ff. de adult. nam unum delictum potest habere qualitatem adulterii, & qualitatem incestus & sacrilegii, si fiat concubitus cum uxore alterius quæ sit consanguinea & habitet in monasterio, uel sit cõsanguinea & monialis, nam istæ sunt qualitates inseparabiles habentes uarias pœnas, non se tamen alterantes, de qua spetie multa dicunt docto. post Bart. eam nimis extendendo ut inf. uidebimus.

48 Quæ omnes † speties recipiunt uarias determinationes in proposito materiæ nostræ propter uarias earum qualitates, unde opus est earum cognitionem habere, ut patebit infra in quæstionibus occurrentibus. Aliam magistralem diuisionem. quod quædam sunt ex penitus alteratis in substantiaut primæ quinque. quædam ex simplicibus nõ alteratis in substantia, ut aliæ decem, quædam ex simplicibus non alteratis in substantia, sed alteratis in dispositione illas inducũt, ut. l. si ita scriptũ. ff. de liber. & posthum. &. l. quid ergo. §. quod ait præto. r. de iis qui not. inf. & l. seruis urbanis. §. fin. de leg. 3. super quibus omnibus generibus & spetiebus uidebimus.

49 Circa tertium † utrum mixtum contineatur sub simplicibus de proprietate uerborum a quo depẽdet generalis resolutio in tota materia & cognoscuntur principia a quibus debet sumi cognitio an & quando sub simplicibus comprendatur mixtum, considerandum est, quod aliquando tractatur utrum sub omnibus simplicibus enumeratis contineatur mixtum, an uero sub uno simplici tantum contineatur mixtum.

50 In prima parte † distinguendum est, aut mixtũ est confectũ ex simplicibus alteratis, quod contingit in quinque spetiebus relatis in primo genere in quibus per mixtionẽ semper creatur noua res distincta a simplicibus, licet in aliquibus sit maior alteratio q̃ in aliis, tñ in ꝓposito æquiparãt, & de illis quinq; spetiebus sicda est regula negatiua, ꝙ sub simplicibus non cõtinetur mixtũ de ꝓprietate sermonis, & ratio est apparẽs, qa ipsa simplicia ꝑ alterationẽ desinunt esse principia, & transeũt in nouam rem differrentem a simplicibus, & constituitur noua speties uel propria uel impropria, unde sequitur quod sub nomine simplicium non potest contineri mixtum, cum habeat ultra

ſubſtantiam, & nouum nomen, & diſpoſitio loquens de ſimplicibus non poteſt continere illud mixtum, ſicut nec loquens de fundo poteſt continere domum uel aliam rem, quoniam nomina denotant intentionem loquentis, & ſunt introducta tanquam notæ animi noſtri, lege Labeo, in fin. de ſuppellectili legata. & omnia ſunt introducta ad diſtinguẽdas res. §. ſi quis in nomine. inſti. de leg. & l. ad recognoſcendas. C. de ingen. manumiſſ. unde cum nomen expreſſum ſignificet ſimplicia non poteſt uerificari in mixto habente aliam ſubſtantiam & aliud nomen l. cum lege. ubi Aretinus de teſtam. & ideo dicitur in l. ſi quis teſtamento. ff. de leg. primo. dixit decem non autem dena. unde concluſio remanet generalis & firma, quod tale mixtum de proprietate ſermonis non continebitur ſub ſimplicibus. & probatur in l. ſi quis ſeruum de tritico oleo & uino legato. in uerbo proprie, & ibi, emptum nec comum nec ceruiſia nec Idromelle. & l. eum qui edes. de uſucapionib. ubi qui poſſidet edes non poſſidet ſimplicia, quia differunt & ſunt res diuerſæ, & facit tex. in l. ſecunda. ff. de leg. primo. cum ſimilibus concord. fallit tamen ubicunque illud mixtum præualet in uno ſimplici. quia tunc reputatur illud ſimplex non habito reſpectu ad illam mixturam dicta lege cum quæritur. de ſtatu hominum. & lege. repetundarum. §. primo. ff. de teſtibus. & l. ſed & ſi quæſitum. §. j. ff. de lib. & poſthum. & erit bonum exemplum de uino aquato quod ſub nomine uini continebitur. dicta l. ſi quis uinum.

51 Si uero † mixtum eſt confectum ex ſimplicibus non alteratis, & tunc regula contraria fienda eſt, quod de proprietate ſermonis continebitur ſub ſimplicibus, per tex. in l. ſi ita facta, ff. de lib. & poſthum. & in l. is qui in puteum, §. interdictum. ff. quod ui aut clam, & eſt ratio, quia ſi nulla cadit alteratio remanent ſimplicia in ſua natura, & ſunt eadem ſicut ſunt & ſeparata, ut potius appellentur ſimplicia multiplicata ſeu coniuncta quam mixta & propterea ueniunt de proprietate ſermonis appellatione ſimplicium, quia idem nomen ea æqualiter determinat. & facit lex ſi ſponſus. §. ſi maritus de donatio. inter uirum & uxorem & lex Pomponius ſcribit ſi frumentum. §. ſi fundum. digeſt. de rei uendicatione. in ſui ratione. & a fortiori, quoniã uere ibi ſimplicia ſunt alterata, & effecta res ſeparatæ a prima materia licet poſſint reduci.

52 Fallit tamen † quando dicta ſimplicia ponuntur in diſpoſitione quæ propter mixturam alterãtur, quia tũc de proprietate ſermonis nõ continetur ſed ex benignitate tantum, ut inquit tex. in dicta l. ſi ita ſcriptum. de lib. & poſthum. & l. ſi ita ſcriptum. & l. clemens. de hæredib. inſti. & probatur etiam in l. ſeruis urbanis. §. ſi alii. ff. de leg. tertio. & l. Titię textores. digeſt. de leg. primo. ubi poteſt dici quod propter alterationem diſpoſitionis communicantur, quamuis magis conueniant tertio generi, ut ibi dicemus.

53 Sinautem † ſumorum in ſecundo genere mixtu quando ipſa continentur ſub uno continente, quaſi non ſe tangant, ſed tantummodo contineantur, & propter hoc dicantur mixta, nã tunc mixtũ de proprietate ſermonis continetur ſub ſimplicibus, quia cũ ſe nõ tangãt, & ſolũ uniantur propter uirtutem continentis, remanent uera ſimplicia, & ideo de proprietate ſermonis continentur ſub illis, & probatur in terminis in l. noſtra, ubi ſub ſimplicibus continetur mixtũ de proprietate ſermonis ſecundũ uerum intellectũ, & idẽ probatur in. §. omnium. iuncto. §. quędam. inſti. de actionibus. & l. prima. §. interdictorum. ff. de interdictis. in quibus illa mixtura non facit nouam rem ſed tantummodo nouos modos agẽdi introducit, ut uerẽ ſint remedia ſicut ſunt illa ſimplicia, Fallit tamen, quãdo propter talẽ mixturam diſpoſitio uariaretur, quia tunc de proprietate ſermonis non continere tur, & ſolum ueniret ex benignitate arg. dictæ l. ſi ita ſcriptũ. ff. de lib. & poſthum. quę etiam poteſt procedere in hoc genere.

54 Sinautem † eſt tertium genus mixtorũ de qualitatibus diuerſis concurrentibus in eodẽ ſubiecto, & tunc ſi ſunt qualitates cõpatibiles inter ſe, de proprietate ſermonis continebitur mixtũ, ut eſt tex. in d. l. ſeruis urbanis. §. fi. ſup. de leg. tertio. & l. Titiæ textores. ff. de leg. j. ubi teſtator legauit uernas uni & alteri curſores, ſub iſto legato ſimpliciũ uidentur eſſe legati etiã ſerui habentes duplicem qualitatẽ, quod ſint uernæ & curſores, & ſi non uenirent de proprietate non deberentur legatariis ſed remanerent penes hæredem, tanquam eſſet res diuerſa non nominata. ſed quia ille qualitates nõ alterantur remanent eędem cum ſimplicibus & continentur in legato. ſed tamen quia eſt unicum corpus in illis qualitatibus, & non ſunt corpora diuerſa, tunc non poſſunt ipſi ſerui ſeparatim unicuique deberi, & eſt neceſſariũ quod uel uni tantũ applicentur, quia generi per ſpetiem derogatur, uel quod communicentur, ſed hæc diuerſitas non impedit quin mixta contineantur ſub ſimplicibus & ſolum poſſet dici cum inducatur quędam diuerſitas in diſpoſitione quod impediatur proprietas continentiæ, & ſolum ueniant ex benignitate ut ſup. dixi, tamẽ quia illa diuerſitas cauſatur, quia eſt unicũ ſubiectũ, tamẽ quantũ ad ipſas qualitates quæ nõ ſunt alteratę remanebit proprietas, ut ſub ſimplicibus de proprietate uocabuli cõtineãtur. ſed ſi eueniat quod dictas qualitates in eodẽ ſubiecto cõcurrẽtes ſint cõtrariæ, & tũc illud mixtũ non poterit cõtineri de proprietate ſermonis, quia ſaltẽ in diſpoſitione uidenẽ ſe alterare, tamẽ ſi pręualeret una, tũc poſſet dici quod de proprietate contineretẽ illa qualitas præualẽs, ut probaẽ in l. & habet ff. de tutel. ubi in eod. cõcurrit qualitas pupillaris & quod ſit furioſus, tñ de proprietate cõtineẽ ſub diſpoſitione, quod pupillis debeãt dari tutores, & nõ impedit propter furorẽ, ut debeãt dari curatores, & ratione alterius legis cõtineaẽ ſub datione curatoris, uel quod eximatur illud mixtum ab utraque lege.

55 Sed ſi eueniat † quod qualitates plures inſeparabiles interueniãt, & tũc an cõtineaẽ de proprietate ſermonis eſt dubiũ. cũ tex. in l. uim paſsã. §. præſcriptione. ff. de tutelis. uideaẽ probare quod nõ continetẽ. tñ in cõtrariũ facit, quia adulteriũ iũctũ cũ inceſtu eſt

idem

idem sicut si esset solum, & incestus similiter uel sacrilegium, ideo cum sint naturæ ipsorũ simplicium de proprietate sermonis debent contineri.& hæc pars uerior est. nec obstat dictus. §. præscriptione. quia ibi non includitur propter rationem legis,&intentionem disponentis, qui non est credibile quod uoluerit dispensationes datas in simplicibus habere locũ in mixto, in quo augetur delinquentis pœna, sed si euenisset quod una lex puniret adulterium pœna mortis,& alia incestũ, si esset adulterium cum incestu puniretur illa pœna, quoniam uere essent illa simplicia, & ratio disponentis non impediretur.

Et ideo in istis mixtis multum considerari debet an per mixturam augeatur ratio disponentis & tunc continebuntur de proprietate sermonis & a fortiori. sed si diminuatur ratio dispositionis, tunc licet de proprietate sermonis contineantur, tamen fiet restrictio propter cessationem rationis, sicut alia restrictio in uerbis datur in alia materia secundum theoricam positam per doct. in l. omnes populi.in 6.quæstio.princi. in materia restrictionis.ff.de iusti.& iur.&summa est (omnibus coniunctis) quod quando per mixturam inducitur alteratio simpliciũ notabilis&tũc de proprietate sermonis non continebitur mixtũ, nisi præualeat una pars, ut in primis quinq; spetiebus. Si uero non inducitur alteratio in substantia simpliciũ tunc de proprietate sermonis continetur sub simplicibus, quod contingit in quatuor spetiebus primi generis,&in omnibus secũdi generis,&in aliis tribus tertii generis. Fallit aũt, quia simplicia sũt eadem non obstante mixtura. Fallit ubicũq; inducitur diuersitas in dispositione, quia tũc ex mente disponentis aliter consideratur mixtũ, unde ex benignitate potest contineri, licet non semper. d.le. si ita scriptũ. Fallit etiam quando diminuitur ratio disponentis, quia ex eius mente apparet quod noluit contineri in uerbis, ut saltem hoc eueniat ex materia restrictionis ut dixi. unde apparet ꝙ propter plures speties mixtorum in quibus ipsa continentur sub simplicibus de proprietate sermonis, quod latior est regula affirmatiua quam negatiua.

56 Secundo in eadem † dubitatione contingit sæpissime, quod in dispositione fiat mentio de uno simplici tantum,& dubitatur an contineatur mixtum de proprietate sermonis, & tunc si est mixtũ ex partibus alteratis, sine dubio non cõtinebitur, quia maior diuersitas est, & magis distat ab uno simplici.& probatur in dicta l. si quis uinum. ubi plærunque testator illud tantummodo simplex de uino legare dicitur, ideo ista omnimodo non continebũtur etiam in fauorabilib. Si uero est mixtũ ex partibus non alteratis, quod sæpius contingit, ut supra dictum fuit,& tũc si tu uis sub dispositione unius simplicis contineri totũ mixtũ, tũc fienda est etiam regula negatiua, quod sub simplicibus non continetur mixtũ, quoniam licet habeat uera simplicia, tamen totũ mixtum est res diuersa ab uno simplici,&ideo in eius nomine nõ põt cõtineri de proprietate sermonis etiam in fauorabilibus.l.hoc legatũ.ff.de leg.3.&cap.licet canon. iuncto cap. statutũ.de electione.in 6.Fallit tamen si illud mixtũ præualeret in illo simplici, quia tũc reputaretur tanquam illud simplex. ut in casu legis & habet. cum similibus.ff. de tutel.

57 Si uero † quæritur an contineatur mixtũ in una parte tantũ conueniente illi simplici nominato, & tunc regula fienda est quod sic, quia cum remaneat illud simplex de proprietate sermonis continebitur, arg.tex.in §.si uero ante.§. illud.in authe. de non eligendo secundo nubentes mulieres. ubi si in donatione continentur res mobiles & immobiles, tunc mixtũ regulatur a suis simplicibus,&si fieret mentio de rebus mobilibus in dispositione ille tantum regularentur a suo simplici,& aliæ remanerent in dispositione iuris communis. Fallit tamen quando per mixturam induceretur diminutio rationis, quia tunc non contineretur etiam illud simplex ex mente disponentis, saltem uirtute restrictionis. sicut e contrario si per mixturam augeretur ratio dispositionis, tũc totũ mixtũ sub uno simplici contineretur ex intentione, sed tunc magis per extensionẽ quã de ꝓprietate sermonis.

58 Ex quibus † omnibus habes apertũ aditũ ad resolutionem generalem, an sub simplicibus contineatur mixtũ,& apparet quia principia doctorũ ut consideretur dispositio an sit fauorabilis, uel odiosa, nõ sunt generalia, sed solũ ꝓcedũt in mixtis confectis ex simplicibus alteratis, & si nos tractaremus tantummodo de proprietate sermonis, non esset opus ulterius procedere. ueruntamẽ quia in omnibus dispositionibus magis consideramus mẽtem quam proprietatem uocabuli, quia uerba deseruiunt intentioni non intentio uerbis.cap.intelligentia de uerborum significatione & l.si uno.ff.loca. Ideo opportet generalius uidere quando mixta contineantur sub simplicibus non tantũ attenta proprietate, sed etiam attenta extensione uel fauore dispositionis, & alia ratione inducente ad comprehensionem pluriũ rerũ.

59 Et qm̃ † alio modo fit interpretatio uerborũ in legib. alio modo in statutis alio mõ ĩ rescriptis uel beneficiis, & alio mõ in testamẽtis uel aliis dispositionibus, ideo pro pleniori resolutione quatuor principales separatæ quæstiones discutiendæ sunt cum separatis illationibus ex eis prouenientibus.

60 Prima † igitur est quæstio, quarta tamen in ordine præcedentiũ, utrum in dispositione legali sub simplicibus contineatur mixtum, in qua doctores uidentur retinere eorum principia, an sit dispositio fauorabilis uel odiosa,& constituunt regulam generalem negatiuam, quod in odiosis non continetur mixtum, sed tu seruare debes ordinem prædictum,& ideo etiam distinguendum est, an fiat mentio de duabus simplicibus, uel de uno simplici tantũ, in primo casu distinguendum est etiam, an mixta sint confecta ex partibus alteratis uel ex simplicibus non alteratis.

61 In primo casu † constituenda est regula negatiua conueniens præcedenti, quod si lex faciat mentionem de duobus simplicibus non continebitur mixtum ex partibus alteratis.d.l.adeo.§.cũ quis.

de acq.rer.do.per illã rationem quia est noua res & nouo nomine nuncupatur, ideo non potest contineri.l.non codicillum.C.de codicillis.cum aliis supra allegatis, quia & in legibus per expresionẽ hominum demonstratur intentio disponentis, fallit autem ubicunque mixtum præualeret in una parte, quia tunc contineretur dict.l. repetundarũ. §.hærmafroditus.ff.de testibus.& l.sed & si quæsitum.§.fi.ff.de lib.& posth. cum similib.

62 Secundo fallit† quando ex communi usu loquẽdi illud mixtum reputaretur tanquam unum simplex, nam tunc crederentur statuentes illud uoluisse continere.arg.l.librorũ.§. quod tamen Casśius. ff.de leg.3.& l.uel uniuersorum.ff.de pigno.actio. & l.si quis uinum.ff.de uino triti.& oleo lega. ubi hoc in communi usu testatoris seruatur, & quamuis non interueniat proprietas uocabuli tamẽ sufficit ex mente disponentis contineri. Tertio fallit quando militaret eadem ratio præsumpta, & essemus in fauorabilibus, tunc ex mente disponentis fieret extensio cum quasi illa simplicia uideatur mixtum, & fauorabilis dispositio faciliter extenditur ut habetur in dicta l.omnes populi.in sexta quæstione principali, & si esset materia odiosa tũc non extenderetur.per l.si uero.§.de uiro.ff.sol.matrimo.nisi identitas rationis ex coniectura urgenti appareret, quia tunc fieret extensio, ut no. in d. §.de uiro.& in dicta l.omnes populi.in 6. quæstione principali.& exempla multa dabuntur infra in discursu.

Quarto limitatur non procedere quando per mixturam augeretur ratio dispositionis, quia tũc a maioritate rationis contineretur mixtum, ut si propter illam mixturam si interogati fuissent legislatores facilius ita disposuissent & exempla infra etiam apparebunt.

63 Si uero† sunt mixta ex simplicibus non alteratis confecta, & tunc regula constituitur contraria affirmatiua quod sub simplicibus continetur mixtum, quoniam remanent eadem simplicia, & sub eorum nomine continentur.dicta l.si ita facta. de iniust,rup.& irri. testam.& l.is qui in puteum. §. interdictũ.ff.quod ui aut clam.& l.seruis urbanis. §.si alij.ff.de lega.3.& l.Titiæ textores,ff.de legat. primo.coniuncta l.non aliter.ff.de leg.3.& l. 2.§. amplius.coniuncta l,spadonem.§. qui accepit. ff. de excus.tut.& l.quid ergo.§.quod ait prætor. ff. de iis qui no.infam.ubi continetur, & tamen uerba non plene conueniebant, cum illa dicerent de binis sponsalibus, & binis matrimoniis, & in mixto erit unum sponsale tantum, & unum matrimonium, & est de mente Alciati hic num.23.qui prædicta allegat, licet non plene reuoluat. Quæ regula fortius procedit si mixtum præualeret in uno simplici, quia de proprietate sermonis contineretur, item fortius procederet quando ex communi usu loquendi in uno simplici præualeret, item & tertio fortius procederet quando militaret eadẽ ratio. Item & quarto quando augeretur ratio per mixturam, & sic limitationes regulæ præcedentis faciunt ampliationem ad istam regulam.

64 Fallit tamen† quando per mixturam diminueretur ratio dispositionis, quiã tunc non continere tur tam in odiosis quam in fauorabilibus, saltem uirtute restrictionis, dicta l.uim passam.§. præscriptione, infra de adulter.secundum uerum intellectum, & omnia quæ dicta sunt in hoc secundo casu habent locum etiam in secundo genere mixtorũ, in quibus omnes speties conficiuntur de mixto ex simplicibus non alteratis, unde eadem regula constituenda est affirmatiua, & ampliationes dandæ cum sua fallentia, & idem dicendum est de tertio genere mixtorum, quando qualitates plures concurrunt in eodem subiecto quæ se non alterãt, quod plærunque contingit, nam tunc sub simplicibus continebitur regulariter mixtum, quoniã remanent simplicia eadem, & amlpiari debet hæc regula illis quatuor modis & limitari, quia eadem ratio militat.

65 Sed si contingat† quod sint qualitates inuicem contrariæ producentes contrarios effectus, & tunc non posset mixtum contineri sub simplicibus, ne implicaret contradictionem, sed opporteret, ꝙ attenderetur an una qualitas præualeret & illa cõtineretur sub suo simplici.dicta l.& habet.ff.de tutel.& idem si præualeret ex communi usu loquendi, sed si nõ præualeret, tunc contineretur unaquęque pars sub suo simplici, & esset opus quod subiectum habens illas qualitates secundum eas se gereret, ut si esset doctor & miles, & qualitas doctoris teneretur ad munera miles uero esset exẽptus, nam si se regeret tanquã doctor contineretur illa qualitas de illo simplici & non alia, & si se gereret tanquam miles, tũc comprehenderetur in alia qualitate, quasi illam solam haberet, sicut late dixi in l.cum quid, ff.si cer. pe. in materia prælationis, per le. a collatione. de appellationibus.in 6. cum suis similib.

66 Sed si eueniret † quod in lege fieret mentio de uno simplici tantum, & quæratur an totum mixtũ contineatur, & tunc si quidem mixtum est confectum ex simplicibus alteratis, regula est negatiua, quod non continetur, quia ex duplici causa est diuersa res, primo propter duplicia alterata quæ faciunt diuersam rem, secundo propter duplicitatẽ, quoniam mixtum continet duplex simplex & differt ab uno simplici tantum, Fallit tamen quando mixtum præualeret in uno simplici tantum, & de ea diceretur, ut in hærmafrodito.argumento di.l. repetundarum. §. fina.de testibus. sed si præualeret in alio simplici non nominato, tunc fortius nõ contineretur.

67 Secundo limitatur† quando ex communi usu loquendi haberetur pro simplici, ut in le. si quis uinum, infra de triti.uino & oleo legato.& arg.d. l. librorum.§.quod tamen Casśius. Tertio limitatur quando militaret eadem ratio, quia tunc fieret extensio.per l.si quis decurio.C.de falsis. quæ habet locum in doctore & milite, quia illa secunda qualitas auget dignitatem & causam prohibitionis. Item & quarto limitatur quando propter mixturã augetur ratio dispositionis, quia tunc a fortiori continetur, ut per Bal.in dicta l.si quis decurio. C.de falsis, & Anchar.in cap.primo.de constitu.in

ultima

ultima quæstione,ubi addit aliam similem, ut ibi per eum,& in istis tribus differt dispositio legis a præcedenti quæstione,quoniam in ea agitur tantummodo an contineatur de proprietate uerborum,in istis uero tribus casibus continetur per extensionem ex mente disponentis, quæ facit casus diuersos comprehendi.iux.no.in dicta. le. omnes populi.in materia extensionis,ff.de iusti. & iur.

68 Sinautem eueniat† quod sit mixtum ex simplicibus non alteratis,& quæratur an sub uno simplici nominato contineatur totum mixtum, & tunc similiter regula est negatiua, quod non continetur, quoniam semper mixtũ dicitur esse plus quã sit unum simplex,& propterea semper est diuersa res.quamuis in eo contineantur duo simplicia non alterata, cum semper duo differant ab uno, & faciant diuersam rem.l.ubi numerus, ff.de testibus.& de proprietate sermonis numerus pluralis non continetur in singulari.Fallit tamen quando mixtum præualeret in uno tantum, & fieret mentio de illo simplici tantum, quia tunc contineretur.lege & habet.ff.de tutelis.Fallit etiam in aliis tribus casibus supra positis, quia tunc per extensionem continetur, & nihil impedit dispositionẽ continere res penitus diuersas ex intentione disponentis per extensionem.dicta l.si uero.§. de uiro.cum materia.ff.soluto matrimo.& in hoc quoque differt lex a præcedenti quæstione. Sinautem eueniat quod mixto existente ex partibus non alteratis fiat mentio de uno simplici tantum,&quæratur an illud simplex tantum contineatur &non totum mixtũ,& tunc de ꝓprietate sermonis continebitur ex eo quia uere est illud simplex, & sub illius nomine continetur,argume.dicti. §. si uero. in auth.de non eligen.secund.nub. & etiam potest probari in dicta le. & habet. de tutel. in dispositione in qua non agitur de furore.

Ex qua theorica potest inferri ad decisionẽ multarum quæstionum super unaquaque spetie cuiuscunque generis mixtorum. quarum aliquas referunt hic doct. sub certis conclusionibus accidentalibus ab eis consideratis,& tamen possunt reduci ad istam theoricam, demonstrando conclusiones suas accidentales,quomodo per dictam theoricam debeant declarari, sed ne bis fiat repetitio referam tãtummodo subsequentes dubitationes de statutis,& erunt ultra triginta.

69 Secunda est†principalis dubitatio quæ est quinta in ordine, utrum in statutis sub simplicibus cõtineatur mixtum, in qua doctores uidentur constituere generalem regulam,quod sub simplicibus non contineatur mixtum, quoniam statuta plærũque sunt correctoria & odiosa,& restringenda,limitando postea eam per quasdam conclusiones accidentales quas separatim examinant. sed tu debes perseuerare in eisdẽ principiis suprapositis,& ideo hæc quæstio in plærisque concordat cum præcedenti, maxime quatenus interuenit proprietas uerborum,& etiam conuenit in extensionibus.

70 Sed differentia†erit, quoniam in legibus facilior fit extensio quæ habent intentionem comprehendi omnes casus,ut no.in l.si pluribus.ff.de lega. secũdo. Statuta uero non ita faciliter extendũtur,quoniam tendunt ad casus particulares,&quãuis omnes casus non contineantur,dispositio non redditur imperfecta, ex eo quia sufficit quod casus ommissi remaneant in dispositione iuris cõmunis.l.si cum dotem.in fin.ff. solu. matrimonio. cum materia. & l. præcipimus. in fine. C. de appellationibus.

71 Si igitur quæramus † an in statutis contineatur casus mixtus,& tunc si mixtum est ex simplicibus alteratis, regula est negatiua quod non continetur,ex eo quia est res diuersa ab eis propter alterationem.dicta l.adeo.§.cum quis.cum similibus.& uerba exprimuntur ut demonstrent intentionem loquentis.dicta l.Labeo.in fi.de suppelle.lega.Fallit ubicunque illud mixtum præualet in uno simplici tantum,quia tunc continebitur in illo dicta l.cum quæritur de statu. hominum. & dicta le.repetundarum.§.primo.de testibus.& procedit etiã in statutis,quoniam de proprietate sermonis continetur,ut supra dixi,& facit tex.in le.cum autem. §.j.ff.de usu aleæ & aleatorib.

72 Secundo†limitatur non procedere quando ex communi usu loquendi illud mixtum contineretur sub simplicibus,nam tunc etiam in statuto cõprehenderetur.argum.l. si quis uinum.de uino tritico,&c.& dicta l.uel uniuersorum.ff. de pignora. actione.nam licet de proprietate sermonis nõ cõtineatur,tamen ex mente disponentis potest contineri,&in statutis multum attenditur communis usus loquendi,secundum distinctionem tamen,an ille sit communis usus idiotarum,uel peritorum, & an sit statutum factum lingua uernacula uel latinis uerbis, secundum quod declaratur per docto.in d.l.omnes populi.in 6.quæstione.in materia extensionis.de iusti.& iur.

Tertio limitatur non procedere quando militaret eadem ratio,quoniam tunc fit extensio etiã ad rem diuersam. dicta. lege. si uero. §. de uiro. cum materia. cum distinctione tamen, an statutum sit fauorabile uel odiosum, quia si est fauorabile poterit fieri extensio ex ratione probabili,& communiter recepta etiam quod non sit scripta.sed si sunt statuta odiosa,non poterit fieri extensio nisi ratio sit scripta,& militet eadem ratio in mixto, quoniã strictius in ipsis proceditur per illam rationem,quia quod non mutatur non prohibetur stare,dicta l. præcipimus. de appellationibus.& casus ommissus remanet in dispositione iuris communis.dicta l.si cum dotem,& quando ratio est assignata perinde est acsi illud mixtũ esset expressum,quoniam ratio legis est anima legis, ut per Abbat. in cap. ratio nulla.de præben.

* Et licet multi sint qui contradicant, qui uidentur facere unam communem* opinionem, quod in pœnalibus & odiosis etiam ex identitate rationis in statutis non fiat extensio, tamen probabilior est opinio,quod imo fiat extensio, quæ magis communis est docto.in consulendo,& ego in di.l. omnes populi.adduxi ultra.50.authoritates probantes, quod in quibuscunque dispositionibus ex identitate rationis fit extensio quando ratio

est assignata,& plærunque etiam quando nisi unica assignari potest,ut ibi;& in effectu in istis duabus limitationibus tunc comprehenditur casus mixtus in statutis quando permissa est extensio in eis, cum de proprietate uerborum non possit contineri.

Quarto limitatur non procedere dicta regula quando propter mixturam augeretur ratio dispositionis,nam tunc licet mixtum sit diuersa res, tamen per extensionem comprehenderetur, cũ non tantum militaret eadem ratio, sed etiam fortior ratio,ut si statutum puniret adulteriũ pœna mortis,& etiam incestum pœna mortis, quoniam nimis solent frequentari,& procurandum est ne talia delicta fiant,nam tunc si unus cõmisisset adulterium,& incestum simul, comprehenderetur in dicto statuto,quia augeretur ratio statuti uolẽtis euitari dicta crimina, & maius odium in dicto mixto uiget,& maior commoditas propter faciliorem conuersationem,ideo in dicto statuto extensio fieret ad casum mixtum, quamuis sit correctorium & pœnale propter augumentũ rationis.

73 Sinautẽ† reperiatur mixtum confectum ex simplicibus non alteratis,& tunc regula contraria est fienda, quod sub simplicibus continetur mixtũ in statutis fauorabilibus,odiosis,correctoriis, & pœnalibus.per tex.in l.si ita facta. de iniusto rup. & irri.testam, quoniam mixtum est idem cum suis simplicibus,& cum non sint alterata continentur de proprietate sermonis in eis.unde & etiam cõprehendetur in uerbis statuti, cum & statuentes per uerba denotent intentionem suam, quæ necessaria est,& attenditur in quibuscunque dispositionibus etiam pœnalibus & odiosis,etiam quod militet maior ratio in uno quam in alio. dicta l.j. §. cum autem.de aleator.& l.cum lege. ubi Areti.ff. de testam.

Quare regula fortius procedit quando esset mixtum præualens in uno simplici ex sua natura uel secundo quando præualeret ex communi usu loquendi,uel militaret eadem ratio, uel augeretur ratio dispositionis per mixturam. nam tunc fortius contineretur mixtum in statuto, quoniam si in dictis quatuor casibus quando mixtum est penitus diuersum a simplicibus continetur per extensionem, quanto fortius continebitur quando concurrit etiam proprietas uerborum, quæ sola sufficit ad comprehendendum, & apparet error doctorũ,qui crediderunt quod in odiosis sub simplicibus non continetur mixtum,cum imo generalior sit regula affirmatiua, quod in omnibus statutis continentur,cum ex quindecim spetiebus mixtorum quinque sunt tantum in quibus alterãtur simplicia & non continetur mixtum de proprietate sermonis,& in eis an fiat extensio distingui debet inter fauorabilia & odiosa,& non semper. Aliæ autem decem species accipiunt regulã affirmatiuam,ut comprehẽdatur mixtum de proprietate sermonis,non distinguendo an sint fauorabilia uel odiosa.

74 Fallit autem ubicunque† propter mixturam diminueretur ratio dispositionis,quoniam tunc ex intentione non comprehenderetur, cum si ratio disponendi diminuatur diminuitur & etiam intẽtio,quia ratio legis est anima legis.dicto cap. ratio nulla.de præben. Opportet tamen quod sit diminutio ualde fortis in ratione, quoniam si continetur de proprietate sermonis, ut non contineatur,opportet quod fiat restrictio quæ non ex debili diuersitate inducitur in statutis.per legẽ primam.§.cum autem.ff.de aleatoribus. unde considerandæ sunt illæ rationes restringendi quæ ponuntur per docto.in dicta l.omnes populi.in sexta quæstio.Bar.in materia restrictionis, & ponit Alcia.undecim modos restringendi in le. 2. ff. de uerborum significa.quos ego retuli in dicta l. omnes populi.aliqui tamen procedunt tantummodo in legibus,& statutis fauorabilibus, & in odiosis strictius proceditur,ut in dictis iuribus no.

75 Sinautem eueniat† quod in statutis fiat mentio de uno simplici tantum, & quæratur an casus mixtus contineatur,& tunc regula omnimodo procedit quod mixtum ex partibus alteratis non continetur,quia concurrit duplex diuersitas,& quia est noua res,& quia totum mixtum semper plus est, quam unum simplex,ideo non poterit contineri. Fallit tamen quando præualet naturaliter in uno simplici,quia tunc de proprietate sermonis continebitur in illo simplici nominato, cum habeatur ut illud simplex.dicta l.repetundarum. §. primo.de testibus.& l.sed & quæsitum,§.fi.de lib. & posthum.Secundo fallit quando illud mixtum reputatur pro uno simplici ex communi usu loquẽdi,quoniam tunc poterit fieri extensio cum præcedenti distinctione. Tertio fallit quando militat eadem ratio.Item & quarto quando augetur ratio,ut dictum fuit in præcedenti capite.Opportet tamen quod rationes fortiores adducantur in statutis odiosis & pœnalibus,quoniam(ut dixi)militant duæ necessitates separantes, ut non uideatur contineri.

Sinautem eueniat quod mixtum sit confectum ex partibus non alteratis,& tunc etiam regula negatiua tradenda est, quod dispositio loquens de uno simplici non comprehendit casum mixtum. cap.licet canon.& cap.statutum.de electione in 6. etiam in fauorabilibus. l.hoc legatum,ff,de leg.3. quoniam licet non sint partes alteratæ,tamen totum mixtum semper est diuersum ab uno simplici,cum sit duplicatum simplex,& sub uno,non cõtineantur de proprietate sermonis.l.ubi numerus de testibus.Fallit tamen quando mixtum præualeret in illo simplici.ut in leg.& habet. ff. de tutel. nam reputatur tanquam illud simplex. Fallit etiã in aliis tribus casibus supra positis si per extensionem trahi posset, quoniam etiam ad res diuersas potest fieri extensio distinguendo ut ibi.

76 Sinautem eueniat† quod quæratur an pars mixti contineatur sub uno simplici nominato,& alia pars non contineatur,& tunc regula constituitur, quod de proprietate sermonis continebitur, quoniam cum non sit alteratum illud simplex est idẽ cum aliis simplicibus nominatis,&quodlibet simplex per se iudicatur,ut est tex.cum glo.in clem. 1. de ele-

de electione.& facit tex.in dict.§.si uero.in auth. de no.eligend.secun.nubentes. Fallit quando ratione mixturæ diminueretur ratio dispositionis, quia tunc non contineretur ex intentione saltem per modum restrictionis,secundum declarationē supra traditam.

77 Ex quibus habes†theoricas magistrales & generales ad cognoscendum an sub simplicibus contineatur mixtum tam ex proprietate,quam ex extensione,quam restrictione,in qua theorica continentur omnes conclusiones uariis modis traditæ hic per Socci.& Alcia.sed cum ab eis accidentaliter ponantur non constituendo theoricam, omnes possunt negari,uel reduci tantum ad illos particulares casus,& ideo ut habeatur utilitas ex eis, atque etiam appareat utilitas theoricæ supra traditæ,reducenda est ad casus particulares, formando spetiales quęstiones super unaquaque spetie cuiuslibet generum mixtorum, ut apparere possit quanta sit differentia inter unam spetiem & aliā, & quomodo docto.in tota hac materia æquiuocauerunt allegando unum pro alio.

78 Primo igitur†infertur incipiendo a prima spetie mixti primi generis ad quæstionem tactā hic per docto.communiter,quod si statutum disponit ut mulier non possit contrahere sine consensu cōsanguineorum.prohibeatur etiam facere donationem causa mortis,quæ est casus mixtus confectus ex modo contrahendi inter uiuos, & disponendi in ultima uoluntate.iux.plene no.in l. 2. supra de lega.primo.Vnde dicitur mixtum ex partibus alteratis constituens tertiam spetiem separatam a contractibus, quia reuocari potest, & separatam ab ultimis uoluntatibus,quia eis æquiparatur. le. si.C.de donatio,caus.mor.& nullum simile est,idē l.si mercis.ff.de uerborum signific. In qua quæstione Roma.& Ferarienses.hic determināt quod nō prohibebitur mulier donare causa mortis,quoniam statutum loquitur in casu simplici,ideo non trahitur ad casum mixtum ex partibus alteratis. dicta l.Adeo.§.cum quis.de acquir.rer. domin.

79* Sed communiter*docto.† concludunt contrarium, quod imo prohibeatur donare etiam causa mortis,& quod iste casus mixtus contineatur, & consuluit Anchar.in consi.384.& alias.334.incipiente dubium facit mixtura donationis. & fundamentum eius est,quia licet uideatur casus mixtus,tamen præualet illa pars ut reputetur contractus,cum requiratur consensus utriusque & in modo ineundi æquiparetur contractibus.gloss.no.in l.2.in princ.ff.de dot. præleg. & cum interueniat stipulatio& traditio sicut in cæteris contractibus l.inter mortis.de donatio.caus.mor. Ideo continetur in limitatione de hærmaphrodito qui continetur sub simplici propter præualentiam, & confirmatur,quia statutum illud respicit solemnitatem in modo contrahendi,quæ solemnitas sola conuenire dicitur illi qualitati quod sit contractus inter uiuos, unde debet præualere.

Sed Soccin.hic determinat contrarium, quod imo non censebitur prohibita donatio causa mortis, quia ipsa est casus mixtus qui de proprietate sermonis non continetur.per dictum.§.cum quis. & regulam sæpius traditam.secundo, quia statutū est exorbitans,& stricte intelligendum.argum. dictę l.si uero.§.de uiro.solu.matri.Vnde non potest tractari de extensione.Tertio, quia dispositio in uno ex simplicibus nō extenditur ad casum mixtum etiam in fauorabilibus.l.hoc legatum. ff. de lega.3.& ad rationem Petri de Anchar. respōdet negando quod illa qualitas præualeat alteri,cum imo sint æquales qualitates, neque probetur de ista præualentia cum de hærmafrodito habeamus decisionem legis claram,docto.tamen in dicta le. 2.ut ibi per Iason. multa hinc inde adducunt ut articulus efficiatur dubitabilis ualde.

80 Tamen tu†resoluendo dicas,quod dicta donatio causa mortis secundum omnes est casus mixtus,quia conficitur ex solemnitate contractuum, & habet naturam ultimæ uolūtatis ab initio, etiā in tractatu,quia reuocari potest.leg.ubi ita donatur.de donatio.caus.mor.& non potest considerari quod contractus præualeat, quia tunc non desineret esse donatio si ageretur ut reuocaretur, quoniam ageretur secundum eius naturam, & tamen contrarium dicitur in dicta l.ubi ita donatur. ergo ratio reuocationis quæ trahit ad ultimam uoluntatem est ualde potens,&ab initio interuenit, quia ea sublata desinit esse ille casus mixtus,& efficitur uerus contractus inter uiuos.dicta l. ubi ita donatur.quæ multum concludenter probat hanc opinionē.unde cum sit uerus casus mixtus ex simplicibus alteratis confectus succedit regula supra sæpius tradita,quod sub simplicibus mixtum non continetur de proprietate sermonis,&de hoc non uidetur dubitari debere.

81 Solum autem†potest esse dubitatio, utrum saltem per extensionem possit contineri in dicto statuto,quoniam supra demonstrauimus sæpius hoc posse fieri quando militat eadem ratio,uel quando præualet una pars ex communi usu loquendi, & uidetur quod extensio sit permissa, quoniam ratio prohibitionis fuit fragilitas mulierum ne deciperentur propter earū imbecillitatem, quæ militat etiam in donatione causa mortis,cum in dicto contractu posset fortiter lædi ex fragilitate & imbecillitate,sed tamen in contrarium,quod imo non militet eadem ratio,facit, quia mulier ex eodem statuto uel a lege communi permittitur disponere in ultima uoluntate si habet quatuordecim annos,& non inspicitur eius fragilitas.l. qua de ætate.de testa.ex illa ratione, quia ultima uoluntas semper potest reuocari, & non potest esse in ea plæna læsio.l. si quis in principio testamenti.ff.de lega.3 & hic per Alcia.nu.12. ergo apparet quod ratio statuti de læsione, & imbecillitate tantummodo procedit quando actus non potest reuocari,& non quando possit reuocari.l. sed interim.§.j.ff.de donatio.inter uirum.& uxo.sed donatio causa mortis potest reuocari, ideo non potest esse plena læsio & per consequens non potest dici quod militet eadem ratio. Igitur nec etiam extēsio fieri poterit,& comprobat Alcia.quia adultus habens curatorem non potest contrahere.le. si

curatorem habens.C.de in integ.resti.mino.& tñ potest donare causa mortis,ut perBal.in l.j.per il lum tex.ff.de tutel.& ratio.distra.&Bal.&Alex.in d.l.si curatorem.Et hanc partem ego puto ueriorem,quia cum hoc statutum sit correctorium, oportet quod interueniat fortis ratio,& persistens, & clara, ut possit fieri extensio,ut sup. declaraui.

82 Cum statuta tendant†ad casus particulares non uniuersales,& in eis militet ratio, quod casus om missus remanet sub dispositione iuris communis l.si cum dotem.ff.sol.matri.& dicta l.præcipimus. in fi.C.de appellatio.& ita tenendum est, & opinionem communem non posses nisi cum hoc subterfugio saluare,distinguendo,quod mulier dona uit causa mortis plene alienando & transferendo dominium in donatarium cum plena traditione, & tunc uideatur magna læsio ex imbecillitate, & possit fieri extensio ad hunc casum, sed si donaret cum clausula, quod post mortem suam fieret dominii translatio,& tūc non uidetur esse læsio,ideo non prohiberetur. magis tamen placet quod in distincte in tali statuto non contineatur.

83 Secunda quæstio † potest formari,quid si statutum prohibet uinum exire de ciuitate, uel e contrario portari in ciuitatem uinum externum infra certos menses,prout est hic Messanæ, an continebitur mulsum,& concludendum est quod non, quia res est diuersa.dict. l,adeo.§.cum quis.&probatur in dicta l.si quis uinum.de uino tri. & oleo lega.ubi idromelle mulsum & aliæ simplices res non ueniunt sub nomine uini, si tamen eueniret, quod de eo fieret magna mercantia in illa ciuitate,& haberetur ex communi usu loquendi tanquã uinum,& ita communiter teneretur,tunc fieret extensio ad illud quasi præualeret.

84 Item & tertio†inferri potest ad quæstionem de uirginibus quæ prohibentur bibere uinum ut est in Regno Neapolis,in Calabria,& in Regno Siciliæ,an ipse poterint bibere mulsum uel hidromelle & aliam spetiem mixtam, & concludendum est quod non,per dictam rationem,quia est noua spe ties.dicto.§.cum quis. de proprietate sermonis, sed tamen postea per extensionem uidetur quod etiam prohibeantur hanc mixtam spetiem, quoniam augetur ratio prohibitionis.nam prohiben tur bibere uinum ne calefaciant renes, & fortior ratio habet locum in istis spetiebus mixtis quæ in ducunt maiorem calorem.Vnde ex theorica supra sæpius tradita poterit fieri extensio,& habes exem plum quando per mixturam inducitur maior ratio in dispositione, ideo solū permittetur eis pro pter sanitatem in ieiunio.Sed si eueniret quod ipse uellent bibere uinum aquatum,tunc licet de ꝓprietate sermonis uideretur contineri sub simplici de uino,quia præualet uinum.arg.dictæ.l.repetundarum.§.j.ff.de testibus. tamen quia diminuitur ratio prohibitionis, ex eo quia cessat calor in uino aquato,ideo per tale statutum non prohiberetur,& cessaret extensio, & sic habes exemplum aliud quando propter mixturam inducitur dimi nutio rationis in dispositione.

Similis potest esse quæstio, si dominus præcepit seruis suis quod non bibant uinum, hæc prohi bitio nō trahetur ad mulsum, per regulā supra positam,de proprietate sermonis,sed tamē quia hęc prohibitio fuit facta ne ipsi inebriarentur, uel ne dominus haberet damnum in prætio uini, uidetur quod ex mente ipsius etiam comprehendatur mulsum,quoniam in eo augetur ratio prohibitionis per regulam supra positam, quæ tamen postea diminueretur in uino aquato,unde apparet quod multū in istis quęstionibus est consideranda mens disponentis quātum ad extensionem fiendam ad mixtum, uel restrictionem, quoniam sub uerbis non continetur.

85 Item infertur ad statutum † concedens iurisdictionem alicui iudici & imperium merum an uideatur concedere mixtum imperium, & difficultas dependet an mixtum imperium componatur ex iurisdictione& mero imperio sine alteratione, an potius inducatur noua spetics, & magis communis*est conclusio in l.imperium de iurisdictio ne omnium iudicum.quod dicatur esse tertia spe ties,ideo de proprietate sermonis non uidebitur concessum mixtum imperium, tamen postea ad il lud poterit fieri extensio ex alio capite, quoniam si concessum fuit merumimperium,uidetur concessum unum maius quam sit mixtum propter causas criminales, ideo uidetur ex intentione statuentiū etiam concessum mixtum imperium quod est minus.argum.in cap.per uenerabilem.extra qui filii sint legitimi.quem allegat Ias.hic,& communiter docto.& est tutior opinio.

86 Item infertur† ad quæstionem si statutū disponit super ecclesia paro chiali an extendatur ad ecclesiam collegiatam quæ habet mixturam, & tex. in cap.statutum.iuncto cap.licet canon.de electione in 6,decidit quod non contineatur ecclesia collegiata,quia dicitur esse mixta, & de proprietate sermonis mixtum non continetur sub duobus simplicibus,& minus continebitur sub uno simplici nominato,ut fuit in dicto cap. statutum.cuius decisio procederet etiam quod ecclesia collegiata non faceret mixturam ex partibus alteratis,quoniam totum mixtum nunquam de proprietate sermonis continetur sub uno simplici nominato,per regulas supra traditas.

87 Item infertur † ad quæstionem quam ponit hic Alcia.nu.8.nunquid statutum Mediolanense dictans sententiam latam in actione reali mittendā esse executioni comprehendat petitionem hæreditatis quia mixta est,& Signorollus cōsi.47.primo arguit quod nō, quia petitio hæreditatis dicitur esse mixta.§.quædam.insti.de actionibus.sed ipse postea concludit contrarium, quia magis participat de reali.l.sed & si lege.§.petitio.ff.de petitione hæredita.nec obstat quod sit mixta,quia nō facit tertiam spetiem.dicta l.actionum.ff. de actio. & obligatio.& l.j.§.æstiua.de aqua quoti. & æstiu. & hoc etiam mihi placet,quoniam non est uerum quod ipsa sit mixta, imo dicitur esse uera realis. ut ego late probaui in Rub.ff.si cer.pe. respondendo omnibus adductis in contrarium.

88 Circa secundam†spetiem mixti etiam infertur ad quæ-

ad quæstionem, si statutum disponat prout est in hoc regno, quod neque argentũ neque aurũ extra hi possit sub pœna, an argentũ mixtũ cũ auro, & auricalcũ, uel alia similis mixtura extrahi possit & uidetur ꝙ nõ contineatur in statuto ex eo quia est tertia speties separata a suis simplicibus. d. l. adeo. §. cũ quis. & per regulam supra positã & de auricalco est tex. in. l. locus. §. si ex. ere. ff. de acquir. rer. domin. & l. Põponius scribit si frumẽtũ. §. sed si plumbum. ff. de rei uendic. tñ postea facit in contrariũ, quia hęc mixtura est reducibilis ad suã materiam, ut dicitur in d. §. cum quis. in tantũ quod propter hãc causam non priuantur primi domini dominio suo, & speties efficitur communis, unde uidetur quod sit mixtũ ex partibus non alteratis, & quod æquiparetur mixturæ factæ de duobus frumentis. uel de frumento & faba, ut in. §. quod si frumentum. insti. de rerum diuisione, & uere passus est dubius, tamen quia propter mixturam inducitur noua speties. uidetur quod antequam reducatur ad primam mateiam reputetur tanquã noua speties & dicatur mixtum ex partibus alteratis. quod patet, quia dominium utriusque communicatur, si sine uoluntate dominorum sit facta speties, quod non contingit in frumentis & similibus mixtis. unde uidetur quod in tali statuto nõ comprehendatur hoc mixtum, & quod poterit extrahi a Regno sine pœna. nisi dolose esset facta mixtura ad finem ut euitaret statutum. nam tunc propter fraudẽ incideret in pœnam sub nomine tñ argẽti continebitur factũ in spetie. uel simus in massa. l. si cũ aurũ. de auro & argen. leg. coniunc. l. quid tamen. §. si massæ. ff. quib. mo. usufr. ammit.

89 Sinautẽ contingat†ꝙ statutũ prohiberet pecuniã argenteã uel aureã extrahi de Regno, quæ forma frequentius solet seruari, & tunc argentum in spetie uel aurũ & tanto fortius mixtũ aurũ cũ argento non contineretur in statuto, quia uasa argẽtea uel aurea nõ ueniũt sub nomine pecuniæ ex cõmuni usu loquẽdi, & etiã de iure d. l. si cũ aurũ. & l. Quintus. §. j. de auro & arg. legato. & l. ij. C. de recepticia pecunia. & l. j. ff. de cõtrahenda emptione & l. fi. ff. de condi. ob causam. ubi efficitur contractus innominatus & non uenditio si uendatur res pro sciphis argẽteis uel aureis, ideo ex duplici capite nõ continebitur in statuto, tũ quia speties nõ ueniunt sub nomine pecunię, tum quia etiã mixtũ ex partibus alteratis non continetur sub simplicibus, nisi animo fraudandi statuto pecuniã conuertisset in uasa, quia tunc puniretur de dolo suo, cætera uideas in toto tit. ff. de auro & arg. legato.

90 Circa tertiã†spetiẽ inferri põt ad quęstionem, quid si statutũ disponat quod de lignis & tabulis soluatur gabella, & reperiatur armariũ cõfectũ ex lignis & tabulis, an contineatur in eo, & ex prædicta regula uidetur dicendum quod non, quia armariũ & nauis efficitur noua speties ex lignis. & tabulis alteratis, quoniã primo cõsiderabantur ut materia, nunc uero ex mixtura considerantur tanquã noua res, & appellatur speties. l. inter stipulãtẽ. §. sacrã. ff. de uerbo. obligatio. & l. cũ res. §. areã de solutionibus, & non uidetur quod sit reducibilis ad materiã quãuis dissoluatur cũ remaneãt tabulæ alteratæ, & differant ualde in mixtura auri & argenti quod reducibile est in totũ ad priorem materiã, tñ in contrariũ facit, quia per talẽ spetiẽ non mutatur dominiũ ipsarũ rerũ, ut probatur in l. eum qui ædes. ff. de usucapioni. & l. rerum mixtura. & facta disolutione possunt uendicari. dicta l. eum qui ædes. propterea uidetur considerandum esse, aut enim statutum considerauit tabulas & ligna tanquam materiam quam solent mercatores ducere ut uideantur consideratæ tanquam merces & tunc omnimodo non continebitur armarium neque nauis, quia desinunt esse in uno comertio, & omnimodo constituunt diuersam spetiem, sed si loqueretur de lignis in genere. tunc posset comprehendi in eo, ut etiam de hoc mixto solueretur gabella, ideo opportebit inspicere uerba statuti.

91 Item posset†inferri, an legatum de lignis & columnis factum & lapidibus uideatur includere columnas & ligna existentes in domo, & an uideatur includere domum confectam ex lignis, lapidibus & columnis, & eadem argumentatio fieri posset per dictam l. eum qui ædes. & l. rerum mixtura, tamen facilior est resolutio in ipsis simplicibus quia legatum talium rerum prohibitum est fieri. l. senatus. supra de leg. primo. tamen uidetur domum ipsam contineri posse in legato ex mente, nihilominus non debet contineri, quia domus iudicabitur unum mixtum confectum ex partibus alteratis, & non continebitur sub simplicibus.

92 Circa quartam † spetiem inferri potest ad quæstionem, an si statutum prohibet mulierem posse esse testem in aliquo actu, sicut de iure communi prohibetur fieri in testamento, an contineatur hærmafrodita, & ex prædicta regula uidetur quod non, quia est mixtum ex partibus alteratis, tamen in contrariũ sunt iura clarissima. d. l. repetundarum. §. primo. ff. de testibus. & l. sed & si quæsitum. §. fi. de lib. & posthumis. cum similibus. & est ratio, quia præualet mixtum in una parte, & quando præualet mixtum iudicatur ut illud simplex in quo præualet, & ideo si erit hærmafrodita continebitur in statuto, quia reputabitur uera fœmina, sinautem erit hærmafroditus, non continebitur in statuto, quoniam reputabitur masculus, & non fœmina, dictis iuribus. & hæc mixtura non habetur in consideratione quando præualet una pars, & reputatur tanquam simplex.

93 Item infertur †an consuetudo feudalis quæ porrigit feuda ad descendentes masculos habeat locum in hærmafrodito, & resolutio patet ex præcedenti quod sic si incalesceret in sexum masculinum. per dictam l. cum quæritur. & idem esset si prohibeatur in monasterium monachorum ingredi fœminas, comprehendetur etiam hærmafrodita & si prohibeat ingredi masculus in monasteriũ monialiũ cõprehenditur etiam hærmafroditus. item infertur, utrum solemnitas requisita in contractibus mulierum debeat interuenire in cõtractu hęrmafroditi. Bald. in l. omnes populi ff. de iust. & iure dixit ꝙ sic, & hic Socci. sed in cõtra

rium allegatur Bald. in consil. 137. quidam magnificus. in 3. uolum. qui consuluit quod nõ, quia mixtum non continetur sub simplicibus nisi in fauorabilibus, & consuetudines stricte interpretantur, respodet Rippa hic, quod Bald. ibi loquitur in casu dubio, & consuetudines feudales stricte interpretantur. tu autem dicas quod ratio de stricta interpretatione nihil operatur, quia ubicunque incalescit, de proprietate sermonis continetur, sinautem sumus in casu dubio tunc distinguendum est prout statim subiiciam.

94 Et quoniam † in hac specie qualitas una præualet alteri, dubitatio insurgit, quomodo cognoscemus quę sit qualitas potentior in mixto, & Alcia. hic numer. 31. uersi. quinta conclusio. cum multis sequentibus, multum insistit, & ponit multas conclusiones, quibus opponit sed non bene resoluit. ideo tu dicas, quod primo inspiciendum est an illa qualitas præualens sit originalis & naturalis simul, uel accidentalis, & si est originalis & naturalis mixta ipsa natura demonstrat quæ præualeat, & sit magis potens, ideo apperte constat quæ debeat præualere, ut in hermafrodito d. l. cum queritur. de statu hominum.

95 Sinautem † est naturalis, & accidentalis, & propter hoc separabilis. & tunc præualet naturalis, & reputatur tanquam illud simplex l. & habet digest. de tutel. & ibi Bartol. & alii. & l. sed & si quæsitum. §. primo & secundo. digest de lib. & posthum. ubi frigidi & infirmi indistincte possunt posthumos instituere attenta naturali habilitate, & non considerato impedimento. idem dicitur in §. sed & illud. insti. de adoptio. ubi spadones, idest caste nati, hoc est frigidi natura adoptare possunt, & non castrati cum cultello abscisis testiculis, quia præualet habilitas naturalis, & idem dicitur in l. si seruo §. spadonem. digest. de iur. dotium secundum intellectum quem ego late tradidi post Soccin. in l. prima. digest. solut. matrimonio, ubi demonstraui quod castrati in iure nostro tantummodo considerantur pro illis quibus abscissi sunt testiculi cultello, & non pro caste natis idest frigidis, reprobando glo. in dictis iuribus, in quibus nomen spadonis capitur pro istis caste natis, idest fiigidis natura, & ideo conclusio est æqualis in omnibus dictis iuribus, quod spadones possunt adoptare instituere posthumos, & contrahere matrimonium, quamuis sint frigidi natura, secus in castratis cultello. attento quod licet in dictis frigidis interueniat impedimentum accidentale etiam a natiuitate habitum, tamen habent aptitudinem naturalem ad generandum, quę naturalis habilitas præualet impedimento accidẽtali, unde probant conclusionem præcedentẽ, sed in contrariũ adducit Alcia. tex. in l. cũ allegas. C. de castrens. peculio. lib. 12. ubi præfertur accidentalis, idest amicitia in exercitu habita & nõ naturalis cõiunctio. & soluit ipse ꝙ ibi illud est fauore militiæ. tu uero dicas quod ibi periculum mortis & defensio continua quæ occurrit in militia facit ꝙ potius institnẽs inducatur amore conuersationis militaris q̃ amore naturali fraterno, & ideo potes dare limitationẽ, ꝙ accidentalis causa quæ frequẽs est & in periculo constituta, & frequens conuersatio in illo actu facit ꝙ potius amor inducatur ex illa qualitate accidentali quam ex naturali, & sic præualet naturalis, nisi accidẽtalis per causam urgentem efficiatur potentior.

96 Sinautem † omnes qualitates sunt accidentales, & tunc aut summus in delicto puniendo, & in una qualitate põt delinquere & in alia qualitate non põt, & tunc attenditur qualitas quæ nocet, idest illa qualitas in qua põt delinquere, quia secundum eam uere delinquit. l. si quis in graui. §. mutum. ff. ad Sylleianum, & l. diuus. §. si uero, ff. de offi. præsidis. sed si nõ agitur de puniẽdo, tñ si prohibitio in actu fiat pp unã qualitatẽ, & alia nõ fiat prohibitio, attenditur iila qualitas in qua fit prohibitio, quia in ea interuenit dolus uel culpa. dic. l. si quis in graui. §. fi. ff. ad Sylle. & per Bar. in l. si uir. ff. de usuca. pro dona.

97 Et facit † ꝙ uoluit Bald. in proemio decreta. 3. col, ubi stante statuto ꝙ nullus doctor possit esse rector, si sit doctor in philosophia & scholaris in legibus nõ poterit esse rector, quia attenditur qualitas q̃ nocet. arg. cap. cũ super. ubi imo. ex. de offi. deleg. sed in cõtrariũ adducitur, quia ex cõmunicatus nõ põt esse actor, & solũ reus, & tanquã reus põt cõparere in iudicio, tñ in actionibus cõmunibus in quibus quis est actor & reus, seu in cõmuni iudicio põt cõparere. secundũ docto. in cap. intelleximus. de iudi. & in cap. fi. de exceptio. & sic præualet qualitas quæ nõ nocet, & per q̃ non prohibetu. respondet Alcia. quod ibi alia qualitas est benignior, quod nihil est, cũ idem sit in aliis casibus quod benignior est pars quæ non nocet.

98 Vnde melius † est dicere, quod illa opinio non est uera, qñ per se excõmunicatus agit, sed qñ conuenitur, licet dicatur etiã actor, tñ audiretur, qm præualet ueritas ocularis, ꝙ primo agit quæ potentior est, & facit ꝙ habetur in cap. cum inter. de exceptionibus. ubi excõmunicatus nõ põt cõpensare, quãuis sit actus mixtus. quia attenditur qualitas quæ nocet, cũ uere sit reus, & hac ratione potentior quoque reputaẽ causa prohibitiua. l. Sabinus. ff. cõi. diuid. l. 3. in princi. ff. de suspect. tuto. & Bal. in cap. cũ oẽs. col. 5. ex. de cõstitutionibus. ꝙ tñ intelligi debet qñ in una est ꝓhibitio, & in alia nõ est permissio facta, sed si in una esset ꝓhibitio, & in alia permissio, tũc attẽdiẽ illa q̃ magis est de mẽte disponẽtis, & cõuenit subiectę materie, ut in auth. de mandatis principiũ. §. sed neq; uersi. dein de tẽplorũ. ubi præualet ratio ꝙ delicta preponãẽ & tñ cõtrariũ seruaẽ in toto tit. C. de iis q. ad ecclesias cõfugiũt, ubi reuerẽtia tẽplorũ preualet, qa cõstat de mẽte disponẽtis, uel colligiẽ ꝑ subiectã materiã. & ita declarari debet ꝙ uoluit Ias. in l. Ruffinus. C. de testam. mil. & l. si arrogator. ff. de adopti. & l. j. §. ueteres. digest. de acquir. possesio. etiã d. regula procedit cæteris paribus. ut per Alcia. hic.

99 Si uero sumus † in materia indifferenti. tunc, aut apparet qualitas in qua magis uersatur, seu quæ principaliter consideratur, & tunc illa attenditur. l. seruis legatis. primo §. si unus seruus. digest.

digest.de leg.tertio.sed si non aparet &. tunc dignior causa præualet, ut.dixit Bartol.in l.præcipimus. §. hoc eodem seruando.per illum textum. Cod.de appellationibus. ubi laicus fruitur priuilegio clerici tanquam dignioris, & si aliquis maior & aliquis minor habet causam communem indiuiduam, minor utitur priuilegio maioris, seu non priuilegiatus utitur priuilegio priuilegiati. l.si communem.digest.quemadmodum seruitutes ammittantur. quam exornat Ias. in l.si emancipati.Codic.de colla.& Feli.in Rubric.ex.de app.columm. quarta.& capitulo secundo de iudi. facit text.cum ibi not.in l.prima.Codic.si in communi causa. & quod uoluit Roma.consil.498.in tertia columna. & multa similia posui in l. imperium. digest.de iurisdictio.omnium iudicum, & quod uoluit Alexand.consilio 72.columm.fin.in princi. qui dixit, quod statutum prohibens compromissum in causis criminalibus habet etiam locum in causis in quibus pœna partim applicatur fisco & partim aduersario, quia propter fiscum qui dignior est tota causa reputatur criminalis.l.prima Cod.de uend.rebus fisci.lib.10.& per Matthes.in not.70.Aliquando etiam qualitas benignior præualet. l. si pupillus. ubi Bartol. digest. ad l. Falcidiam. & not.Bald.in prohemio digestorum.columm.5. quod tamen intellige nisi agatur de puniendo delictum, uel faciendo quod quis indebite damnum non patiatur, quia attenditur causa impediens damnum uel puniens.l.secunda. §. fin.digest.ad l.aquiliam & ibi Flo.in 3.no.per tex. in l.fin. §. sed & si quis, digest. nau. caup. stabul. facit l.fin.§. in computatione.Cod.de iur. deliberand.similiter in paribus terminis præualet causa quæ fauet iuri communi.l.nam si miles.ff.de in iust. rup.& irri.testam.

Propterea Bald.in l.si quis decurio. Codic. de fal.dixit quod si statutum prohibet inquiri contra doctores, & permittit contra milites, si est doctor & miles, attenditur illa qualitas quæ est magis conformis iuri communi, & sequitur hic Ias. & Alexand. in consilio 100.lib.3.in fin. & hic Alcia.numero 35. item quando concurrit generalis causa cum spetiali, præualet spetialis, quia generi per spetiem derogatur. l. seruis urbanis. §.fin. digest.de leg.tertio. Ex quibus habes etiam resolutum articulum qui pertinet ad tertium genus mixtorum.de qualitatibus existentibus in eodem subiecto quando sunt compatibiles.

100 Circa quintam spetiem† quando plures res eiusdem naturæ miscentur cum alteratione, ut quando plura uina confunduntur, an tale mixtum contineatur sub simplicibus, infertur ad quæstionem si statutum disponit quod uinum externum non possit portari in ciuitatem infra certos mẽses, ut est hic Messanæ, & etiam Salerni, an contineatur uinum externum mixtum cum illo de territorio, & ex prædicta regula uidetur quod nõ cõprehendatur, quia est effecta noua res propter simplicia alterata in sapore & natura, sed tu resoluendo plenius dicas, quod aut statutum loquitur de uino simpliciter non ponendo dictionem (externum) uel alio modo disponendo de uino, & tunc omnimodo comprehenditur mixtum, quia propter mixturam non desinit esse uinum, & facit text. in l.seruis legatis, la prima. digestis de leg.tertio.

Et idem esset in alio statuto Messanensi & Salernitano disponente quod pro qualibet uegete uini soluatur certa gabella, nam omne uinũ etiã mixtum continebitur, quia uenit sub genere uini.dicta l. seruis legatis, & eadem ratione etiam continebitur uinum aquatũ in quo præualent qualitates uini.dicta l. si quis uinum. de uino oleo tritico.leg.sed si dicat in spetie uinum externum, uel uinum maluaticum non possit portari & uinum muscatellum, & tunc si esset facta mixtura, de proprietate sermonis non contineretur, quia esset effecta tertia speties alterius saporis.& naturæ per prædictam regulam, nisi mixtura fuisset facta in fraudem, quia dolus nemini debet prodesse.l.qui dolum.digest.de dolo. Fallit quando ex communi usu loquendi uinum illius qualitatis reputaretur uinum illud prohibitum, uel militaret eadem ratio in mixto, uel propter mixturam augeretur ratio prohibitionis, quia tunc contineretur ex uirtute extensionis per limitationes supra traditas ad hanc regulam.

101 Item infertur† an si iudex statuit terminum ad proponendas omnes exceptiones dilatorias habeat locum terminus ille in exceptione peremptoria habente uim dilatoriæ de quibus habetur in capitulo primo. delitis contestatione. & Abb. in capitulo pastoralis de exceptionibus tenet ꝙ non contineatur, quia materia iudiciorum est stricta, ut no.in l.prima Cod. si plures una sententia. sed tu melius dicas quod non continebitur ex regula prædicta. quia efficiuntur propter mixturam nouæ exceptiones separatæ a simplicibus, ideo de proprietate sermonis non continentur, & non potest fieri extensio nisi in dictis quatuor casibus.

102 Item infertur † ad no.per Alexand.consi.96,columm.prima lib.secundo ubi dicit, quid si statutum disponit de causis motis uel mouendis, nunquid habeat locum in causa appellationis, & concludit quod non, quia licet principalis tempore conditi statuti esset iam mota, tamen statutum non trahitur ad appellationem, & sic ad casum mixtum, ex quo sumus in exorbitantibus, & causa appellationis non est penitus una & eadem, nec penitus diuersa, ut dicit Cy.in l.inuitus.in xi.quæstione.Cod.de procuratoribus. quę ratio parum ualet, ideo conclusio eius melius probatur per regulam supradictam quoniam mixtura contingit ex partibus alteratis, ideo de proprietate sermonis non continetur, & solum potest fieri extensio quando militaret una ex prædictis quatuor limitationibus.

103 Iterũ infertur† ad id quod tenet Petrus Anhcar. in capitulo canonũ statuta, circa finem. in uersi. inter consilium, extra de cõstitutionibus. qui decidit quod si statutum dicat ut existente patruo mater non succedat, & contingat quod extat pa-

truus mater & soror utrinque coniuncta, nunquid statutum habeat locum ut patruus excludat matrem, dicit quod non, imo mater succedet cum sorore excluso patruo, quia iste uidetur casus mixtus, & in exorbitantibus sub simplici non comprehenditur mixtus, dicto. §. præscriptione, refert & sequitur Soccin. consilio.28. in sexta columna libr.quarto.& hic sequitur Alcia.numero 28.tamen ego dubito, quia licet sit casus mixtus, tamen non est ex simplicibus alteratis, ideo de proprietate sermonis non comprehenditur sub regula istius speciei, tamen opportet considerare rationem, an augeatur ratio statuti per dictam mixturam uel diminuatur ut supra.

104 Item infertur † ad id quod not. Angelus consilio 257. quia consultatio. columna 3. qui dixit, quod statutum abbreuians instantiam in causis ciuilibus & in causis criminalibus non extenditur ad causas mixtas, quia tale statutum est exorbitans & stricte intelligendum tanquam correctorium iuris communis, quæ ratio non stringit, sed magis concludens est ratio, quia lex attribuit illi causæ mixtæ naturam distinctam a quolibet simplicium, ideo non debet comprehendi, cum sit noua res, per theoricam supra positam, ut etiam sentire uidetur, nisi eueniat quod militet una ex prædictis limitationibus, quia tunc per extensionem cõtineretur, ut supra.

105 Item infertur † ad id quod not. Alexand. in Rubric. Codic. de iudi. qui dixit quod quando statutum applicat in aliquo casu pœnam partim fisco & partim actori, tale iudicium dicitur esse mixtum, ideo statutum loquens de iudicio ciuili uel criminali tanquam exorbitans non uidetur comprehendere hoc iudicium mixtum, argumento dictæ legis si ita scriptũ. digestis de lib. & posthumis. cum similibus. quam conclusionem intelligit Alcia. hic numero 30. quando pœna quæ applicaretur fisco uel parti non esset maior, quia si esset maior in una parte, tunc iudicaretur esse illius simplicis in qua præualeret, per dicta supra in præcedenti spetie, & probatur in capitulo tuæ. de procuratoribus allegato per Alexand. ubi iudicium præualet respectu ciuilis, quia principaliter agebatur ad separationem tori, licet in consequentiam probanda essent crimina. unde text. dicit illud iudicium esse quasi mixtum, & sic improprie. lege in id tempus. §. fin. digestis de usucapionibus. cum proprie loquendo esset ciuile. capitulo per tuas, de simo. ubi si monaci agunt ut abbas remoueatur non ad pœnam sed tanquam indignus & inhabilis administratione, licet in consequentiam probanda sint crimina, iudicium tamen dicitur ciuile, & hoc ego puto uerum quando apparet de ista parte præualente, sed si non constaret de ea, tunc conclusio Alexand. uerior esset quod non contineretur, non tamen propter suam rationem, quia sit exorbitans, sed quia esset noua res, & de proprietate sermonis non contineretur per theoricam supra traditam.

106 Circa sextam † spetiem, quando duorum frumenta miscentur, an comprehendantur sub simplicibus, uidetur dicendum quod non, quia uidetur noua species, cummutetur dominium. ut in. §. quod si frumentum, insti. de rerum diuisione, sed contrarium uerius est, quod imo hoc casu mixtum continebitur sub simplicibus, quoniam hæc speties ualde differt a precedentibus in quibus simplicia alterantur ex mixtura in substantia, in hac uero spetie simplicia remanent eadem in substantia, & nulla inducitur alteratio. neque etiam in dominio, si non interuenit uoluntas dominorum, unde succedit, quod partes mixti sunt uere simplicia, & ideo continentur de proprietate sermonis sub simplicibus. facit textus. in lege secunda. §. amplius. digestis de excu. tutorum. & lege is qui in puteum. §. hoc interdictum, digestis quod ui aut clam. & Clemen. prima cum glosa de electione. & ideo constituitur regula affirmatiua generalis contraria præcedentibus spetiebus, quod sub simplicibus continetur mixtum si eueniat quod fiat mentio de utroque simplici, quæ procedit tam in odiosis quam fauorabilibus, & priuilegiis, & aliis dispositionibus, quia concurrit proprietas uerborum quæ in quacunque dispositione attenditur, l. cum lege. & ibi Areti. digestis de testament. & est text. in lege seruis legatis. prima. digestis de legatis tertio. & lege non aliter. eodem titulo, & lege prima. §. cum autem. de alca. cum concordantibus, & non admittitur distinctio doctorum an simus in fauorabilibus uel odiosis, quia illa distinctio tantummodo habet locum in quinque spetiebus supra relatis, in quibus mixtum conficitur ex simplicibus alteratis. unde non potest contineri nisi per extensionem, cum sit noua res, & non contineatur de proprietate, quæ extensio facilius fit in fauorabilibus, sed in mixtis ex simplicibus non alteratis non adhibetur illa distinctio, quia de proprietate sermonis continetur, & propterea etiam in odiosis seruantur prædicta iura, & si eueniat quod postea dispositio sit fauorabilis, tanto fortius continebitur, uel si una pars præualeat, uel militet eadem ratio, uel augeatur ratio dispositionis ex mixtura, quoniam tantum augebitur comprehensio ipsius mixti, & cum minori difficultate procedet, tamen eis non interuenientibus, ex hoc solo quod mixtum non sit ex partibus alteratis, quia non potest induci noua res, de proprietate sermonis continebitur in dispositione, fallit tamen quando per mixturam diminueretur ratio concessionis, quia tunc non contineretur ex mente disponentis per uiam restrictionis uocabuli. iux. text. in lege uim passam. §. præscriptione. digest. de adulter. secundum ueriorem intellectum. quem infra loco suo subiiciam.

107 Circa septimam † spetiem, quando mixtũ est ex parti-

partibus non alteratis in substantia, tamen inducitur aliqua alteratio in dispositione, utrum contineatur sub simplicibus, est textus. in l. si ita scriptum. digest. de lib. & posthumis. qui dicit quod de proprietate sermonis mixtum non continetur sub simplicibus, sed tantummodo ex benignitate. nam ibi text. præsupponit quod testamentum sit nullum, quia filius & filia nati nō erant instituti a testatore, tamē uult quod conseruetur ex benignitate. quasi ex mente testatoris illi filius & filia simul nati essent instituti hæredes cum alteratione tamen partium in institutione nominatarum, quia in tali casu mixto noua traditur forma diuidendi hæreditatem & nouas partes instituti accipiunt.

108 Super quo † tex. Bartol. hic & docto. communiter uidentur fundare totam suam doctrinam in hoc articulo quod sub simplicibus contineatur mixtum constituentes regulam, quod de rigore iuris mixtum non continetur sub simplicibus sed solum ex benignitate, argument. dictæ l. uim passam. §. præscriptione. sed huic eorum opinioni contradicit text. in l. si ita facta. digest. de iniust. rupt. & irrit. testamen. ubi in exhæredatione quæ est odiosa. lege cum quidam. de lib. & posthumis. sub simplicibus continetur mixtum. itē contradicit text. in dicta l. seruis urbanis. §. fin. digestis de legatis tertio. coniuncta lege non aliter eodem titulo. & l. Titiæ textores. digestis de leg. primo. & dicta l. secunda. §. amplius. de excusa. tuto. & l. is qui in puteum. §. hoc interdictum. ff. quod ui aut clam.

Tenentes opinionem Bartol. & communem respondent ad dictam l. si ita facta. quod ibi est dispositio fauorabilis, cum agatur de ualiditate testamenti, quæ responsio est expresse falsa, quoniam odium exheredationis præualet fauori testamenti, l. j. ij. & iij. digest. de lib. & posthu. item non conuenit aliis legibus pro cōfirmatione allegatis. unde Alcia. infra numer. 23, tenet ipse cōtrariam opinionem, quod imo etiam in odiosis contineatur mixtum. & ad dictam legem si ita scriptum. respondet quod ibi fauor erat in institutione non autem in materia mixti, & sic etiam refert Ias. ideo text. ille procedit tantummodo in institutione, secus in legatis & fideicommissis. quæ responsio quoque & ipsa est falsa, quia fauor institutionis & testamenti idem est, cum per eam testamentum conseruetur. item confunditur per dictam legem Titiæ textores. & dictam legem seruis urbanis. §. fin. de leg. tertio. cum similibus. ideo uerior est solutio quam supra sæpius traddidi quod in dicta l. si ita scriptum. nulla erat alteratio in simplicibus, sed solum inducitur in dispositione, ideo eligitur quædam media uia. quod ex benignitate casus contineatur propter præsumptam intentionem testatoris, quoniam cū inducatur alteratio in dispositione & in diuisione hæreditatis, & institutiones de simplicibus factæ alterentur, inducitur quædam noua institutio & diuersa a simplicibus, ideo de proprietate sermonis non potest contineri. Et succedit quod dicta lex si ita scriptū, ponit quandā limitationē ad regulam positam in præcedenti spetie & sequenti, & fit casus spetialis, & propterea super illo text. non debebāt docto. fundare totam materiam illius articuli, an sub simplicibus contineatur mixtum.

109 Et simile traditur † in lege quid ergo. §. quod ait prætor. digestis de iis qui not. infamia. ubi aliqua alteratio quoque inducitur in uerbis, quoniam lex dicebat, qui bina sponsalia fecerit sit infamis, & qui bina matrimonia fecerit sit infamis, & casus mixtus erat quando unus fecerat unum sponsale & unum matrimonium, ideo de proprietate sermonis non poterat contineri sub simplicibus, & tantummodo continetur ex intentione, & simile etiam potest dici in dicta lege seruis urbanis. §. fin. & dicta lege. Titiæ textores secundum unum modum intelligendi per quos probatur quod procedit dispositio dictæ legis. si ita scriptum. non tantum in institutionibus sed etiam in legatis, & fideicommissis, & in dictis iuribus unica ratio est, quia inducitur alteratio in dispositione, quamuis ipsa simplicia non sint alterata, & cum ponant hanc conclusionem particularem non potuerunt super ea doctor. fundare totam materiam, sed melius est ut dicatur, quod tota materia fundatur super illo principio, an mixtum sit ex partibus alteratis, uel ex partibus non alteratis, uel ex partibus non alteratis in substantia, tamen alteratis in dispositione, & hoc modo considerando cessant omnia contraria, ut infra etiam demonstrabimus.

110 Non obstat † dicta l. uim passam. §. præscriptione. quia respondetur quod ibi sub simplicibus non continetur mixtum, quoniam ibi ex mixtura diminuebatur ratio dispositionis, cum per præscriptionem ageretur de inducenda liberatione in casibus simplicibus propter quandam misericordiam, quæ tamen cessat uel diminuitur quando concurrunt duo delicta. quia tunc demonstratur maior animus delinqueadi, & quod magis spernit legis prohibitionem, & ideo non meretur ueniam neque misericordiam, unde ex cessatione rationis inducitur restrictio ad proprietatem uocabuli, & seruatur mens dispositionis, per ea quæ habentur in l. omnes populi. in 6. questio. principali, digestis de iusti. & iure. in materia restrictionis. & per Alcia. in lib. secundo de uerbo. significatio. & ego etiam plene dixi in dicta lege omnes populi. uel secundo responde, quod in dicto. §. præscriptione. tantummodo dispositio erat super uno simplici scilicet de adulterio de quo loquitur. lex Iulia. lex mariti. §. quinquennium. digestis. eodem titulo. & ideo non inducebat præscriptionem in stupro. lege inter liberas. §. primo. digestis eodem titulo. & §. item lege iulia. insti. de pub. indi. & sequitur hic Alcia. numero. 22. ideo ibi non continetur casus mixtus, quia sub uno simplici nominato de proprietate sermonis non potest contineri totum mixtum, quoniam semper est

res diuersa.l.hoc legatum.ff.de leg.tertio.capitu. statutum. de electione in 6. cum similibus supra adductis.uel tertio responde ut inf. dicam.

111 Circa octauam spetiem† quando mixtum conficitur ex partibus nullo modo alteratis neq; in substantia neque in dispositione,inducitur conclusio generalis quod sub simplicibus continetur mixtũ indistincte, siue sit fauorabilis dispositio siue odiosa.l.si ita facta.digest.de iniusto rupt.& irri. testamento.quia tunc mixtum nihil noui in se continet sed constituitur ex simplicibus multiplicatis, & remanent eædem res, & ideo cum sint eadem simplicia, sub mixto de proprietate sermonis continebuntur sub aliis simplicibus in quacunque dispositione. quia proprietas uerborum in quacunque dispositione attenditur,dict. l.cum lege. ubi Aretin.digest.de testament.& l. prima. §. cũ autem. ff.de ale.& l.non aliter.digest. de lega.tertio.& l.in fraudem.§.si.de milit testamen.& habetur per Dec.in l.prima.Cod.de edendo. cum similibus. unde confirmatur regula posita supra super sexta spetie mixti,& probatur in l.seruis legatis. j.ff. de leg. tertio.& defenditur d.sexta species ab obiectione quæ posset fieri de septima spetie ut ibi dictum fuit, quam tamen intellige quãdo fit mentio de utroque simplici, secus autem quando fit mentio de uno simplici tantum, quia tunc totum mixtum de proprietate sermonis nõ potest contineri in uno simplici, quia semper est res diuersa propter augumentum factum ex alio simplici.dicta l.hoc legatum.digestis de leg. tertio.& capitulo statutum.de elect.in sexto & l.seruis urbanis.§.penult.digest.de leg.tertio. arguendo a spetiali.

112 Et ideo† lex pœnalis loquens de clerico non cõprehendit clericum coniugatum, secundum Ioa. And.& & imo.in capitul.Ioannes.de cleri. coniugat.& & sequitur hic Socci.in principio.

113 Quæ conclusio† generalis est ad omnes alias infrascriptas speties mixtorum, quia in eis nunquã totum mixtum continebitur de proprietate,& solum istud simplex poterit cõtineri quod est nominatum.ut in auth. de non eligend. secundo nub. in.§.penul.qui incipit.si uero,secundum Angel. & & Areti.hic & Socci.num.6.& est tex.cum glo. in clem.j.de electio. fallit tamẽ quando per mixturã augetur ratio dispositionis,quia tunc sub uno simplici potest contineri mixtum, per extensionem. l.senatoris filius.supra de senatoribus. & est exẽplum in l.per adoptionem.ubi Bal.ff.de adoptionibus.& hic sequuntur Areti.& Alcia num.9.facit l.falsa.§.j.digest.de condi.& demonstratio.& tex. in l.seruis urbanis.§.penul.digest.de leg.tertio.& per Bartol.in l.Exceptores.Codi. de num.& actuariis.lib.12.facit lex.si quis seruos.digest. de leg. tertio.& l.pediculis.§.quidam.digest.de aur.&argen.leg. & quamuis Alcia. hic adducat Soccin. in contrarium. per dictam legem hoc legatum. digest.de legat.tertio. tamen non obstat, quia hæc conclusio intelligitur in casu quo per mixturam augetur ratio dispositionis, & comprehenditur mixtum per extensionem, & Socci. cum aliis supra adductis loquitur de proprietate sermonis quando non apparet de ista mixtura rationis, & hęc de primo genere mixtorum sufficiant.

114 Secundum est genus † mixtorum quando plura simplicia iunguntur quę se inuicem non alterant imo nec se tangunt, sed solum uidentur esse mixta. quia continentur sub uno toto, & hac de causa uidentur misceri, & in eo reperiuntur quatuor speties mixtorum quæ omnes conueniunt ut de proprietate sermonis mixtum contineatur sub simplici.prima speties est,quando plures res continentur sub una uniuersitate, ut hæreditate, peculio,uel dote, uel grege.

115 In qua infertur† ad quæstionem,an si quis obligauit bona sua mobilia & immobilia, & habeat hereditatem sibi relictam an ueniant bona existẽtia in hæreditate materna uel fraterna quam separatim retinebat, & uidebatur quod non, quia dicuntur esse mixta,cum contineantur in una uniuersitate & hæreditate separata, idem potest dubitari si quis uẽdat oues suas & porcos & habeat gregem in quo sunt oues & porci an ueniant in uenditione, quasi sit mixtum, & uidebatur etiam quod non uenirent, sicut nec nomina debitorum cum sint tertia speties ueniunt. l.a Diuo Pio.§.in uenditione. digest. de re iudi.tamen contrarium uerius est. quia illa bona sunt eiusdem naturę cũ aliis quæ non sunt in hæreditate, cum nullam alterationem acceperint,& ideo de proprietate sermonis continentur.per tex.in dicto. §. si uero. in auth. de non eligend. secundo nubentes. non obstat dictus. §. in uenditione. quia nomina debitorum habent naturam separatam a rebus mobilibus & immobilibus, & constituunt tertiam spetiem, ut ibi not. merito non continentur in dubio.

116 Circa secundam spetiem † habes multa exempla posita per Bartol.in l.Mæuius.§. duorum. digest. de leg.tertio.& l.si quid earum. §. inter emptum.digest.eod.titulo.& per te poteris formare quæstiones

117 Circa tertiam spetiem† habes quoque multa exempla in l.seruis legatis .la. 2. digest.de leg.tertio.ubi habes multa nomina continentia sub se plures res,& idem dicitur in l.si chorus. & l. qui duos.eo.titulo.& digest. de uerborum significatione.l.detestatio.§.pri. & l.illa uerba. §. pueri. & digest.de adoptionibus.l.hoc autem.§. primo. & l.legati.§.pecoribus.digest.de leg.tertio.& l. cum quereretur.in princi.eo.titulo & l. boues.in princip.de uerbo.signifi.

118 Circa quartam spetiem† quæ proprie pertinet ad legem nostram, habes quod dispositio loquẽs de simplicibus comprehendit etiam mixtum de proprietate sermonis. & infertur, si statutum disponat quod de stipulatione dandi soluatur gabella, & de stipulatione faciendi,an erit soluenda de stipulatione dandi & faciendi. & ex isto textu determinatur quod sic, quia quando fit illa stipulatio, licet sit unica conceptio, tamen nascuntur plures stipulationes diuersæ quæ habent eandem naturam cum simplicibus

plicibus, & ideo de proprietate sermonis continebuntur, & non est opus facere mentionem de ea, ut probatur no. ex isto tex. qui male allegatur per Bar. & docto. ad generalem materiam mixtorum, quoniam tantummodo loquitur de mixto ex simplicibus non alteratis, non autem de mixto ex simplicibus alteratis.

119 Et idem erit † si statutum diceret quod stipulatio dandi non transeat ad hæredes & stipulatio faciendi etiam, stipulatio dandi, & faciendi continebitur, quia uere sunt stipulationes simplices, & idem & fortius procederet si plures res eiusdẽ speciei promitterentur in stipulatione, quia tunc ipse stipulationes continerentur, iux. l. scire debemus. inf. eo. quod procedit etiam si statutum loqueretur de uno simplici, quia contineretur illa pars conueniens illi simplici. tota autem stipulatio nõ contineretur, cum sit unum totum propter conceptionem, & dicitur esse maius suis simplicibus, ut supra, nisi per mixturam augeretur ratio dispositionis, quia tunc fieret extensio, ut supra.

120 Item potest inferri † ad breuiloquam & compẽdiosam substitutionẽ, utrũ dicta in substitutionibus simplicibus habeant locũ in substitutionibus cõtentis in breuiloqua & cõpendiosa, & dicendũ est quod sic, quia licet uideantur unũ mixtũ respectu aliorũ simpliciũ, tñ ille contentæ cõtinent naturã aliarũ simpliciũ, quia in effectu dicuntur simplices substitutiones factæ uerbis generalibus. ut no. in l. Centurio. & in l. j. ff. de uulg. & pupill. Ideo cum ratione dicunt doct. quod substitutio pupillaris cõprehensa in breuiloqua excludit matrẽ, & probatur per istum tex. & idem esset quando de uno solo simplici fieret dispositio. nã haberet locũ etiam in illa parte contenta in breuiloqua.

121 Item infertur † ad quæstionem de qua per Bar. in l. certi cõdictio. ff. si cer. pe. quando statutũ prohibet probationẽ fieri per testes, an poterit fieri per instrumenta & testes, & cõcludi uidetur quod non, quia testes & instrumenta faciunt unum totũ quod non continetur sub uno simplici, ergo non cõprehenditur in prohibitione statuti, & remanet casus sub dispositione iuris communis ut possit fieri probatio, & confirmatur ratione, quoniã scriptura saltem semiplene probans tollit suspitionẽ quod testes sint redempti, quæ fuit sola ratio prohibitionis de qua in l. testium. C. de testibus. quod intellige procedere considerando totum mixtum unitum, quia semper totũ unitũ est separatum ab uno simplici, secus si uellet quis probare per instrumenta uel per testes separando illam partem, quia tunc contineretur ut supra, uel si lex dictaret quod probatio per testes & instrumenta separaretur, quia tunc illa pars uel utraque posset contineri per istũ tex. Item procedit dicta conclusio etiã quod probatio prohiberetur a statuto fieri per instrumenta priuata, quoniam casus mixtus separatim sumptus contineretur in statuto simplicium, sed unite sumptus non contineretur, quia tunc efficeretur noua species quæ non potest contineri.

Item infertur ad quæstionem quãdo alicui promisit quis obligare omnia bona mobilia & imobilia an teneatur obligare iura incorporalia seu nomina debitorum, de quo etiam dic ut supra. & l. mouentium de uerborum significatione.

122 In tertio genere † mixtorum quando continẽtur tres species quando in uno subiecto concurrunt plures qualitates diuersæ uel incompatibiles seu contrariæ, uel compatibiles separabiles, uel compatibiles inseparabiles, unde differt ad aliis duobus præcedentibus in quibus tractatur de simplicibus per se concurrentibus, ideo appellatur genus mixtorum de qualitatibus, sub quo doct. quasi omnes suas quæstiones formauerunt, & quoniã qualitates existentes in uno subiecto plærunque remanent in sua natura etiam quod sint cõtrariæ, ideo appellatur mixtum de partibus non alteratis, & uerificari potest regula affirmatiua, quod in dubio sub simplicibus continetur mixtum de proprietate sermonis.

123 Circa primam spetiem † quando plures qualitates concurrunt in eodem subiecto inuicem cõtrariæ seu incompatibiles, & tũc attenditur ante omnia quæ qualitas præualeat, quia reputatur in illo simplici in quo præualet, & ideo si fiat mentio de ipsis qualitatibus simplicibus, continebitur mixtum respectu illius qualitatis quæ præualet, quoniam illud mixtum reputatur simplex in quo præualet, sicut dicitur de hærmafrodito. l. cum quæritur. de statu hominum. quomodo autem qualitas una dicatur præualere consideratur ex multis causis & uariis modis relatis supra in distinctione posita sub quarta specie primi generis mixtorũ, quã hic referas quia & hic est locus suus.

124 Et ultra ibi dicta † infertur ad quæstionem quãdo in eadem persona concurrunt duæ qualitates, una quæ facit actum utilem & alia inutilem, ut si ecclesia cathedralis sit regularis, ita quod monaci sint canonici in ead. glos. in cap. 2. 58. distincti. ut est in monte regali Siciliæ, & archiepiscopatu mediolanensi, possit committi causa iudicãda canonico monacho, & dubium facit, quia canonicus est habilis ad iudicandum. cap. statutum. de rescr. in 6. Monaci uero nõ possunt esse iudices. cap. præsentium. 16. quæstio, prima. nisi cum clausula (non obstante cap. olim de priuilegiis) & sic concurrit qualitas monacatus nocens, & qualitas canonicatus habilis, utrum talis canonicus monachus poterit iudicare. In qua quæstione & similibus reperiũtur duæ doctrinæ Bar. contrariæ, una quod attenditur qualitas nocens, & ideo prohibeatur. per le. si quis in graui. §. fi. per illum tex. ff. ad Sylleianũ. Alia est doctrina Bar. in l. si pupillus. ff. ad l. Falcidiam. quod attendatur causa ualidans tanquam benignior ut per eum ibi, & sic ex eo quod sit canonicus possit iudicare. facit l. 3. §. si quis palam. ff. de ritu nuptiarum. & l. emancipati. §. fi. ff. de senatoribus. ac etiam ea quæ supra dicta fuere super dicta quarta spetie primi generis. Archidiaco. in d. ca. statutũ. dixit attẽdẽdam qualitatẽ monachatus, & non posse iudicare. d. ca. psentiũ. & d. ca. ex parte. de postulãdo. Secundo quia hic concurrunt duæ qualitates æque potentes una ualidãs & alia nocens, & attenditur quæ nocet. dicta lege si quis

in graui.§.fi.& l.fi quōdam.§.fi a pupillo.ff. de usu capio.pro emptore.& l.fi uir pro uxore.ff.de usucap.pro donato.In contrarium allegatur tex.in d. cap.statutum.qui in spetie uidetur habilitare monachum,nam in principio dum loquitur de existentibus in dignitate,comprehendit monachos, clem.& fi principalis.ibi allegata, ita & hoc casu comprehendit monachos. & qualitas monachatus non debet nocere,eo quia fanctior est.arg.16. quæstio.j.cap.doctos.& cap.moderantur, & capi. nō nulli,& hæc opinio uidetur sequenda,quia benignior,& rescripta habebunt faciliorem executionē,quia cessat ratio statuti,quod rudibus personis causæ committantur.Roma.uero dicit se in curia tenuisse quod non posfit esse iudex,sequēdo Archidiaconum,quia artenditur qualitas nocens, & ad ponderationem dictæ clementinæ & fi principalis. respondebat quod loquebatur de monacho existente in dignitate, hic autem monachus non est in dignitate, & quod dicitur de monacis habentibus dignitatē non trahitur ad monachos sine dignitate.dicto cap.monaci,16.quæstione.2. & cap.unico.de sindico.coniuncto cap.sopite. de censibus.& capitu.cum contingat.de transaction. & cap.deputati.de iudiciis. Item licet cesset una ratio,non tamen cessant aliæ rationes.

125 Sed tu dicas † quod hæc quæstio dependet ab alia,an attendatur qualitas nocens uel illa quæ ꝓdest.Socci.hic uidetur distinguere, aut qualitates sunt inseparabiles,& incompatibiles, & æquales, & tunc attenditur illa quæ nocet.dicto.§.fi.aut uero sunt compatibiles,& attenditur quæ prodest& benignior est,dicta l.fi pupillus. quamuis sit corruptus,tamen hæc distinctio non est uera, quia in l.qui habet.ff.de tute.illa qualitas prodest quæ est naturalis & attenditur.& in di. l.fi pupillus, sunt qualitates incompatibiles & inseparabiles, & fic non est diuersitas in casū, ergo nō bene distinguitur.Roma.dicebat,aut una est naturalis, & alia accidentalis,attenditur naturalis siue prosit siue nocea.dicta l.qui habet.ff.de tutelis.& l.cum procurator.C.de iure dotium.& l.fi.C.de dot.promissione.aut uero qualitates sunt ambæ accidentales, & possunt separari,& attenditur qualitas quæ ꝓdest in suo simplici.cap.a collatione.de appellationibus in 6.& cap.postulasti. de censibus. in 6.aut uero sunt inseparabiles,& tunc fi una est potentior, iudicabitur ut de potentiori.l. sed & quæsitum. §. fi.de lib.& posthu.aut sunt æque potentes,& attēditur illa quæ est magis apta.

Sed hæc doctrina nec etiam est bona,quia non debet fieri differentia an fit separabilis uel inseparabilis,quoniam in dicta l.qui habet.& dicta lege fi pupillus.sunt qualitates inseparabiles & compatibiles,& non est diuersitas in casibus. Propterea tu aduertas,quia fi bene consideras, in dictis iuribus sunt casus particulares,quia in dicta l. fi quis in graui.Ideo propter aliud impedimentum non habet excusationem,quoniam cessat causa cōcessa a Senatusconsulto,quod concessit excusationem propter causam spetialem, unde remanet dispositio iuris communis,quoniam Senatusconsultum uoluit subuenire hæredibus in casibus in quibus propter dictam dispositionem pateretur dānum ab eo, & in dicta l.fi pupillus.attenditur causa quæ prodest,quia uere pecunia est de hæreditate cum debeatur a pupillo naturaliter, & non est proprie data causa conditionis implendæ, sed solum gratia soluendi debitum.Vnde Bar.in dicta l. fi quis in graui,dixit quod quando causa prodest & est potentior illa attenditur.l.3.§. fi quis palā. ff.de iur.fisci.Item quādo una prodest & nulla nocet,attenditur illa quæ prodest.l.fi emancipatum. ff. de senatoribus. ubi dicit quod magis prodest dignitas aui quam casus patris. Ideo in casu proposito uidetur uerior opinio, quod attēdatur qualitas quæ magis prodest,&est benignior,quam illa quæ nocet,quando qualitas tangit dispositionem uel eius rationem, sed fi una nō tangit dispositionem,& alia tangit,siue prosit siue noceat semper attenditur,nō tamen per hoc dicas quod qualitas fit potentior, quia hoc dependet ex accidenti & non ex capite potentiæ, licet Aretin. teneret contrarium.

126 Tamē in†quæstione proposita placet quod qualitas canonicatus fit potentior,ex eo quia in episcopali ecclesia canonici ponuntur tanquam fratres episcopi & reputantur tanquam clerici respectu gubernationis ecclesiæ,& ideo placet quod ipsi posfint iudicare.ne fine iudicibus tota dioecesis remaneat.sed fi esset canonicus mere regularis alterius ecclesiæ uel monasterii tunc non continerentur,quia diminuitur ratio dispositionis,& reputātur uere monaci,quia præualet qualitas monachalis,sed in ecclesia cathedrali præualet qualitas clericalis,cum habeant curam animarum, & interueniant in actibus pertinentibus ad ordinē episcopalem,unde cessant omnia contraria.

127 Item infertur†ad quæstionem Bal. in dicto. §. omnium. insti.de actionibus. de macellatore, & piscatore,an fi macellator esset immunis fit etiā immunis ille qui habeat utranque qualitatem, & dicendum est quod fic, quia per hoc quod est piscator non desinit esse macellator,& illa qualitas non nocet quia non consideratur, & ideo præualet illa quæ prodest.

128 Item infertur † ad quæstionem de represaliis tactam per Roma.hic, fi concessæ sunt represaliæ contra Senenses an extendatur ad illos qui sunt ciues Senenses accidētaliter,sed originaliter sunt Romani,& respondet quod non,quia ciuilitas Romana quæ est naturalis attenditur& quæ prodest, ut per Bal.in cap.j.de forma fidelitatis.& per Bal. in l.prouintiales.ff.de uerbo.signifi.quia naturalis potentior & benignior est,sed ego plene dixi, etiam magis plene cogitans in l.j.ff.de lega. primo.ubi in spetie tangitur iste casus cum aliis contingentibus,& istis quæstionibus adde xxiij.alias quas hic ponit Rom. & conueniunt in hoc loco.

129 Item infertur†ad quæstionem. aliquis facit plures artes,sub quo consule fit conueniendus,&Roma.hic determinat quod debet conueniri coram iudice illius artis de qua est lis, quia illa dicitur præualere. per tex.in leg.j.§.fi. ff. de tributor. & hic

hic Alciatum.

130 Item infertur†an priuilegia scholarium habeāt locum in scholaribus ciuibus Bal.& Saly. in auth. habita. C.ne filius pro patre.dicit quod non,quia ista qualitas quod sint ciues facit cessare rationē athenticæ,ex quo tales amore scientiæ sunt exules,& quantum sit ad illum tex. ista opinio uerior uidetur secundum Alcia.hic,ex quo ille tex. consi derat dictam rationem,alias si statutum concederet generaliter priuilegia scholaribus, tunc comprehenderentur omnes,quia uiderentur concessa solo fauore studiorum.l.prima.C. de assessoribus.

Item infertur ad quæstionem de conuentione loquente de ciuibus castellanensibus, nunquid habeat locum in castellanensi qui per priuilegiū sit Florentinus, de qua Socci.consuluit quod non consi. 86.in ultima columna. in quarto uol. & sequitur hic Alcia.

131 Item infertur†ad quæstionem de quodam naturali qui fuerat semel legitimatus sine spe successionis bonorum, deinde fuit per comitem palatinū habentem potestatem legitimandi quoscunque spurios rursus legitimatus, & effectus capax successionis utrum hæc secunda ualeat, & Soccin. in consi.27.inter consi.Francisci. Cur. colu.2. tenuit quod non ualet secunda legitimatio, quia priuilegium comitis cōtinet quod possit legitimare spurios,sed iste non erat spurius simpliciter sed secū dum quid, quia solum erat illegitimus respectu successionis non respectu personæ, ergo cū sit casus mixtus non continebitur.l.hoc legatum.ff. de lega.3. Sed Alcia.dicit decisionem non uideri ueram,quia ista qualitas non alterat dispositionem præcedentem imo potius auget.Vnde debet contineri,per no.per Hosti.& Abb.in dicto cap.fi. de simon. & hæc opinio etiam mihi magis placet, quia consideratur intentio concedentis quod uoluit dare potestatem legitimandi quemcunque in habilem respectu alicuius iuris filiorum,& ex istis tribus ultimis habes comprobatas decisiones sępius positas,quod qualitas in mixto augens facit eum contineri sub simplicibus, & qualitas defficiens seu diminuens facit quod mixtum licet sui natura contineatur,tamen ex intentione non cōprehendatur.

132 Circa secundam†speciem huius generis, quando qualitates sunt separabiles,infertur ad quęstionem de docto.&milite. nam si statutum disponit quod doctor sit immunis,& miles possit portare arma, ista statuta habebunt locum in casu mixto nam doctor ex eo, quod est doctor continetur in statuto de doctore,&licet etiam sit miles,illa qualitas non consideratur, quia est separabilis, quia non facit ad rem,&statutum loquens de milite habet locum etiam in milite doct. quia qualitas doctoratus non facit ad rem. unde perinde est ac si essent casus simplices, & merito continetur unaquæque pars sub simplicibus,& de proprietate sermonis.facit c.a collatione.de appellatio.in 6.&ratio generalis supra posita, quia cum istæ qualitates non sint alteratę iudicatur unaquæque sub suo simplici.arg.§.si uero.in auth.de non eligendo secundo nubentes.

133 Item.infertur†ad quæstionem quæ de facto fuit Salerni,statutum disponit quod in uno anno sit rector unus ꝓfessus in legibus, & in alio anno unus professus in philosophia, euenit bis quod professus in philosophia qui dabat operam legibus tā quam philosophus tenebat rectoratum, dubitatur an possit,quia iste est casus mixtus, & ita argu mentabantur aliqui quia sub simplicibus non continetur mixtus,item attenditur qualitas quæ nocet.l.si quis in graui.in fi.ff. ad Sylleia.

Et Bal.in proh.decreta. col. 3. dixit in simili casu quod stante statuto ut nullus rector possit esse doctor,si euenit quod sit doctor in artibus, & professus in legibus non poterit esse rector legistarum,quia attenditur qualitas quæ nocet.cap.cum super. de officio delegati. ubi Imol. in contrariū tamen Alcia.Allegat dictum Butrii. in cap. fi. de exceptionibus. qui uoluit quod excommunicatus possit comparere in iudiciis,mixtis, quamuis sit actor,quia sufficit quod sit reus,& attenditur qualitas quæ prodest tanquam potentior, & benignior, Vnde cōtrarium fuit determinatum quod imo potuerit esse rector, quia in hoc mixto erant duæ qualitates non se alterantes, & in illo anno qualitas philosophiæ præualebat tā ex forma statuti, quam etiam quia illa qualitas philosophiæ fuerat antiquior, & plenior, Item qualitas legalis non oppugnat philosophiam, sed eam auget,ergo non desinit proprie appellari philosophus, cum & legistæ philosophiam profiteri dicantur.lege prima.§. primo.ff.de iusti.& iure. & propter leges. magis erit aptus ad gubernandum officium rectoratus.argume. §. fi.in prohemio. insti. propter quam causam doctor legum, & iuris canonici præfertur doctori philosophiæ.ut no. in lege cum quid.ff. si certum peta. Item hæc opinio est humanior & benignior, ergo attendenda, lege si pupillus.ff.ad legem Falcidiam. & lege 3. §. qui palam.ff. de iure fisci.& leg. emancipatum. §. fi.ff.de senatoribus. Item illa qualitas legum in illo anno non est considerabilis, ideo non attenditur, & non uitiabit, ut per Bald.in dicta lege si quis decurio. C. de fals.ideo de facto bis ita fuit iudicatum, & in spetie in persona excelentis Ioseph Xibecca qui tunc temporis post philosophiā adeptam dedit operam legibus, & nihilominus fuit rector in studio philosophiæ & postea in alio anno fuit rector in studio legali, in qua fecit professionem, & doctoratus fuit quam de præsenti exercet in ciuitate Panhormi. Tamen in contrariū facit quod dictū fuit sup.nu.97.ex eo.quod uoluit Bald.in illa quæst. statutum prohibens doctorē esse rectorem, quod doctor studens in alia sciētia non poterit esse rector, sed responde quod ibi sumus in statuto inhabilitāte penitus, & attenditur qualitas quæ nocet, hic uero erat habilis ad Rectoratum in utraque scientia,& solum diuersitas scientiarum impediebat, quæ non inhabilitabat penitus.

134 Circa tertiam spetiem†quando qualitates sunt inseparabiles non se alterantes, infertur ad ca-

sum, quando statutum disponit quod incestuosi non possint legitimari, nec adulterini possint legitimari, utrum incestuosi, & adulterini simul erunt prohibiti, & Barto. hic secundum theoricā suam præsupponit quod sic, quia qualitates sunt inseparabiles, & dispositio odiosa, ergo casus mixtus non erit prohibitus, per dictam legē uim passam. §. præscriptione.ff. de adulteriis. sed contrarium uerius est, primo, quia cum qualitates non se alterent, mixtum de proprietate sermonis continetur sub simplicibus, ex regula supra sæpius firmata. Secundo etiam, quia propter mixturam augetur ratio prohibitionis, cum maior sit ratio prohibendi quando duo delicta commiscentur, per supradicta, quinimo si statutum tantummodo prohiberet adulterinos legitimari, cōprehenderet etiam istum casum mixtum, quia augeretur ratio prohibitionis.argum.cap.statutum. de electione.in 6. & per Abba. in cap.fi. de simo. saltem per uirtutem extensionis ex uoluntate disponentis. Ideo uirtute extensionis & maioritatis rationis continebitur. lege iis solis. C. de reuocandis donationibus. cum aliis cumulatis in dicta lege omnes populi. in materia etxensionis. Secundo facit etiam tex.in auth. ex cōplexu.C.de incestis.& nefa.nup.nec obstat le. quid ergo.§.quod ait prætor.ff.de iis qui no.infam.quia concordat, quatenus dicit, quod de benignitate continetur casus mixtus, quia augetur ratio dispositionis, & quatenus dicit quod de proprietate non continetur, non contradicit, quia ibi erat alteratio in dispositione, sed si fuisset uerū mixtum quod unus fecisset bina sponsalia & bina matrimonia, tunc ille casus mixtus secundum omnes contineretur, & de proprietate sermonis, & quia augeretur ratio disponendi.

135 Et facit † tex. in lege prima. C. de raptu uirginum.uersicu.quæ multo magis. nam in principio erat dictum, quod præstans consensum & rapiens uirgines puniuntur, & possunt a consanguineis eos persequentibus interfici propria authoritate, & in uersicu. quæ multo magis, extenditur fortius ad casum mixtum quando rapuit nuptam, quia tunc est duplex delictum, & fortius debet puniri.& sic casus mixtus augens rationem puniendi continetur sub simplicibus, nec obstat dictus. §. præscriptione. quia loquitur in diuerso casu, cum tractetur de dispensatione & permissione, quæ si conceditur in casu simplici non trahitur ad casum mixtum, cum duplex delictum repuguet rationi permissionis, & prædicta omnia intellige procedere in omni statuto punitiuo delicti.

136 Et ideo idem esset † quando statutum diceret, quod adulterinis nec incestuosis possit pater aliquid relinquere, uel quod non possint esse de uniuersitate, uel non possint habere honores, & similia alia statuta priuātia uel punientia, qa semper fortificabuntur per casum mixtum, & ex extensione semper continebitur non tantum quando habent simplicia non alterata, quia etiam concurrit quod continetur mixtum de proprietate sermonis, per regulam affirmatiuam supra positam; sed etiam quando mixtum est ex partibus alteratis, cum propter augumentum rationis fiet extensio, ut dixi in regula negatiua, in limitationibus. Si autem unum statutum prohibet & puniat unū casum de prædictis, & aliud concedat uel permittat, ut si adulterinus permittatur succedere, & incestuosus prohibeatur, tunc etiam sub statuto prohibente continebitur casus mixtus generaliter uirtute extensionis, uel etiam si præualeret in uno simplici, uel militent omnia illa quæ posui supra in dictis quatuor limitationibus. Et prædicta quæ dixi in statutis correctoriis & prohibitiuis procedunt etiā in statutis permissiuis extra delictum, ut probatur in l. per adoptionem. ff. de adoptionibus. & lege falsa. §. primo. ff. de conditionibus & demonstrationibus. & lege seruis urbanis, §. penultimo. ff. de lega. 3. & lege si quis seruos. eodem titulo. & lege pediculis. §. quidā. de auro. & argen. lega. cum similibus. & hæc sufficiunt de materia statutorum.

137 Tertia est principalis † quæstio quæ est sexta in ordine, quid de priuilegiis & rescriptis, an sub simplicibus contineatur mixtum, in qua ommissa decisione doctorū hic quam infra disputabimus, dicas quod priuilegia in genere distinguuntur, quoniam diuiduntur inter priuilegia & beneficia in spetie, ut per Decium in Rub. ex. de rescrip. & priuilegia sunt illa quæ conceduntur contra legē, & appellantur quasi priuantia legem, cap. priuilegia, de pœnitentiis. distinctione 3. unde semper propter hoc appellantur odiosa, & beneficia dicuntur esse illa in quibus princeps concedit aliquid præter legem pertinens ad solum damnum ipsius, & istud appellatur semper fauorabile, & in eo procedit tex. in l. fi. ff. de manda. principum. & cap. olim. de uerbo. signi.

138 Si igitur eueniat † quod in beneficiis fiat mentio de simplicibus, & dubitetur an contineatur mixtum, distinguendum est secundum theoricam supra positam, quod aut mixtum est confectum ex partibus alteratis. & tunc de proprietate sermonis non continetur, siue sint priuilegia siue beneficia, quoniam dicitur noua res, per dictam legem adeo. §. cum quis. Fallit in illis quatuor casibus, quando mixtum præualet in uno simplici, le. cum quæritur, de statu hominum.

139 Secundo fallit † quando ex communi usu loquēdi præualet in uno simplici, uel ex regulis positis supra in quarta spetie primi generis, quomodo cognoscatur quod qualitas una præualeat, nam tunc in beneficiis omnimodo continebitur per extensionem, in priuilegiis uero requiretur maior certitudo quod illa qualitas præualeat. Tertio limitatur quando militat eadem ratio, nam tunc per extensionem omnimodo continebitur in beneficiis, in priuilegiis uero requiretur quod ratio sit expressa sicut in statutis. Quarto limitatur quando mixtura auget rationem dispositionis, quia tunc etiam per extensionem mixtum continebitur in beneficiis, dicta lege fi. de mandatis principum. & cap. olim de uerborum significationi-

tionibus. in priuilegiis uero, quia magis stricte interpretantur, requiretur fortior ratio augendi quæ nullas coniecturas contrarias habeat.

140 Si uero mixtum† est ex partibus non alteratis, quod contingit in decem spetiebus mixtorum supra narratis, & tunc de proprietate sermonis cõtinebitur mixtum, quia eius partes in effectu sunt simplicia per legem si ita facta. digest. de iniusto rupto. & irrito testamento, quæ regula fortius procedet quando interuenient rationes facientes quatuor limitationes ad regulam negatiuam supra positam, Fallit quando per mixturam inducitur diminutio concessionis, quia tunc per restrictionem non continebitur in priuilegiis. argumento dicti paragraphi præscriptionem. & in beneficiis non ita faciliter fiet restrictio propter fauorem eorum, quia requiretur fortior ratio diminuendi.

141 Infert ex prædicta† theorica ad multas quæstiones, & in spetie ad unam quam posuit Barto. hic, quid si Papa concessit legato de latere potestatem legitimandi spurios & incestuosos, an si eueniat, quod unus illegitimatus sit spurius & incestuosus simul, poterit eum legitimare, & dicit disputatam fuisse hanc quæstionem Bononiæ, & quod allegabatur pro opinione quod non posset, quod casus mixtus non continetur sub simplicibus, per legem. adeo. §. cum quis. ff. de acquiren. rerum dominio. ergo nec etiam iste casus mixtus continebatur sub potestate legitimandi cõcessa de dictis simplicibus, sed Bartol. dicit quod hoc argumentum non facit, quia loquitur de mixto confecto ex partibus alteratis & inducente tertiam spetiẽ separatam a simplicibus, in hoc uero casu mixtũ conficitur ex partibus non alteratis, & non constituitur noua species, cum spurii remanent idẽ spurii & incestuosi in casu mixto sicut esset in simplicibus.

Secundo argumentatur, quia ubicunque in eodem subiecto concurrunt duæ qualitates, & una est potentior altera, attenditur potentior. leg. generaliter. ff. de fideiussor. ubi si fideiussor succesit principali, uel principalis fideiussori, ita quod in uno sit duplex obligatio, principalis tantum quasi naturalis durat, & extinguitur fideiussoria, quæ est accidentalis, secus si sunt duæ principales, ut ibidem subiicitur, sed qualitas incestus est naturalis & principalis, ex eo quia a natura cõsanguinitas inducitur, & cognatio naturalis, qualitas uero adulterina dicitur esse accidentalis, cum causetur propter matrimonium incidenter superueniens, ergo cum concurrat qualitas naturalis & accidentalis, prævalet naturalis, idest qualitas incestus, & per consequens cum possit legitimare incestuosos poterit quoque legitimare habentem qualitatem spurietatis, quasi ista potestas concessa fuerit sub simplici de incestu. argumento legis quæ habet. ff. de tutel. sed Barto. dicit quod dicta lex generaliter. loquitur in diuersis terminis, quoniam ibi qualitas naturalis extinguebat accidentalem, quoniam simul concurrere non poterant, hic uero utraque durabat, quæ tamen responsio tollitur in dicta lege qui habet. ubi durat utraque qualitas, & tamen præualet naturalis, sed ideo replicat, negando quod hæc qualitas incestus sit ita potens ut præualeat qualitati spurietatis, item utraque qualitas est accidentalis seu naturalis uel saltem æque potentes.

Tertio argumentabantur aliqui, quia quando una qualitas est generalis & alia spetialis, præualet spetialis, sed hic est generalis quæ causatur ab incestu, & spetialis quod sit adulterium, ergo debet præualere adulterium & trahere ad se incestũ, & sic concessio facta a Papa de spurio uidetur facta de casu mixto, cum spurietas trahat ad se incestum, & generi per spetiem derrogatur, ut dicit tex. in l. seruis urbanis. §. si alii. ff. de lega. 3. sed respondetur negando quod hæc qualitas spurietatis sit ita spetialis ut derroget qualitati incestus, imo e contrario qualitas spurietatis dicitur esse generalis, & incestus spetialis. & deberet dici totum contrarium. Vnde Barto. non respondet huic inductioni, sed dicit tantum quod nihil facit, & forsan uoluit dicere quod dicta lex loquitur in dispositione in qua mixtum pro parte põtest contineri communicando, hæc autem qualitas communionis non potest cadere in hac potestate legitimãdi, & ideo concludit, quod in hoc casu utraq; qualitas est æqualis, & una non potest tollere aliã, & concedit quod dispositio loquens de simplicibus non possit continere casum mixtum, propterea dicit quod resolutio dependet a tex. in lege si ita scriptum. de liber. & posthum. quæ uult quod de rigore casus mixtus non contineatur, sed solũ ex benignitate, & ideo cum hic tractetur de beneficio concesso a principe, quod fauorabile est, ex benignitate erit concessus casus mixtus. lege si. ff. de mandatis principum. Vnde postea resoluendo totam materiam dicit regulam esse quod sub simplicibus non continetur mixtum. per legem qui passam. §. præscriptione. ff. de adulteriis. & l. tutores. ff. de iis quibus ut indig. ubi legatarius gerens unicam personam accusans testamentum falsum perdit legatum, sed si gerit duplicem personam propriam & tutoris & accusat non perdit legatum, quia casus mixtus non continetur. Fallit autem in fauorabilibus, dicta. lege si ita scriptum. Fallit quando euitatur contradictio legum per textum nostrum hic. Fallit tertio quando lex ita disponit. §. omnium. insti. de actioni. & ita residet ipse, & uidentur pertransire communiter docto. Circa quam tamen decisionem aduerrẽdum est ad multa.

142 Et primo† quia ipse ponit regulam, quod sub simplicibus non contineatur mixtum. quæ regula confunditur per tex. in lege si ita facta. ff. de iniusto rup. & irri. test. & l. is qui in puteum. §. hoc interdictum. ff. quod ui aut clam. ubi simpliciter cõtinetur, & de proprietate sermonis, & idem dicitur in lege quid ergo. §. quod ait prætor. ff. de iis qui no. infam. ubi in odiosis etiam continetur, & quamuis dicat quod ex mente legis continetur, non euenit quia mixtus de proprietate sermonis non contineatur, quia præsupponit quod conti-

neatur, & si concurrerent duo sponsalia, & duo matrimonia, ex uerbis ille casus mixtus contineretur, sed ideo non continetur quia erat casus separatus a uerbis, quoniam erat unum sponsale & unum matrimonium, qui casus in uerbis non poterat esse comprehensus. Vnde probat mentaliter quod sub simplicibus arguendo a speciali, continetur casus mixtus de proprietate, & idem probatur in lege 3. §. & generaliter, de eo quod certo loco. ubi in casu mixto in persona creditoris datur electio, & licet Ias. istis iuribus conetur respondere constituendo alias limitationes, tamē eius responsiones sunt uiolatiuæ illorum iurium, quæ simpliciter dicunt quod casus mixtus non cōtinetur. & facit etiam tex. in lege secunda. §. amplius. ff. de excusationibus tutorum, cum multis similibus supra adductis in discursu materiæ.

Non obstat dicta lex si ita scriptum. quia respondebat Iason quod nihil facit, cum ibi fauor causetur ab institutione tantum, non autem respicit concessionem uel dispositionem mixti, quæ responsio nihil ualet, quia sufficit esse fauorem ex aliqua causa quæ facit comprehendi mixtum, sicut in casu Bar. fauor est ratione beneficii. Vnde secunda datur respōsio quā supra traddidi, ꝙ ibi ex illa mixtura inducebāt uarietas dispositionis, & causabatur quædam noua species institutionis quæ non poterat in uerbis contineri, & solum ex benignitate continetur, sed in casu nostro & dictorum iurium non inducebatur noua dispositio neque noua res, ideo de proprietate mixtum poterat contineri, & propterea necessario distinguendum est prout ego sæpius dixi in theorica præcedenti, utrum mixtum sit confectum ex partibus alteratis, & tunc non potest contineri de proprietate, sed solum in quatuor casibus in limitationibus supra traditis. si uero est confectum ex partibus non alteratis, tunc de proprietate sermonis continebitur. per dicta iura. Fallit quando ex mixtura diminuitur ratio concessionis, & ita procedit tex. in dicta l. uim passam. §. præscriptione. prout supra declaraui.

143 Item etiam † dum Bar. dicit, quod in lege nostra continetur mixtum, ut euitetur contrarietas, est uiolare istum textum qui simpliciter loquitur. unde ex eo probatur etiam regula contra ipsum, quod imo sub simplicibus continetur mixtum, quia est confectum ex partibus non alteratis, itē dum uoluit in. §. omnium. sit expressa dispositio legis, istud est uiolare tex. qui uoluit facere dispēsationem, sed demonstrauit de proprietate sermonis illud contineri, sicut etiam probatur in lege prima. §. interdictorum. ff. de interdictis. qui dicit tres esse species, & pōa enumerat quartā mixtā & demōstrat cōtineri de proprietate sermonis non ex dispensatione, cum facilius fuisset ei dicere quod sunt quatuor species, quam facere dispensationem, & dictis suis contrariari. Propterea apparet quod generaliter casus mixtus continetur sub simplicibus, & non est opus distinguere an sit casus fauorabilis uel odiosus, cum iura simpliciter loquantur, neque hanc distinctionem ponere intendant, unde remanet quod Barto. super theorica falsa & imperfecta ipse fundauit suam intentionem.

144 Secundo principaliter † circa quæstionem formatam per ipsum aduertendum est ut inquit Roman. Aretin. & Iason, quod ipse formauit quæstionem suam per terminos ineptos & indubitabiles attento quod ille legatus habebat potestatem legitimandi spurios & incestuosos, & de proprietate sermonis includebatur concessio legitimandi hos omnes casus mixtos, quoniam continebantur sub nomine spuriorum. quod est generale comprehendens omnes illos qui non sunt nati ex legitimo matrimonio, ut est gloss. in §. finali. in auth. quibus mod. natur. effic. sui. & declarat Bartol. in lege fin. de iis quibus ut indig. nam spurius dicitur quasi natus extra puritatem matrimonii, ergo sicut extra puritatem dicitur simplex adulterinus & incestuosus, eodem modo, & a fortiori adulterinus, & incestuosus simul erit spurius, & extra puritatem matrimonii, & per consequens sub illo generali nomine spuriorum, & iste casus mixtus fuit cōcessus ex propria significatione uerbi, quæ argumentatio procedit etiam si tu spuriū detiuaueris a græca uoce sporadin, quasi sine patre natus, ut inquit tex. in §. si aduersus. institu. de nup. & §. quod uulgo. insti. de succession. cognato. nam sicut adulterinus tantum, & incestuosus dicuntur sine patre nati, cum pater a iure reprobatus non cognoscatur, eodem modo, & a fortiori quando erit adulterinus, & incestuosus, & cum triplici deffectu dicetur sine patre natus. Cōfirmatur etiam, quia iste casus mixtus frequentius contingit, quoniam raro incestus solus reperitur, nam incestus aut fit cum uirgine, & est incestus & stuprum, aut fit cum nupta, & est incestus & adulterium, aut fit cum uidua, & est incestus cum stupro, & licet possit esse solus quando fit cum meretrice, consanguinea, uel inde si neutrum raro contingit quod mala uita posset probari, ideo eueniret quod concessio pœnæ efficeretur inutilis, ideo, in dubio, sub generali nomine istorum delictorum uidetur concessa potestas in delictis duplicatis, per textum in lege si adulterium cum incestu. & lege stuprum. §. primo. ff. de adulter. & per consequens ex proprietate sermonis sub illa generali concessione legitimandi spurios erit concessa hæc potestas in casibus mixtis, & sic decisio est indubitabilis, & non per terminos habiles fuit formata quæstio, & quāuis incestuosi sint nominati, tamen non impeditur generalis concessio.

145 Quoniam expressio † unius speciei ultra genus non impedit concessionem generis, sed tantummodo demonstrat ennixiorem uoluntatem in simplici nominato, iuxta illud, dixit discipulis & Petro. & rub. C. de serui. & aqua. ubi dispositiones sunt generales quamuis species nominentur. ad istud contrarium respondet Ias. hic duobus modis, & primo quod adiectio de incestuosis alterauit nomen spuriorum, & fecit ut in spetie caperetur pro eo qui esset natus ex meritrice, qui in

spetie

ſpetie dicitur ſpurius. dicto. §. quod uulgo. inſtit. de ſucceſsio. cognatorum, quæ reſponſio non eſt uera, quoniam illa nominatio potius inducit generalitatem, quia una pars declarat alteram. l. prima de rebus dubiis & habetur per Bart. in l. quæſitum. ff. de fund. inſtructo. Secundo dicebat Alcia. quod terminus ſpurius non eſt ita generalis prout præſupponit dicta glo. tamen & ipſe contradicit tex. in dicto §. ſi aduerſus, inſti. de nup. unde hæc reſpōſio non eſt bona. Secundo reſpondet Iaſ. concedendo quod ſit terminus generalis & comprehendat omnes illegitimos, tamen comprehendit illos tantum qui ex una cauſa ſunt illegitimi, non autem comprehendit eos qui habent duos defectus, & ideo Bar. recte dubitauit, an hæc conceſsio traheretur ad caſus mixtos, quæ reſponſio nec etiam eſt bona, quoniam generalitas nominis æqualiter cōtinet habentes plures defectus ſicut habentes unum, cum ratio nominationis fortius militet, quoniam habentes duos defectus fortius ſunt extra puritatem, & ſine patre nati, quam qui habet unum defectum, & de proprietate continentur.

146 Propterea tu dicas † quod Barto. non formauit quæſtionem per terminos aptos & quod in caſu per eum propoſito omnimodo erat conceſſa poteſtas ſub generalitate nominis legitimandi æqualiter omnes habentes plures defectus ſicut habentes unum.

147 Et ſi caſus † tibi eueniret ita decidere deberes per no. in dic. rub. C. de ſerui. & aqua. & per illam rationem ſupra tactam, quod raro iſta delicta ſunt ſola, ſed plærunque ſunt duplicia, ideo iſti caſus mixti ſub generali nomine ſunt comprehenſi.

148 Quapropter † ex intentione Doc. & etiam eiuſdem Bar. qui fecit mentionem de adulterinis, debes formare quæſtionem, quod erat conceſſa poteſtas legitimandi adulterinos, & inceſtuoſos, & erant expreſsi duo caſus ſimplices qui præſumentur ſimpliciter cōſiderati, quāuis raro occurrere poſsint, quia ſunt ſeparatim nominati. ideo recte dubitari poteſt, an ſub conceſsione ſimplicium eſſet etiam conceſſa poteſtas circa ſpurios & inceſtuoſos ſimul, uel inceſtuoſos & ſacrilegos, uel habentes alios defectus duplicatos, quo caſu urgere uidentur iura ab utraque parte uariantia an contineatur ſub ſimplicibus caſus mixtus.

149 Sed dum † ipſe dixit quod tex. in l. ſeruis urbanis. §. fi. de leg. 3. nihil facit, non bene loquitur, & ideo non expreſsit rationem quare. nam illo tex. deciditur quod ſi legaret teſtator uernas uni & alteri curſores, ſi eueniat quod iſtæ duæ qualitates concurrant in eodem ſubiecto, ut aliqui ſint uernæ & curſores ſimul, nihilominus comprehenduntur in legato, & quamuis inquit Iaſ. primus caſus poſsit euitari fundatus in ratione quia generi per ſpetiem derogatur, non poteſt euitari ſecundus caſus in quo determinat eos eſſe communes, ipſemet tamen Iaſo. poſtea conatur defendere Barto. ꝙ nihil faciat, quia ibi diſpoſitio inducit cōmunionem, & attribuit partem unicuique, in caſu autem noſtro totus caſus mixtus æqualiter fuit conceſſus ſicut ſimplex, quæ tamē ſaluatio nihil ualet, & uerior eſt opinio quod ille tex. & alius ſimilis in l. Titiæ textores. de leg. 1. optime faciunt in materia, quoniam probāt quod caſus mixtus continetur ſub ſimplicibus, cum uellit eos eſſe legatos, & ſi non continerentur uernæ & curſores ſimul, nemini fuiſſent legati, & remāſiſſent penes hæredem. ergo dum dixit eos legatos fuiſſe, apparet quod legando ſimplicia uidetur etiam legaſſe mixtum, & hoc probatur in utroque caſu, quoniam licet in primo attribuat uernas & curſores ſimul illi cui legati ſunt curſores, per rationem ibi aſsignatā, tamen non tollitur quin fuerint legati, & cum habentes has duas qualitates non fuerint per teſtatorē nominati, neceſſario probatur ꝙ caſus mixtus fuit contentus ſub legato ſimplicium, & quod in 1. caſu attribuantur uni legatario, eſt quia prævalebat illa qualitas, & quando fuerunt cōmunes, eſt quia æquales erant qualitates, ut ibi dicitur, & propterea nedum ille tex. & d. l. Titia textores faciunt in materia, ſed probant contra concluſionem Barto. in terminis quod caſus mixtus continetur ſub ſimplici de proprietate ſermonis. per l. non aliter. ff. de le. 3. coniuncta. l. hoc legatum, eod. tit. & ſi tu uelles tollere contradictionem ad dictum Bart. opporteret diceree ꝙ ibi ex benignitate continetur caſus mixtus, quia per mixturam uariabatur diſpoſitio teſtatoris, quo caſu inducitur quædam tertia ſpeties in mixto, & ideo concordaret cum tex. prædicta l. ſi ita ſcriptum. ff. de lib. & poſthu. & faceret in propoſito, & eſſet de materia, contra reſponſionem Bar.

150 Item dum † Bar. format deciſionem ſuam in d. l. ſi ita ſcriptum, cum qua concordaret d. l. ſeruis urbanis. §. ſi alii, & d. l. Titiæ textores. ille leges non bene probant eius intentionem, quoniam contradicunt. alia iura & eædem leges ſecundum alios intellectus, & cauſa benignitatis ut ibi dixi eſt, quia uariabatur diſpoſitio in caſu mixto, & inducebatur quædā tertia ſpeties inſtitutionis & legati, quæ uarietas diſpoſitionis non inducitur in caſu Bart. cum eadem eſſet conceſsio in caſib. ſimplicib. quæ eſt in caſu mixto, & propterea remanet hucuſq; ꝙ deciſ. Bar. remanet ſine fundamento iurium, & nullus tex. probat deciſionem ſuam, & ideo ſolum inſiſtendum eſt ſuper rationibus.

151 Ideo deciſio † Bar. remanet tantummodo fundata ſuper ratione, quod in fauorabilib. caſus mixtus contineri debet: Quare docto. inſiſtūt ſuper ueritate iſtarum rationum, utrum hic agatur de fauorabilib. an potius de odioſis, & Bar. hic dicit quod ſumus in fauorabilibus, quoniam beneficia ſunt late interpretāda. l. fi. de conſti. principū. c. quamuis. de priuilegiis. & c. olim. de uerb. ſigni. & ſequitur Galliaula hic nu. 3. allegans Bal. in l. 1. ff. de tut. & cura. dat. ab iis, qui dixit poteſtatem legitimandi quia neminem lædit eſſe defendendam.

152 Sed Aret. † tenuit contrarium per duas rationes, prima quia Iuſtinianus profitetur ſe nolle legitimare natos ex quocūq; coitu dānato, quia odibiles ſunt & ex tali legitimatione corrumpuntur mores hominum, ut in authen. quibus mod. na. effi. ſui. & quibus mod. natur. efficiantur legi. §. final. & ſolum profitetur ſe uelle legitimare naturales tantum, &

ex ordinaria potestate nisi naturales possunt legitimari, ut in dictis authenticis, ergo legitimatio a principe est odiosa, quia corrumpit mores hominum, & ipsi filii sunt odibiles, & sic ratio Bar. non est uera & potius retorquetur. Soccin. tamen conatur defendere Bartol. dicens æquiuocationem esse in terminis, quoniam aliud est potestas legitimandi, aliud est legitimatio ipsa, seu exercitium legitimationis, nam ipsa potestas est fauorabilis, capitulo per uenerabilem, qui filii sint legitimi capitulo final. de simonia, & capitulo si cui nulla, de præben. lib. sexto. exercitium uero est odiosum capitulo quamuis. primo, iuncta glossa. in capitulo. dubium, in uerbo, beneficia, lib. sext. & dictis iuribus, & hanc distinctionem tradit Abbas. in capitulo. At si clerici. §. de adulteriis, ex. de iudi. & sequitur Felin. ibi, & in capitulo postulasti, de concessione præbendæ. Imo. Roma. & Alexand. & Soccin. hic, & in §. & quid si tantum. ff. de liber. & posthum. & Soccin. in consilio tertio lib. tertio & consilio 47. lib. quarto colum. 7. Francis. Cur. consilio 49. col. tertia uersi. coadiuuantur præmissa, & consilio 63. in prima colum. Deci. in consil. 76. colu. 2.

Sed replicat hic Alciat. nu. 43. prædicta allegans, quod hæc defensio non est bona, quoniam potestas legitimandi conceditur propter finem ut fiat legitimatio, quia omne agens agit propter finem, & res iudicatur fauorabilis & odiosa secundum finem, & illud quod principaliter consideratur, ut est text. in l. prima. ff. soluto matrimonio. & lege prima. §. & generaliter. ff. de uentr. inspiciend. ubi dos est fauorabilis propter finem, item uidemus quod uelleianum est fauorabile propter finem, quia intendit fauere mulieribus, & macedonianum est odiosum propter finem, quia tendit ad puniendum usurarios, ut habetur in l. exceptionem. ff. de condi. ind. item facit, quia ista potestas sine exercitio nihil operaretur. l. 2. uersi. post originem. ff. de orig. iur. sed quotiescunq; unum conceditur propter aliud illa concessio sortitur naturam eius propter quod conceditur, Bart. in l. constitutionibus. ff. ad municipales, & facit tex. in l. in argento. ff. de aur. & argen. leg. & propterea apparet, quod ratio Bar. non est uera, & urget contrarium quod imo hæc concessio potestatis legitimandi sit odiosa.

153 Secundam rationem † quod sit odiosa, adducebat Areti. hic, quod dispensatio contra ius diuinum est odiosa, ideo præsumitur, quod concedatur ei secundum quod dicunt uerba glo. in l. filius a patre. in glo. penul. ff. de lib. & posthumi. & habetur in capitulo at si clerici, de iudi. & in capitulo postulasti, de concessione præbendæ. ergo ista potestas legitimandi erit odiosa & debet restringi ne offendatur ius diuinum. Respondet Soc. quod per legitimationem non fit dispensatio in matrimonio contra ius diuinum, quoniam nec Papa potest dispensare, nec alteri concedere. capitulo literas de resti. spolia. iunc. gloss. in uer. dispensare, sed per legitimationem dispensantur iura positiua quæ mandant illegitimum non posse succedere & habere honores, ideo legitimatio non dicitur dispensatio contra ius diuinum, & sic est æquiuocatio. sed tu potes replicare, quod per legitimationem implicatur legitimatio in illo coitu, quasi ex permissione iuris diuini legitime sit natus, uel saltem offendit ius diuinum, cum impediatur habere effectum, & inducatur contemptus ipsius contra intentionem iuris diuini, & sic in effectu est dispensatio contra ius diuinum, unde implicat odium, & demonstrat quod abstineri debet a tali legitimatione.

154 Tertio ultra † Aretin. facit, quia non potest negari quin per hanc concessionem corrumpantur mores & inducantur homines ad delinquendum, ut per experientiam apparet, quia si dicti filii perpetuo essent exclusi a successione abstinerent parentes ab eis procreandis, ut inquit text. in authentic. quib. mod. natur. efficiant sui. §. fin. & hac de causa Rex Philippus ualde abstinet a tali legitimatione, & in centum annis non concedit legitimationem plenam quantum conceditur in terris ecclesiæ, quia est odiosa. l. iurisgentium. §. quod fere, & §. generaliter, & l. si unus. §. illud. ff. de pact. & l. si conuenerit. de pactis dotalibus, & no. in capitulo non potest. & in capitulo quamuis. de præbendis in 6. ubi restringitur concessio beneficiorum, quia causantur multa mala, & beneficia uiuentium concedi non possunt etiam per Papã ordinarie, ne inuitentur homines ad delinquendũ. capitulo detestandæ, & capitulo. ne captandæ. de concessione præbend. in 6. quæ suspitio maior est in comite palatino, quia corruptus potest facilius deuenire ad istas legitimationes, & non conceditur episcopis sed soli Papæ, ut per Abbat. in capitulo accedens. de concessione præbend. ergo cum ista potestas quatenus habet finem ad legitimationem dicatur esse odiosa, quia si finis est odiosus principium illum causans erit odiosum. leg. oratio. ff. despon.

155 Quarto facit † quia legitimare spurios non potest princeps de ordinaria potestate, sed de absoluta tantum. §. fina. in dicta authentic. quib. mod. na. efficiantur sui, sed ea quæ sunt de absoluta potestate quatenus tractetur de concessione dicuntur esse odiosa leg. quidam consulebant. ubi Doctor. ff. de re iudic. per Paul. de Castro in leg. ex imperfecto. C. de testament. & leg. quamquam. C. de milit. testame. propterea uerior uidetur opinio quod potestas legitimandi quatenus consideratur, ut possit concedi, dicitur esse odiosa, & allegata in contrarium tantummodo procedunt considerata ipsa potestate in abstracto, prout est in principe, quia potestas in eo est fauorabilis, cum subrogetur loco Dei, sed in proposito nostro est odiosa.

156 Ex quibus rationibus † probatur aliud præsuppositum Bartol. & Doctor. falsum esse, quod concessio ista potestatis legitimandi sit fauorabilis, cum imo ex prædictis probatur quod est odiosa.

157 Et ultra ea † confirmatur quinto loco, quia hæc concessio dum fit corrigit legem, nam corriguntur dictæ authenticæ quæ prohibent legitimationem omnium spuriorum, & omnis correctio legis odiosa est, item per hanc concessionem conceditur ipsi commiti potestas ad libitum suum corrigendi legem, ut ipse possit dicere quod talis

succe-

succedat non obstantibus legibus facientibus in contrarium, quæ correctio omnimodo est odiosa & restringenda, ut no. in dicta lege. si uero. §. de uiro. ff. soluto matrimonio. & leg. sancimus. C. de testament. & leg. præcipimus. in fin. de appellationibus, cum uulgaribus.

158 Sexto facit, † quia per hanc concessionem præiudicatur tertio, cum illi qui successuri erant ab intestato uel etiam iure fideicommissi excludantur, & isti legitimati eis præferrantur, ergo sequitur quod stricte debet intelligi & odiosa est, cum non permittatur per leges ut nemini præiudicetur. lege prima. §. si quid a principe. ff. ne quid in loco publico.

159 Septimo etiam † facit, quia potestas legitimandi est de reseruatis principi, quo casu fit stricta interpretatio, ut habetur in capitulo. quo ad translationem, ex. de officio legati. & non uidentur concessa nisi exprimantur, ut ibidem not. imo reputatur res impossibilis, ut not. in leg. Iulianus. §. fi. ff. de legat. 1.

160 Octauo facit † quia hæc concessio est quædam delegatio potestatis & facultatis reseruatæ principi secundum Bartol. & alios in l. imperium. in primo gradu mixti imperii. ff. de iurisdictione omnium iudicum. Bald. in lege secunda. in sexta columna. C. de seruis fugitiuis. sed in delegatione non solum est odiosum ipsum exercitium, sed etiam concessio ipsius potestatis, etiam quod non præiudicet ordinariis. capitulo gratum. & ibi Imo. Ioannes Andr. & Bald. extra de officio delegati, distat enim iurisdictio ipsa ab exercitio & potestate exercendi, ut per Bald. in Rubr. ex. de officio delegati. & Doctor. in dicta lege. imperium.

161 Nono facit, † quia licet legitimatio uideatur fauorabilis respectu filiornm, quoniam sunt misericordia digni, & alieno morbo laborant. l. legem. C. de natur. lib. & l. spurii, uersi. non enim. infra de decur. capitulo undecunque, & capitulo sequenti. 56. distinct. & capitulo non debet, de regul. iur. in sext. authent. idem est de nestorianis. C. de hæretic. tamen respectu patris dicitur esse odiosa, quia fauet delictis, & corrumpit mores eorum, & inuitat ad delinquendum, ergo puniri debent. l. fi. C. de naturalibus lib. Bald. & Bartol. in l. Gallus. §. primo. de liber. & posthumis. & odium patris præualet fauori filiorum, quoniam ipse principaliter consideratur, & ad parentum petitionem ut legitimatio, unde reputabitur odiosa, dicta lege exceptionem. ff. de condict. ind. per quæ omnia apparet fundamentum Bartol. & commune falsum esse, quod hic sumus in materia fauorabili, quia imo sumus in odiosissima.

162 Item Bartol. præsupponit † quod ista concessio potestatis legitimandi sit beneficium principis & late interpretandum, quia imo dicitur esse priuilegium proprium, & strictissime interpretandum, quoniam per illud conceditur correctio legum, primo corriguntur dictæ authenticæ ut possint legitimari spurii, item datur potestas corrigendi leges cum clausula non obstantibus, unde dicitur esse uera diffinitio priuilegii quod priuat legem. capitulo priuilegium. 3. distinctio. & not. in Rubr. ex. de rescr. Item per talē concessionem fit præiudicium tertio ut dictum fuit, ergo est priuilegium, cum beneficium proprie dicatur quando conceditur aliquid præter legem, & princeps ius suum tantummodo transfert & neminem lædit, ideo solet semper ponere clausulam, saluo iure tertii, dicta leg. secunda §. si quid a principe, ne quid in loco publico cum similibus. item continet tot odiosa supra narrata, ergo necessario debet esse priuilegium, cum beneficium nisi fauorabilia concedat, & propterea sequitur quod strictissime est interpretandum, & apparet quod hæc alia ratio Bartol. falsa est, & quod male allegauit dictam l. fi. de consti. principum, cum rectius conueniat capitulum porro, cum matetia, de priuilegiis.

163 Quapropter † ex rationibus adductis per Bartol. & contra eum retorctis apparet manifeste contrariam opinionem ueriorem esse, ualidioribus rationibus fundatam, & concludi debeat sub simplicibus non contineri mixtum, & probatur ultra prædicta alia ratione quam ponit hic Iason. quia concessio in casu mixto dicitur esse maior, & nunquam in aliquibus casibus expressis uidentur maiora concessa capitulo sedes, de rescriptis. clem. non potest, de procuratoribus. no. in l. sed & si quis. §. quæsitum. ff. si quis cautionibus. & l. tutores. §. primo. de admini. tuto. & quia reseruata non ueniunt sub generalitate uerborum cap. conquærente. de officio ordinarii. & in terminis contra Bartol. uidetur probare text. in leg. uim passam. §. præscriptione. ff. de adulteriis, & hanc opinionem contra Bartol. tenuit Io. Calderi. in disputatione Bononiæ habita, quæ incipit, Papa concessit, quam refert & sequitur Ioan. Andr. in addit. speculi in titulo. qui filii sint legitimi, super Rubr. & Ioannes Andr. Butrius & Imol. in capitulo at si clerici. §. de adulteriis, ex. de iudiciis. Imo. in l. si ita scriptum. de lib. & posthum. Archi. in capitulo uirginem. 27. quæstion. prima. Gemin. in capitulo susceptum. in sext. no. per illum text. de rescrip. in sext. & capit. nos consuetudinem 12. distinctione. Anchara. in repetitione regulæ accessorium. in quarta quæsti. de reg. iur. & Aret. hic & decimanona distinctio. §. de adulteriis. & ista est communis * opinio canonistarum, ut refert hic Iason. & sequitur, qui addidit Signorol. in consi. 186. in quæstione uertente inter Durantem, qui dixit quod comes palatinus habens potestatem legitimandi spurios non poterit legitimare spurias fœminas, & inter cætera per rationem quod maior est ratio concedendi potestatem legitimandi spurias masculos, quia utiliores sunt reipublicæ, cum ipsi possint promoueri ad dignitates officia & honores publicos & non fœminæ. l. secunda de reg. iur. & per masculos bona conseruantur in familia & non per fœminas, refert & sequitur Cardin. Alex. in capitulo per uenerabilem, qui filii sint legitimi, in decima columna. & omni modo stantibus prædictis ita tenendum uidetur.

164 Ex alio tamen † capite opinio ista contra Barto. redditur difficilis ultra docto. & uidetur quod opi-

nio affirmatiua de iure uerior sit, quod imo etiam uideatur concessa potestas legitimandi in casu mixto, siue teneamus opinionem, quod ista concessio sit beneficium, siue priuilegium, siue sit fauorabilis, siue odiosa, per theoricam supra traditam in quatuor principalibus quæstionibus examinatis, in quibus semper est facta conclusio, quod mixtum de simplicibus non alteratis de proprietate sermonis continetur sub simplicibus in quibuscunque dispositionibus etiam odiosissimus, quia proprietas uerborum in omnibus dispositionibus attenditur. l. cum lege, & ibi Aretin. ff. de testamentis, & l. prima §. cum autem. ff. de usu aleæ. & aleatoribus, etiam comprehendendo casus fauorabiles. l. in fraudem in fin. ff. de milita. testam. & not. in l. prima. C. de edend. & in l. prima. ff. soluto matrimonio. & dicta theorica probatur in dicta. l. si ita facta. ff. de iniusto rup. & irrit. testam. & l. is qui in puteum. §. hoc interdictum. ff. quod ui aut clam, & l. quid ergo. §. quod ait prætor. ff. de iis qui no. infam. & l. Titiæ textores. ff. de le. 1. & l. seruis urbanis. §. fi. iuncta l. non aliter. ff. de leg. tertio. cum similibus supra adductis. sed in casu proposito mixtum est ex simplicibus non alteratis, quoniam non desinit esse uerum adulterium & uerus incestus, & filii sunt uere adulterini & uere incestuosi, ideo non desinunt esse simplicia, & per consequẽs de proprietate sermonis casus iste mixtus cõtineri debet. & facit etiam ratio suprapposita, quia raro reperitur incestus solus, cum siue fiat cum consanguinea uel uirgine, uel nupta, uel uidua semper erit incestus, uel cum stupro uel adulterio. l. si adulterium cum incestu. & l. stuprum. §. 1. ff. de adult. & in genere uidetur cogitatus, cum raro reperiatur solus. l. qui iure militari. ff. de mil. test. & propterea uidetur concessus, quia parum addit casibus simplicibus. & sic hæc conclusio affirmatiua ex prædicta theorica uerissima reputatur, licet Bartol. nesciuerit eam probare, & tanto fortius prædicta conclusio procedit, si nos teneremus communem * opinionem, ꝙ tractemus de beneficiis & de fauorabilibus, quamuis hæc confirmatio non sit necessaria, & quod hæc concessio sit beneficium non priuilegium, nam rationes doctor. licet non concludant inducunt tamen quandam confirmationem persuasoriam, ut ipsa regula sit manutenenda.

165 Propterea † qui uult defendere opinionem, quod casus mixtus non contineatur, debet aliis argumentis uti quam faciunt tenentes contra Bart. nam debent demonstrare quod licet de proprietate sermonis contineatur casus mixtus tamen ex intentione concedentium non uidetur esse concessus adducendo rationem, quia casus mixtus diminuit rationem concedendi, & ideo restringitur significatio, per text. in dicta l. uim passam. §. præscriptione. Secundo quia inducitur laxior corruptio morum, & homines inuitantur ad delinquendum, quod fieri non debet. arg. dicti. §. fi. & l. si conuenerit. ff. de pact. dotalibus. Tertio quia casus mixtus maior est, & non uidetur esse concessus. d. l. tutores. & cap. sedes. de rescript. & clem. non potest. de procuratoribus, cum concordantibus. Quarto, quia reseruata principi non conceduntur nisi exprimantur, ut per not. in d. l. imperium, & in cap. quo ad translationem, de officio deleg. Quinto fortiter facit, quia si quis petat a principe se legitimari, & exprimat unum defectum tantum, si habeat duos deffectus legitimatio redditur nulla, quia fuit subreptitia petitio, & si expressisset forsan princeps non concessisset, uel cum maiori difficultate. iux. no. in cap. super literis. cum materia ex. de rescript. ergo etiam in ista concessione potestatis legitimandi præsumendum est principem non concessisse, uel restrictius concessisse, ideo nisi per uerba expressa uidebitur esse concessa.

166 Quare † Butrius in d. cap. per uenerabilem 2. col. distinguebat, aut concessit potestatem legitimandi post mortem patris, & tunc non continebitur casus mixtus. aut uero concessit ante mortem patris, & tunc uidebitur concessisse, quæ distinctio parum affert, cũ post mortẽ patris regulariter concessio non ualeat, ut no. in d. l. Gallus. §. & quid si tantum. Item fundatur in ratione odii uel fauoris. ideo Alcia. hic constituebat regulam, ꝙ casus mixtus contineatur sequendo communem.

167 Sed melius † per prædicta constituenda est. fallit autem quando princeps daret potestatem legitimandi post mortem, ut per Butrium.

168 Secundo fallit † quando princeps daret potestatem dispensandi, quia dispensatio est odiosa & sapit quid monstruosum, ut no. in d. c. per uenerabilem. & declarat Bal. in l. eam quam. in 9. col. Cod. de fideicommiss. Paul. de Castr. in l. 1. C. de iur. aur. annullo. Corneus cons. 9. col. fi. in 4. Fran. Cur. cons. 16. col. fi. Barb. cons. 38. lib. 2. ideo comes palatinus habens facultatem legitimandi non posset dispensare, quia illud est magis odiosum. Soc. cõs. 246. col. 3. Frã. Cur. cons. 18. Alex. consi. ult. in lib. 5. col. 2. ꝙ est ualde notandum. ut hic per Rip. qui confirmat, ut per eum.

169 Tertio fallit † quando concessa esset potestas legitimandi aliquam particularem personam, quia stricte interpretatur sicut legitimatio principis, per dictum capitulum super literis. arg. cap. si cui nulla. de præbend. in 6. Abb. & Felin. in d. c. fin. de simo. & Felin. in d. c. postulasti, de concessio. præbend. dummodo sit certo modo expressa.

170 Quarto fallit † quãdo princeps concederet ut posset legitimare ad successionem aliquem incapacẽ de iure Diuino. c. nisi cũ pridẽ, circa mediũ, ex. de renũtiatio. d. c. per uenerabilẽ. in fi. & ita tenet Aret. hic, & uidetur sequi etiam hic Alci. tamen ego puto limitationem uerã si concessisset tantũmodo potestatẽ legitimandi naturales, sed si concedit potestatem legitimandi adulterinos & incestuosos, iam incœpit concedere contra ius diuinum, ergo etiam & iste casus mixtus posset contineri.

171 Quinto fallit † quãdo tractatur de præiudicio alicuius agnati, quia talis cõcessio uidetur esse odiosa. Paul. Raph. Cum. Aret. & Mod. hic, & Alex. cõs. 60. in 8. col. & per consequẽs habẽs potestatẽ legitimãdi spurios nõ poterit legitimare cõtra ius diuinum, quæ limitatio & ipsa restringẽda est quãdo in simplicib. non concessisset ius diuinũ, sed si in simplicibus concessit contra ius diuinum, tunc uidetur eadem ratione

tione potuisse continere casum mixtum, qui uenit de proprietate sermonis.

172 Sexto fallit † quando princeps concederet potestatem legitimandi ommissa causa cognita, & non obstante uitio subreptionis & obreptionis, prout uidi aliquando simile priuilegium, nam tunc talis concessio esset odiosa & irrationabilis, & omnino restringenda, per text. in dicto capitulo per uenerabilem. in uersi. diuersis causis inspectis, quinimo multi solennes doctor. dixerunt quod talis con cessio non ualeat, & rescriptum præsumatur subreptitium tanquam deuians a communi stilo, ut not. in capitulo quam graui, ex. de crimin. fal. & Bal. in proemio feudorum, cum similibus.

173 Quærunt etiam † hic Doctor. an concessa potestate legitimandi omnes illegitimos uideatur concessa potestas legitimandi ad feuda. Soccin. in consili. 319. libr. tertio dixit quod etiam uidebatur con cessa, quia concessio est fauorabilis, & sequitur hic Galliaula & Alciat. numero. 57. qui addit quod procedit in concessione potestatis legitimandi non in ipsa legitimatione, quia si illa simpliciter fiat non intelligitur facta ad feuda, ut est gloss. in capitulo primo. §. naturales, si de feud. fuer. controuersia inter dominum & agnatos. sed tu generaliter dicas, quod hæc concessio non comprehendit feuda, nam ratio quod sit fauorabilis nihil ualet, tum quia non est uera, tum etiam quia illa non sufficeret, per supradicta.

174 Et quod † non comprehendatur facit, quia iste uidetur casus maior omnibus expressis & aliis successionibus communibus, cum tractetur de successione ad consequendum imperium & iurisdictionem, & tractetur de præiuditio domini qui habebit uassallum ex præsumptione, non dubium cum nati ex tali coitu reprobato præsumantur non boni, per regulam Christi, non potest arbor mala bonos fructus facere, & not. in lege prima. ff. soluto matrimonio. ubi interest reipublicæ ciuitates repleri hominibus natis ex legitimo matrimonio, & non ex spuriis, ut ibi not. Item non præsumuntur fideles sicut legitimi, ac etiam est præiudicium aliorum filiorum & agnatorum quibus est ius succedendi etiam in uita patris concessum, ut not. in capitulo primo. de successio. feudi paterni. quod ius aufferreretur eis per legitimationem alterius qui præcederet, & possent descendentes dicti legitimati perpetuo excludere dictos agnatos legitimos, & sic tractatur de maximo præiuditio iuris iam quæsiti etiã in uita propter inuestituram regiam. unde etiam appellantur Barones in uita patris, dicto capitulo primo de successione feudi, & per Andr. in capitulo primo. an agnati uel filii, & confirmatur, quoniam aut feuda pertinent ad alium regem, & clarum est quod non potest concedi hæc potestas, quia necessarium est corrigere leges alterius iurisdictionis, quod non potest fieri, ut not. in capitulo ecclesia Sanctæ Mariæ, de constitut. si uero pertinent ad suos subditos dominos, nec etiã est permissum, quia faceret præiudicium ipsis dominis qui forsan non se cuta legitimatione uassalli morerentur sine successore, & domini admitterentur, quod ius non potest eis aufferri, cum sit perfecte quæsitum. ut not. in l. Gallus. §. & quid si tantum. in materia legitimationis. post Barto. ff. de lib. & posthum. si uero feuda pertinent ad regem concedentem, & adhuc non uidetur tributa talis potestas, quia in generali sermone non ueniunt feuda. dict. cap. 1. §. in generali, si de feud. fuerit contro. inter domi. & agna. quia non faciliter conceduntur in feudis, cum requiratur persona magis digna & morigerata, & in curia regis nullus infamis stare potest, ut no. in cap. 1. de eo qui interfecit fratrem suum, & sic legitimari ad episcopatus non permittuntur nisi exprimatur, cap. nisi pridem. §. personæ de renuntiatione, eodem modo nec ad feuda. & hoc obseruat consuetudo Regni, & in omnibus cancellariis obseruatur, quod expresse detur hæc potestas ad feuda, forsan tamen posset prædicta opinio saluari in feudis rusticis, quæ parum differunt a bonis allodialibus propter quantitatem uerborum, uel propter generalitatem clausularum, quæ solent subiici quod ipse posit peruenire ad ho nores, & quæcunque alia permissa legitimis.

175 Item subdebat † hic Alciat. in fin. quid si princeps concessit tibi feudum pro te & filio fratris spurio legitimato, si eueniat quod ille spurius esset filius sacerdotis, quia frater erat sacerdos, & tamen fuit legitimatus, an posit succedere, & uidebatur dicendum quod non, quia si princeps sciuisset eum esse filium sacerdotis difficilius concessisset, tamen Alciat. determinat contrarium, quia hæc concessio est fauorabilis, & ex benignitate ampliatur, sicut uidemus quod comes palatinus habens potestatem legitimandi poterit etiam legitimare spurios filios clericorum ad bona temporalia, ut late probat Soccin. in consi. 47. uol. 4. eodem modo hæc concessio generalis debet comprehendere filium sacerdotis, tum quia est fauorabilis concessio & latissime interpretanda. l. fi. de consti. prin. & legitimatio respectu filii dicitur esse fauorabilis, dummodo princeps sciret pa trem sacerdotem, quoniam alias subreptitia diceretur impetratio. tamen hæc ratio sua, ut supra dixi, ni hil ualet, cum imo neq; concessio legitimationis sit fauorabilis imo odiosa, neque dicatur beneficium, sed priuilegium, neque consideretur fauor filii, sed odium patris petentis legitimationem, per supradicta, tamen quia ipse modificat suam decisionem, addendo qualitatem quod princeps sciebat fratrem suum esse sacerdotem, quia alias esset subreptitia, placet eius decisio, quia sermo generalis generaliter intelligitur stante aptitudine subiectæ materiæ, nisi sit aliqua ratio militans restringibilis. l. in fraudem. §. fin. ff. de testam. mil. & lege prima. §. generaliter. de. leg. præstand. & l. prima. §. quod autem de alienationibus. Coniunctis not. in l. 1. C. de eden. & plenius in l. omnes populi. in 6. q. prin. in materia extensionis, de iusti. & iure. cum uulgaribus.

176 Quarta est † principalis dubitatio, & septima in ordine, utrum in contractib. & testamẽtis & aliis dispositionib. sub simplicib. contineatur mixtũ, in qua docto. sequendo principia sua distingunt, an agatur de fauorabilibus uel odiosis, & quoniam con-

tractus sunt stricti iuris. l. quid quid adstringendæ. infra eodem, & l. ueteribus. ff. de pact. dicunt quod in eis sub simplicibus non continetur mixtum, & ideo constituunt regulam, quod in contractibus non continetur casus mixtus, per quam Romanus decidit multas quæstiones similes hic columna decimaoctaua. & Butri. in dicto capitulo per uenerabilem, columna uigesimaquinta. Alexand. in consilio 140. circa primum dubium. libro quinto. & uidetur sequi Iason. hic in columna fina. & Alciat. ante nume. 24. tamen ipsemet Iason. aliqua in contrarium allegat, & etiam Alciat. in aliquibus tenet contrarium, ut uel non teneant regulam uel uideantur irresoluti.

177 Tu uero † in contractibus & testamentis & generaliter in omnibus dispositionibus sequendo theoricam suprascriptam sæpius repetitam constituas illas duas regulas principales, Aut mixtum est ex partibus non alteratis, & tunc de proprietate uerborum non continetur neque in fauorabilibus neque odiosis, uel bonæ fidei, uel stricti iuris, quia alia res est, fallit quando mixtum præualet in uno simplici. fallit quando propter communem usum loquendi reputatur pro uno simplici. fallit quando militat eadem ratio expressa. fallit quando mixtum auget rationem concessionis, nam tunc per extensionem casus mixtus continebitur, sicut dictum fuit de legibus statutis & priuilegiis. Si uero mixtum est ex partibus non alteratis, tunc constituitur regula contraria, quod sub simplicibus continebitur mixtū, & de proprietate sermonis, siue sumus in fauorabilibus, uel odiosis, siue in contractibus stricti iuris uel bonæ fidei, per dictam legem si ita facta, de iniust. rup. & irri. testam. & legem. nostram, cum aliis concordanti. supra adductis, quoniam non proprie est casus mixtus, sed sunt simplicia multiplicata, & fortius continebitur si militarent rationes facientes illas quatuor limitationes ad regulam contrariam, quia confirmabitur ista & ampliabitur. fallit tamen quando propter mixturam diminueretur ratio concessionis, quoniam tunc per restrictionem non contineretur ex mente disponentium, quæ in contractibus omnimodo attenditur. l. prima. §. si conuenerit. ff. de pe. & lege insulam. de præscript. uerbis. & l. si uno. ff. locati, cum aliis similibus supra adductis. in §. si quis ita. in articulo, si non ualet quod ago ut ago ualet, ut ualere potest, sinautem in contractibus testamentis, & aliis dispositionibus fiat mentio de uno simplici tantum, non continebitur casus mixtus quando est ex partibus alteratis, quia alia res est, neque etiam quando est ex partibus non alteratis, quia totum mixtum semper est diuersa res ab uno simplici. fallit in illis quatuor casibus supra positis ad regulam negatiuam, quia tunc per extensionem sub appellatione unius simplicis contineretur casus mixtus per extensionem ex mente disponentis, si uero quæratur, an pars mixti contineatur sub uno simplici, & tunc dicendum est quod sic, quia cum simplicia non sint alterata, illud simplex est eadem res cum alio nominato. argum. text. in §. si uero, in authentic. de non eligend secundo nubentes. fallit quando propter mixturam diminueretur ratio concedendi, quia tunc neque etiam illa pars mixti contineretur propter restrictionem ex mente disponetis, per l. uim passam. §. præscriptione. infra de adulteriis. secundum intellectum supra traditum, & hæc quantum ad theoricam generalem, ut tamen in practica appareat utilitas infertur ad uarias quæstiones contingentes.

178 Primo infertur † ad quæstionem, an in contractu feudali casus mixtus contineatur sub simplicibus, & Roma hic tenet quod non, & allegat Butri. in proemio Gregoriano, quia stricta fit interpretatio. sed Alcia. dicit indubitanter contrarium esse uerius, quia imo feuda sunt beneficia & late interpretantur. unde in eis dispositio loquens in filiis extenditur ad nepotes, capitulo primo. §. & si clientulus, de alien. feudi. Bald. consilio 170. ad euidentiam. in pri. Iason. in dicta leg. Gallus. §. instituens. & leg. si extraneus, de condi. ob causam. item etiam, quia talis contractus sapit naturam bonæ fidei, ut per mod. in proemio. feudorum, & in capitulo primo de beneficio fratris, Bald. in Rubr. C. de rer. permutatio. præsertim si sit initus cum principe, quia omnes contractus facti cum principe sunt bonæ fidei secundum Bald. in extraua. de pace constantiæ. uersi. si qua uero. ut hic per eum, quæ tamen rationes, ut in præcedentibus diximus non sunt ueræ neque attenduntur, quoniam imo materia feudalis continet priuilegium, & non beneficium, & stricte interpretatur, & ideo opportet quæstionem dirimere secundum præcedentem theoricam, quia aut agitur de mixto ex partibus alteratis, & non continebitur in dubio, nisi militent aliquæ rationes quæ faciant unam ex quatuor limitationibus traditis ad regulam negatiuam, si uero agitur de mixto ex partibus non alteratis, & regula tunc constituetur contraria quod continebitur, siue teneas quod sit contractus stricti iuris. siue bonæ fidei, & fortius quando militabunt rationes extensiue. Fallit quando propter mixturam diminueretur ratio concessionis, quia tunc restringeretur, & si esset facta mentio de uno simplici tantum regulariter non contineretur nisi militarent rationes extensionis, uel nisi ageretur de parte mixti tantum, & in omnibus ut supra.

179 Eodem modo † determinari debent casus relati hic pro Roma. columna. decimaoctaua & Butrium in dicto capitulo per uenerabilem. dum dicunt quod in actibus inter uiuos sub simplicibus non continetur casus mixtus, & in alio casu quem posuit Alexander consilio 140. circa primum dubium, lib. quinto. columna secunda. nam in omnibus dictis casibus opportet dicere, an agatur de mixto ex partibus alteratis, uel non alteratis, ut in prædicta theorica, & non debet distingui inter contractus, & testamenta prout uolebat Ias. hic col. fin. qui adducebat argumenta probantia quod plura procedunt in ultimis uoluntatibus, quæ non admittuntur in contractibus, quoniam in hac materia dictæ differentiæ non concludunt, quia non curatur an simus in fauorabilibus uel odiosis.

180 Eodem modo † determinari debet quod uoluit

Bar.

Bar.in l.si extraneus.ad finem. ff. de condi.ob causam. decidens quod in contractu uenditionis qui est bonæ fidei sub simplicibus contineatur casus mixtus propter æquitatem dictæ l.si ita scriptum.ff.de liberis & posthumis.nam hæc ratio non concludit. & dicta lex si ita scriptum.loquitur in casu spetiali prout supra dixi declarando intellectum illius tex.

181 Infertur etiam † ex prædicta theorica, quid seruãdum sit in testamentis, & in spetie ad quæstionem quam posuit Bal.in l.fi.in princi.C. cõmunia de leg. quod si pater legat libros legales filio si fiat Doctor Iuris Ciuilis, & medicinales si fiat doctor in medicina, & eueniat quod filius assumat utrunque gradum habebit omnes, quia sumus in fauorabilibus fauore studiorum & scientiæ, idem tenent mod. in d.l.Titiæ textores.sed Alcia.hic num.19.uidetur dubitare, per not. per Bartol.in l. cum auus.in fine. de conditio.& demonstrationi. cuius dicta statim subiiciam.

Sed tu dicas quod hæ considerationes non concludũt, quoniam in ultimis uoluntatibus non distinguimus an actus sit fauorabilis uel odiosus, per tex.in l. si ita facta.ff.de iniusto rup.& irri.testam. coniuncta l.seruis urbanis.§.fi.& l.non aliter.ff.de lega.3. & l. Titiæ textores.ff.de leg.primo. sed solum debet distingui, an casus mixtus sit ex partibus alteratis uel non,& qualitates concurrentes in eodem subiecto simul sint compatibiles uel non,secundum theoricam traditam super tertio genere mixtorum, & cum in proposito casu qualitas doctoratus in legibus & medicina sint compatibiles, sub simplicibus continebitur mixtum.per d.l.seruis urbanis.§.fin.& d.l. Titiæ textores.& facit tex.in l. filius senatoris. ff. de senator.& l.per adoptionem.ff.de adoptionibus.cum cõcordantibus adductis ibi in secunda spetie tertii generis,& in septima & octaua spetie primi generis.

182 Item infertur † ad decisionem Bar.in d.l. cũ auus. in ult.q.ff.de cond.& demon. quamuis lecturæ Bar. sint super illa quæstione corruptæ, quia & decisio corrupta est,sed secundum Ias.quæstio fuit,quia testator substituit filio,hoc modo,si filius meus moriatur sine filiis masculis relictis fœminis grauo quod restituat hæreditatem Titio.si uero habeat masculos grauo quod det tantum illi, euenit casus quod ille mortuus est relictis masculis & fœminis, & sic fuit casus mixtus,an habebit locum legatum,& sic illa cẽtum debeantur, & qualitas de fœminis intelligatur repetita.Bart.ibi argumentatur primo quod sic,quia sub simplicibus continetur casus mixtus,sed Bart.ibi decidit contrarium,quia conditio deficit,quia intelligitur si habuerit masculos, & si habuerit masculos solos,& si non habuerit fœminas,& ratio Barto.est, quia in l.si ita scriptum tractatur de materia sustinendi testamentum,hic autem tractatur de fideicommissis.Alcia.uero num.19.intelligit Bart. uelle quod illa regula procedat in fauorabilibus quando militat magnus fauor, puta institutionis uniuersalis,secus si fideicommissi uel legati,quam distinctionem reprehẽdit ipse,quia imo etiam procedit in legatis. d. l. Titiæ textores.& quæstionem Bar.in d.l.cum auus.determinat propter aduersatiuam,si uero, quæ ostẽdit expressam mentem nolentis disponere nisi in altero casu, quæ etiam declaratio non est uera,quoniam in d.l.si ita scriptum.etiam poterat esse illa dictio, si uero.& in l.Clemens.& l.si ita scriptum de hæred.inst. & iõ in quæstione Bar.decidẽdum est ut in d.l. si ita scriptum.de lib.& posthu. quod de rigore iuris talis casus mixtus non continebitur.ex eo quia licet sit factus ex partibus non alteratis in substantia,tamen alteratio inducitur in dispositione, & ideo non continebitur de rigore.d.l.si ita scriptum.solum autem poterit contineri de benignitate ex intentione, & ideo inspiciendum est an testator habuerit illam mentem quæ cognoscetur per qualitatem personæ cui relicta fuere centum,an sit persona ualde dilecta a testatore,& admittatur ex mente,uel non fuerit ualde dilecta,quia sit extranea, nam tunc credendum est quod propter extraneos noluerit diminuere dotes ipsarũ filiarum quando concurrerent cum filiis masculis.unde tota quæstio dependet a coniecturis traditis in d. l.cum auus.coniuncta ratione posita in dicta l. si ita scriptum.

183 Quinta † est principalis dubitatio,quid si mixtum sit ex duabus personis simul iunctis propter unã qualitatem,ut quia duæ personæ habeant potestatem disponendi de certis rebus, & certum actum faciendi, an debeat iudicari secundum unam uel aliam. Rom.

184 hic † octaua col.nu.40.uers.3. principaliter.dicebat quod aut concurrunt personæ plures, & una habet authoritatẽ faciendi actum & alia non habet,& attẽditur persona habens authoritatem ut actus ualeat si sumus in contractibus.l.1.§. quid enim si duo. supra quod cum falso tut.nisi unus esset excommunicatus, quia attenditur persona annullans.capitulo fi. extra de procuratorib. nisi sit omnino inhabilis, ut laicus in electione iuris spiritualis.§.Messana.de electione. quia tunc pro non interueniente habebitur. si uero sumus in sententiis quæ sunt indiuidua.l.in hoc iudicio.ff.fami.herciscun.si unus iudex est habilis & alius inhabilis iudicatur actus nullus ex persona inhabili. ca.cum super.de offic.deleg.ca.ad probandum.de re iud.l.Pedius.ff.de arb.si uero utraque est capax, tũc attendimus qualitatem dignioris ut ab eo possit appellari.l.præcipimus.in fi.C.de appellationibus.& c. super quæstionum. §.si uero duo, de officio deleg. ut hic per eum.

185 Tamẽ hæc distinctio † inter contractus & iudicia non uidetur bona, quia ratio differentiæ est, quoniam in dicta lege prima quod cum falso tutore, unus solus tutor sufficiebat ad ualidandum actum, & hoc idem est quando in sententiis unus solus iudex habet potestatem faciendi actum, quia si uterque proferat, sententia ualebit ex persona illius qui poterat sententiare. dicta leg. Pedius. §. fi. cum l.sequen. ubi si duo arbitri sunt electi cũ clausula,quod si non omnes, unus solus proferat, quia tunc unus solus potest facere sententiam ualidam: & dicitur in l. sed si ita.quæ sequitur, iunctis tamen declarationibus Barto in dicta l. prima. quod cum falso tutore,& dicta l. Pedius,& si in contractibus requiratur consensus plurium in communi, ut quod mulier non possit contrahere sine consensu duorum cõsanguineorum, si unus reperitur furiosus, & alte-

rum habebit, non ualebit contractus, quia non potest facere actum. arg. d. l. si ita. & sentit Bar. in d. l. 1. dicens probari quod sufficiat authoritas unius tutoris, quia habent iurisdictionem insolidum, ergo si nõ habent iurisdictionem insolidum, sed communem non sufficiet authoritas unius si alter est furiosus. l. 1. C. si ex pluribus tutor. & l. si. C. eo. tit. ideo solum uidetur distinguendum, aut uterque habet potestatem faciendi actum in communi pro indiuiso, & tũc qualitas quæ nocet attenditur, ex eo quia alter non habet potestatem. si uero eam habet pro diuiso, & tũc sufficiet quod unus recte faciat, quia qualitas quæ nocet non potest aufferre ualiditatem actus per alterum perfecti, ideo omnes quæstiones quas ipse infert ex prædictis declara cum prædicta distinctione, & quod ipse determinat in sentẽtiis idem etiam procedat in contractibus & aliis dispositionibus.

186 Item potest dubitari † quid si in uno actu concurrat mixtura plurium rerum diuersarum qualitatum uel naturæ quæ attendatur, ut quod una sit in commertio & alia non, & distinguas eodem modo, aut res sunt separabiles & per se consideratæ, & tunc actus ualet in habili & in alio nõ valet, quia utile per inutile non uitiatur, ut not. in d. l. 1. §. si stipulanti. supra eo. an uero simul sunt coniunctæ ad dispositionẽ concernendo unum indiuiduum, & tunc si non ualet in parte, nec ualet in toto, quia qui uoluit emere quadrigas uel lecticarios cogitauit omnes habere non aliquos, sicut quando emit fundum cogitauit totum habere non autem partem, & faciunt omnia quæ dicuntur de redhibitione an omnes res propter unam morbosam debeant redhiberi an uero illa tantum, ut si emptio constricta. ff. de rescin. uend. & l. cum eiusdem, & l. plærunque. ff. de ædil. ædicto. cum ibi no.

187 Et per prædicta † tu poteris resoluere omnes quæstiones contingentes sub hoc quinto genere mixtorum, quod tamen potest contineri sub tertio genere qualitatum, & ad resoluẽdas dictas quæstiones faciunt ea quæ diximus super quarta spetie primi generis mixtorum an attendatur qualitas quæ prodest, uel quæ noceat, & hæc sufficiant.

Ioan. Bolognetus Salerni legens, & Messanæ repetita, die prima Februarii 1570. in octo lectionibus.

SVMMARIVM.

1 *HIC est famosus & subtilis. §. in quo tractatur quid iuris sit quãdo cõtrauentũ est stipulationi diuiduæ uel indiuiduæ in principalibus uel eorum hæredibus.*

2 *Dictum Catonis uenit suppletiue ad §. item si in facto, decidendo de factis diuiduis in principalibus & hæredibus.*

3 *Materia huius. §. est ualde profunda & pauca arma subministrauerunt doc. scholaribus in hoc periculoso lerneo conflictu.*

4 *Septẽ separata sunt pro præuia inspectione tradẽda per quorum intelligentiam aperitur aditus ad intelligentiam literæ, & euitandas æquiuocationes.*

5 *Diuisio quid sit & quomodo diffiniatur tam actualis quã intellectuales.*

6 *Diuisionis in genere sunt duo genera subalterna quæ continent quatuor speties distinctas, numeralem, quotitatiuam, integralem, & simplicem.*

7 *Singulæ speties diuisionis ponũtur, & declaratur in quo differant.*

8 *Actualis diuisio non pertinet ad materiam nostram sed ad titulum familiæ herciscundæ & communi diuidundo.*

9 *Intellectualis diuisio pertinet ad materiam nostram.*

10 *In materia dispositiua non tractatur de diuisione actuali.*

11 *In materia nostra licet non tractetur de diuisione actuali, oportet tamen quod interueniat eius habilitas & cognitio propter finem.*

12 *Duæ sunt principales conclusiones semper menti tenendæ, quod diuisio actualis non pertinet ad hanc materiam, alia quod sola intellectualis pertinet sed cum aptitudine actualis.*

13 *Omnes res mundi aut sunt corporales aut incorporales.*

14 *Duæ sunt partes constituendæ & separatim declarandæ, una quomodo diuidautur res corporales, alia quomodo diuidantur res incorporales.*

15 *Omnes res corporales aptitudine per naturam possunt diuidi per omnes quatuor speties diuisionis, ut demonstrant artifices.*

16 *Secundum philosophos res corporales diuidi non possunt quãdo corrumpitur forma, ideo omnes speties indiuidua nuncupantur.*

17 *Leges non permittunt diuisiones rerum corporaliũ quando uel deteriorantur uel corrumpuntur, quia mandant ut quilibet re sua bene utatur.*

18 *Quando tractatur de præiuditio alterius leges non permittunt actualem diuisionem præiudicialem.*

19 *Diuisio actualis secũdum leges permittitur per quas res afferunt utilitatem in parte respectu partis sicut in toto respectu totius.*

20 *In stipulationibus & alijs dispositionibus in quibus agitur de præiudicio alterius res corporales sunt diuiduæ quando afferunt utilitatem in parte sicut in toto.*

21 *Res corporales omnes intellectualiter diuidi possunt per omnes speties diuisionis secundum naturam & philosophos, quia per eam non corrumpitur forma.*

22 *Diuisio intellectualis permittitur a lege in stipulationibus quando est habilitas actualis futura, alioquin secundum leges sunt indiuiduæ.*

23 *Res corporales secundum legem sunt diuiduæ actualiter & intellectualiter quando afferunt utilitatem in parte sicut in toto, alioquin sunt indiuiduæ,*

24 *Res incorporales neque secundum naturam philosophos & leges recipiunt diuisionem actualem, quia uideri neque tangi possunt.*

25 *Res incorporales diuisionem intellectualem passim recipiunt secundum naturam & philosophos & legem, quando non tractatur de præiudicio alterius.*

26 *Diuisio rerum incorporaliũ per legem permittitur quando affert utilitatem in parte sicut in toto, alioquin res efficiuntur indiuiduæ, ut in factis si præiudicatur alteri.*

27 *Conclusio alia generalis in capite tenenda est, quod secũ*

dum

secus est in hæredibus promissoris.

78 In stipulationibus prætorijs idem seruatur tam in hæredibus promissoris quam stipulatoris ex æquitate secundum Bart.

79 Dicta in stipulatione, per te non fieri, de hæredibus habẽt etiam locum in stipulatione, habere licere.

80 Stipulatio pœnalis est indiuidua quantum ad commissionem, & diuidua obligatione & solutione, si apponitur facto indiuiduo.

§. Cato.

81 Iste. §. Cato uenit suppletiue ad §. item si in facto, in stipulationibus diuiduis respectu hæredum. & principalis.

82 Iste. §. est ualde ambiguus & incertus, & recipit plures dubitationes quam uerba, nam septem recipit in litera, & sex in sensu uerborum.

83 Quis fuerit iste Cato discutitur & referuntur quatuor Catones, & dicitur quod fuit filius Catonis censorij.

84 In iure digestorum fit mentio de dictis Iurisconsultorum existentium etiam tempore libertatis Romanæ.

85 Dictum Catonis quatenus extendatur, & concluditur quod durat usque ad uersi. uideamus.

86 Qualis debeat esse litera, an in illa stipulatione, uel illam stipulationem, declaratur, & firmatur litera pisana, illam stipulationem.

87 Verbum, peccari, bene stat, & non potest dici præstari.

88 Quot stipulationes referantur in hoc. §. declaratur, & cõcluditur quod Cato solum posuit exemplum de duabus stipulationibus.

89 In litera pisana non reperiuntur illa uerba, iter nõ fieri.

90 Stipulationes in hoc §. relatæ sunt negatiuæ, & nulla affirmatiua.

91 Versi. uideamus habet tres literas & qualis sit bona inquiritur.

92 Litera pisana quod non sint uerba, Paulus respondet, probabilis est, & quod sint, etiam probabilis est, quia non interest an sint uel non sint.

93 Litera affirmatiua, Paulus respondet, uel negatiua etiã probabilis, & non interest qualis fuit posita.

94 Verba committere stipulationem uel pœnam, quem sensum habeant declaratur.

95 Quia pœna exercetur contra hæredes, inoleuit modus loquendi doctorum quod pœna committitur contra hæredes, tamen ipsi sunt qui committunt.

96 Verba, iter fieri, quem sensum habeant inquiritur, & refertur communis opinio quod significant seruitutem concedi, quæ reprehenditur.

97 Alia est expositio quod denotent seruitutem cum mixtura facti sternendi iter.

98 Tertia est interpretatio Ias, quod denotent merum factũ sternendi iter, qui etiam reprehenditur.

99 Quarta est expositio Alcia. ut uerba, iter fieri, denotent ire, quæ imperfecta est licet sit uera.

100 Quinta est expositio authoris. ut uerba, iter fieri, exponantur, idest stipulatori licere ire, & est portio stipulationis per te non fieri.

101 Verba, uel non fieri, quem sensum habeant inquiritur, quatenus reperiuntur, & communis sensus refertur quod exponantur, per te non fieri, quominus &c.

102 Secunda est expositio Ias. ut denotent non fieri iter, quæ reprehenditur ab Alcia.

103 Tertia est expositio Alcia. quod uerba, uel non fieri, denotent non ire.

104 Quarta est communis expositio quod significet per te nõ fieri quatenus est portio stipulationis ire agere licere.

105 Verba hæc, iter fieri uel non fieri, ita breuia posita fuere ad euitandam uerbalitatem, cum satis in fine ueniebant exponenda.

106 In dicto Catonis facta fuit mentio unius stipulationis indiuiduæ & unius diuiduæ.

107 Verba, amplius non agi, quem sensum habeant inquiritur, & refertur expositio Bart. & communis quæ reprehenditur.

108 Alia est expositio quod uerba, amplius non agi, referantur ad negotium pecuniarum & ad alias etiam species corporales, quæ tenetur.

109 Ratio inquiritur quare stipulatio amplius non agi & rem ratam haberi sit diuidua, & rationes communes non concludunt.

110 Ratio noua aßignatur quando factum exercetur super re existente in rerum natura & diuidua, ut in theorica generali.

111 Sensus uerborum uersi. uideamus, inquiritur, & ratio dubitationes causans demonstratur.

112 Primus est modus intelligendi quod omnes stipulationes in dicto Catonis expresse referantur in dubio de earum natura.

113 Secundus modus intelligendi est quod stipulationes Catonis reuocentur in dubium an habeant naturam cũ stipulatione rem ratam haberi addita.

114 Tertius est modus intelligendi quod dictum Catonis præsupponatur uerum, & solum dubitetur de natura illius rem ratam haberi, quæ fuit addita per Paulum.

115 Primus modus legendi cum suis intellectibus reprehenditur tanquam absurdus & inconueniens.

116 Secundus modus intelligendi declaratur, & adaptando ad ueram literam Catonis approbatur.

117 Tertius modus legendi uerior demonstratur, unica decisione, quod stipulatio rem ratam haberi sit diuidua, decidere ostenditur.

118 Litera in litera quod in illa stipulatione quomodo debẽt legi ostenditur.

119 Quæcunque obseruatur litera in hoc uersi. uideamus. unica semper est decisio, quod stipulatio rem ratam haberi est diuidua.

120 Diuiditur & summatur.

121 Casus figuratur super dicto Catonis enucleans totam materiam.

122 Paulus decidit quæstionem cum authoritate dicti Catonis.

123 Casus figuratio super subauditione facta a Paulo enucleans totam materiam stipulationum indiuiduarum.

124 Scripturæ imperfectæ quando poßint allegari declaratur.

125 Pœna non debetur nisi sit promissa per stipulationem.

126 Stipulatio pœnalis an ad sui ualiditatem requirat pro forma illa uerba, nomine pœnæ, late inquiritur, referẽdo uarias opiniones.

127 Opinio communis defenditur cum suis argumentis ab obiectionibus aliorum.

128 Opinio et distinctio Socci. refertur & reprehenditur.

Opinio

quod in obligationibus dandi,licet diuiduis,pœna cō mittatur insolidum pro hæreditaria portione.

181 Ratio doct.& glo.ex multis confirmatur, quod facilius quis potest pro alio dare quam facere.

182 Conditio in factis est diuidua licet in datione sit indiuidua,uel in conditione acquisitiua.

183 Conclusio generalis firmatur,quod in factis diuiduis pœna committatur pro portione sua fallit in casibus hic relatis.

184 Stipulatio,amplius nō agi,quare sit diuidua declaratur, referendo uarias rationes.

185 Ratio Cumani refertur & reprehenditur, quia omnia præsupposita sua sunt falsa.

186 Facta omnia sunt incorporalia & inuisibilia.

187 Res corporales quomodo recipiant diuisionem intellectualem.

188 Res incorporales quomodo secundum legem recipiant diuisionem intellectualem.

189 Stipulatio,amplius non agi, est diuidua ex generali theorica supra tradita.

190 Stipulatio,amplius non agi,est diuidua in negotio pecuniario,& indiuidua super rebus indiuiduis.

191 Stipulatio,amplius non agi, de spetiebus an sit diuidua, late inquiritur.

192 §.pro parte.l.in executione. infra eodem.non habet locum in stipulationibus negatiuis, seu quando agitur de auocando.

193 Stipulatio rem ratam haberi, quando sit affirmatiua uel negatiua,declaratur.

194 Stipulatio amplius non agi & rem ratam haberi,continent quid affirmatiuum, tamen principaliter sunt negatiuæ.

195 §.pro parte, an habeat locum in obligationibus faciendi,declaratur.

196 Versicul. uideamus, uenit suppletiue ad §.Cato. in tribus.

197 Stipulatio,rem ratam haberi,est indiuidua in principalibus, & idem etiam est in quibuscunque alijs stipulationibus diuiduis.fallit ut hic.

198 Creditor recipiens partem debiti & pœnam, an teneatur rem ipsam imputare in pœnam, late declaratur.

199 Si unus hæres stipulatoris impeditur, solus agit ad partem pœnæ.

200 Conditio obligationis quando in hæredibus stipulatoris mutari posit.

201 In stipulatione,rem ratam haberi,contrauenitur per factum affirmatiuum.

202 Hæres promissoris contrafaciens solus tenetur pro portione sua, & quare.

203 Conditio obligationis quomodo poßit mutari in hæredibus promissoris nouiter declaratur.

204 Ratificatio tacita an inducatur quando quis promittit ratificare.

205 Stipulatio,rem ratā haberi,an efficiatur indiuidua propter inconueniens.§.pro parte.

206 Stipulatio,habere licere, quando sit diuidua uel indiuidua inquiritur.

207 Noua ponitur declaratio quando stipulatio habere licere sit diuidua uel indiuidua.

208 Stipulatio de defendendo quando sit diuidua uel indiuidua,declaratur.

209 Stipulationes omnes quomodo cognoscantur an sint diuidæ breuiter epilogatur.

210 Pœna an poßit promitti de omnibus rebus dicitur.

211 Obligatio non incipit in persona hæredis quamuis solus contraueniat.

212 Verba,iter fieri uel non fieri, quomodo exponantur declaratur cum glos.

213 Cohæredes soluentes repetunt a contrauenientε.

214 Stipulatio,amplius non agi,quare dicatur diuidua.

215 Stipulatio dandi an dicatur indiuidua,& quid de pœna apposita stipulationi dandi.

216 Verbum,peccari, scribendum est non autem præstari.

217 Intellectus ad §. uideamus, inquiritur & late declaratur.

218 Intellectus magis probabilis est quod quæstio formetur per Paulum,an stipulatio rem ratam haberi sit diuidua uel indiuidua.

219 Interesse quando committatur in principali pro parte.

220 Stipulatio de defendendo quando sit diuidua uel indiuidua.

221 Actio ad indiuidua proueniens ex primordiali obligatione competit insolidum contra omnes hæredes & pœnalis pro portione hæreditaria.

222 Obligatio pœnalis an debeat sequi naturam principalis an sit eius accessoria.

223 Duæ sunt principales conclusiones separatæ,& duo constituendi articuli quomodo agatur ex primitiua, & quomodo ex secundaria obligatione.

224 Theorica Bar. quomodo agatur ex primitiua obligatione refertur,& literaliter declaratur.

225 Indiuiduum consideratur tribus modis, seu tres sunt species indiuidui.

226 Seruitutes an & quomodo dicantur omni respectu indiuiduæ.

227 Seruitutes quare non possunt diuidi per legem declaratur.

228 Facta an sint diuidua duplici respectu uel omni respectu declaratur.

229 Facta omnia respicientiam rem fiendam sunt omni respectu indiuidua,ideo non bene ponuntur in secunda spetie indiuiduorum.

230 Facta exercenda circa rem deductam in esse quomodo dicantur diuidua uel indiuidua, & an sint exempla ad dictam secundam spetiem.

231 Stipulatio,rem tradi, an sit diuidua uel indiuidua obligationem,late discutitur.

232 Fundamenta communis opinionis quod sit indiuidua obligatione,referuntur quibus respondetur.

233 Fundamenta quod sit diuidua obligatione referuntur, quibus etiam respondetur.

234 Opinio Mariani refertur & reprehenditur.

235 Stipulatio rem tradi si est indiuidua obligatione uidetur quod cogat promissorem soluere sæpius, & quomodo procedat late declaratur.

236 In stipulationibus seruitutum,& per te non fieri,uel nō offendi,hæredes multiplicatiue tenentur,& agunt in solidum.

237 Stipulationem,rem tradi, diuiduam esse obligatione ex multis comprobatur.

238 Stipulatio,rem tradi, in contractu uenditionis an sit diuidua

Sexta

Lex quarta.§.Cato.



1 HIC est famosus † subtilis & difficilis paragraphus in quo cõpilatores prosequũtur materiã propositã declarandi effectus stipulationũ factorum diuiduorũ uel indiuiduorum quando cõtrauentũ est eis in hæredib. promissoris stipulatoris principaliũ tã in factis diuiduis quã indiuiduis siue apposita sit pœna siue agatur ad interesse: quã inceperũt a l.4.§.itẽ si ĩ facto.& prosecuti fuere per totã illã legem & l.3.& quartã cum toto.§. nostro.

2 Sed quoniã † in d.§.itẽ si in facto erat tantũmodo dictũ quid iuris sit quando cõtrauentũ fuit in factis indiuiduis in hæredib. stipulatoris & promissoris, per hũc §.additur quid seruandũ sit ĩ factis diuiduis quã do cõtrauentũ est in hæredib. promissoris & in ipsis principalib. propterea cũ recipiat ardua cõtraria & difficillimas solutiones doc. hic totã materiã collegerunt declarãdo quid iuris sit quando cõtrauentũ fuit stipulationib. factorũ tã diuiduis quã indiuiduis in hæredib. promissoris & stipulatoris & principalibus quando est apposita pœna uel agatur ad interesse.

3 Quæ materia difficilis est ualde & profunda & æquiuocationibus subdita, ut ex læui mutatione in inuolutiones irressolubiles incurri poßit. propterea ad firmandos terminos multa ultra doct. pro præuia inspectione ponenda sunt, quoniam doc. pauca arma subministrauerunt iuuenibus in hoc periculoso lærneo conflictu.

4 Ideo septẽ separata ad euidentiã totius materiæ

tradere opere pretium est. Primo quid sit diuisio & quot sint eius species, & de qua tractetur in hac materia nostra. Secundo qũo omnes res de mundo diuidi posśint & diuiduæ seu indiuiduæ efficiantur. Tertio qũo stipulationes diuiduæ uel indiuiduæ efficiantur. Quarto quomodo stipulationes reperiantur indiuiduæ omni respectu, uel diuiduæ omni respectu, uel mixtim diuiduæ & indiuiduæ aliquo respectu. Quinto proprius accedendo ad materiam uidendũ est quomodo facta diuidi posśint, & dicantur diuidua uel indiuidua, & stipulationes eorum diuiduæ uel indiuiduæ. Sexto, quoniã iste. §. dependet a præcedentibus, oportet declarare literaliter tex. a §. item si in facto usque ad §. nostrum, demonstrando in quo conueniant & disconueniant. Septimo postea deueniendo ad §. nostrum declarabimus spetialia præmissa per doctor. hic tradita quæ pro maiori parte etiam repetimus in l. stipulationes non diuidũtur. infra eodem. tamen quia hic magis frequentantur & ad alium finem tendunt plenius hic referenda esse censui.

5 Primo igitur † uidendũ est quid sit diuisio, quam quæstionem tanquam notam doctor. ommiserunt, ualde tamen necessaria est ad æquiuocationes euitãdas, ideo dicas quod diuisio est actualis uel intellectualis partium separatio in toto generali uel uniuersali uel spetiali, dicitur partiũ separatio, quia qui diuidit aliud non intendit nisi partes separare, ideo decisio est contraria unioni, & quoniam hic diuisio fit de facto: actualiter faciendo separationem, & aliquando per intellectum tantum, ideo additur in diffinitione, quod est actualis uel intellectualis separatio, actualiter fit separatio quando secatur res, & una pars ponitur in uno loco & alia in alio. intellectualiter uero fit per solam imaginationem cum intellectu separando partes, non mutando neque alterando formam, sed de partibus disponitur sicut si essent actualiter separatæ, additur postea in toto, quoniam subiectum separationis & diuisionis est unum totum unitum quod separatur in partes & in qua præsupponitur unio præcedens uel per aggregationem seu collectionem, uel per uniuersitatem, uel per spetialem formam impositam.

Vnde causatur triplex totum in proposito materiæ nostræ. totum generale seu collectiuum. totum uniuersale, & totum spetialis formæ. Totum generale est quando plures res uniuntur uel subiectiue, ut species sub genere, uel collectiue per nomen, ut chorus, familia, quadrigæ, uel lecticarii, quod totum separatur in partes per diuisionem. Totum uniuersale est quando constituitur unum corpus essentiale intellectuale sub quo plures res continentur, ut hæreditas. peculium, & dos, & grex, secundum unam opinionem, quod etiam separatur in partes. Totum spetiale est quãdo una res recipit suam formam spetialem, ut domus, æquus, & bos, quod etiam separari potest in partes, & propterea in diffinitione omnia dicta uerba tanquam necessaria posita fuere.

6 Ex qua † diffinitione apparet quod duo sunt genera subalterna diuisionis, unum de actuali diuisione, aliud de intellectuali, quæ duo genera recipiunt sub se quatuor species in materia nostra considerabiles, numeralem nempe, quotitatiuam, integralem, & simplicem. Numeralis diuisio est quando per separationem non corrumpitur forma sed res integre separatur per numerum, & ista plærunque cadit in toto generali in quo plures res sub uno nomine continentur.

7 Diuisio † quotitatiua est quando unum totum diuiditur in partes quæ continent totam substantiam ipsius rei pro rata, & exemplum est in hæreditate quæ continet res hæreditarias plures diuersæ naturæ. tamen si testator relinquat tertiam partem hæreditatis in ea continentur omnes res hæreditariæ pro rata, ut unusquisque tertiam partem omnium rerum habere dicatur, & hæc diuisio alterat formam tam uniuersitatis quam ipsarum rerum, & aliud exẽplum est in homine uel æquo, quem habent tres fratres, nam unusquisque habet tertiam partem hominis cum capite corde & aliis suis partibus, & sic diuidere in partes quotitatiuas est constituere de toto partes habentes totam substantiam rei pro rata.

Diuisio integralis est quando unum totum diuiditur in partes integrales, ut domus in parietem & tectum, & homo in caput & cætera membra, uel in corpus & animam. nam istæ separatæ deficiunt in forma, & unitæ constituunt spetiem & integrant eam, & differt hæc diuisio a præcedenti, quia ibi partes continent totam substantiam rei pro rata, in hac uero non continent totam substantiam sed unũ necessarium quod unitum cum alio perficit rem & eam integrat.

Diuisio simplex est quando ruditer res diuiditur seu in partes indiscretas uel in frustra, ut si homo diuidatur amputando manus uel pedes uel caput, sicut faciunt macellatores & cæteri artifices, quæ quatuor species, ut dixi, æqualiter continentur sub actuali diuisione & genere intellectualis diuisionis.

8 Actualis autem † diuisio non pertinet ad materiam nostram, sed pertinet ad titulum familiæ herciscundæ, & communi diuidundo, in quibus agentes & iudices separant ipsas res, attribuendo uni unam partem, & alteri aliam partem, sed in materia nostra stipulationum nunquam fit hæc actualis separatio.

9 Diuisio autem † intellectualis est illa quæ pertinet ad materiam nostram, quoniam in stipulationibus nunquam contrahentes diuidunt res ipsas promissas actualiter sed solum per intellectum, & est ge-
10 neralis regula † quod in materia dispositiua non tractatur de diuisione actuali sed intellectuali tantum, nam si testator instituit hæredes plures, uel legat pluribus res, diuidit intellectualiter hæreditatem, asśignando unicuique partem suam. iuxta §. hæreditas. insti. de hære. instituend. tamen actualiter nunquam diuidit, sed illa diuisio postea fit mortuo testatore
11 inter hæredes, tamen † oportet quod interueniat habilitas actualis diuisionis, quoniam finis est disponẽtis ut unusquisque consequi posśit partem asśignatam nisi prohibeatur diuisio.

Quare

12 Quare facias † duas conclusiones principales in hac materia, & eas ponas in capite & perpetuo recorderis quia semper sunt ueræ, una est quod in materia nostra non tractatur de actuali diuisione, sed illa pertinet ad titulum communi diuidundo, & finium regundorum. Secunda est diuisio intellectualis quæ pertinet ad materiam nostram, tamen quia fit ad finem ut sequatur diuisio actualis, requiritur quod interueniat habilitas diuisionis actualis ideo, & de ea cognitionem habere oportet.

13 Secundo † præmittendum est, quomodo res mundi diuidi possint seu sint diuiduæ, uel indiuiduæ. in quo recurrendum est ad diuisionem positam per Iustinianum insti. de reb. corporalibus & incorporalibus. in §. primo, qui dixit quod omnes res de mundo diuiduntur inter res corporales & incorporales, corporales res dicuntur quæ uideri uel tangi possunt. incorporales quæ neq; uideri neque tangi possunt, ut ibidem dicitur.
14 † Vnde ex hac diuisione constituuntur duæ partes, una est de diuisione rerū corporalium, alia est de diuisione rerum incorporaliū.
15 † Res autem corporales per aptitudinem naturalem recipiunt diuisionē actualem per omnes dictas quatuor speties per numerum in partes quotitatiuas, integrales, & simplices, quā aptitudinem demonstrant omnes macellatores, fabricatores, & artifices, & astronomi, & geometræ, qui in suis operibus omnes res de mundo actualiter diuidunt.

16 Sed tamen † secundum scientiam res corporales postea passim non ita diuiduntur. nam tunc res diuiduæ sunt quando fit separatio sine corruptione formæ, si uero fit separatio cum corruptione formæ appellantur indiuiduæ. unde philosophi & logici omnes res speciales indiuidua appellant, secundum uero
17 † leges alio modo fit hæc diuisio actualis, nā ipsæ intendunt quod homines bene utantur rebus suis & eas non destruant, ut instit. de iis qui sunt sui uel alieni iuris. §. penult. ideo passim non permittunt ut homines res suas ad libitum diuidant, nam licet in re sua quilibet sit moderator & arbiter. l. in re mandata. C. Mand. ut etiam possit proiicere in mari. l. Meuius, de conditio. & demonstrationibus, cum concor.
18 † Tamen ubicunque tractatur de præiudicio alterius non permittunt fieri actualem diuisionem præiudicialem, ideo non permittunt q͏ homines animalia & cæteræ speties diuidantur inter hæredes secando ea & destruendo formam, sed mandant quod diuidantur per numerum, uel assignando unam rem uni, & aliam alteri, uel alio modo quo comode sine damno fieri potest, ut est text. in §. quod si comode. institu. de officio iudicis, cum concordantibus ibi adductis.

19 Vnde sequitur † quod illa diuisio permittitur per quam singuli habent utilitatē in parte respectu partis sicut in toto respectu totius, & si non habent utilitatem in parte sicut in toto non permittitur a lege
20 diuisio. propterea sequitur † quod secundum leges in stipulationibus & aliis casibus in quibus tractatur de præiudicio tertii res corporales dicuntur esse diuiduæ quando partes afferūt utilitatem respectu partis, sicut totum respectu totius, illæ uero dicuntur in diuiduæ secundum legem quæ habent partes non recipientes utilitatem eandem respectu partis quæ est in toto respectu totius.

21 Intellectualiter, uero † res corporales diuidi facilius possunt tam secundum aptitudinem naturæ quam secundum philosophos, quoniam per intellectualem diuisionem non corrumpitur forma, unde succedit quod omnes res corporales secundum naturam & secūdum philosophos dicuntur esse diuiduæ habito respectu ad diuisionem intellectualem, quod etiam procedit secundum leges, quando non tractatur de præiudicio tertii. sed ubicunque res corporales deducuntur in stipulationem uel aliam dispositio
22 nem, tunc non semper dicuntur esse diuiduæ, † Quoniam diuisio intellectualis permittitur a lege ad finem ut possit sequi diuisio actualis, unde requiritur, quod etiam interueniat aptitudo diuisionis actualis, ideo succedit quod cum res corporales non possint secundum legem actualiter diuidi nisi quando partes afferunt tantam utilitatem respectu partis quantam afferunt in totum respectu totius, eodem modo, nec secundum legem res corporales recipiunt diuisionem intellectualem nisi quando partes possunt afferre tantam utilitatem respectu partis sicut in toto respectu totius.

23 Propterea remanet † quod res corporales secundum legem sunt diuiduæ actualiter & intellectualiter quando afferunt utilitatem in parte sicut in toto, alioquin dicuntur esse indiuiduæ quando agitur de præiudicio tertii. sed si non agitur de præiudicio tertii propter aptitudinem naturalem possunt esse omnimodo diuiduæ per omnem spetiem diuisionis.

24 Res uero † incorporales non recipiunt diuisionē actualem secundum naturam, neque secundum philosophos, neque secundum leges, ex eo quia diuisio actualis fit de facto secando & ponendo unam partem in uno loco & aliam in alio loco, quod non potest conuenire rebus incorporalibus quæ nec uideri
25 neque tangi possunt. † sed diuisionem intellectualem passim recipiunt secundum naturam, secundum philosophos, & secundum legem, ex eo quia nihil impedit quod intellectu nostro res quas non uidemus diuidere possimus. sed tamen quia leges diuisionem admittunt ad finem ut possit sequi aliquis ef
26 fectus ex illa separatione partim eodem modo † permittunt hanc diuisionem si ille partes separatæ afferunt tantam utilitatem respectu partis sicut in toto respectu totius, alioquin si non recipiunt non possunt diuidi, quod apparet ex iis quæ infra dicemus de factis, nam omnia facta futura seu fienda dicuntur esse incorporalia, & nihilominus aliquando sunt diuidua & aliquando indiuidua, ut dicitur in hoc. §. nostro, quod non est ex alia ratione ut uolebat Petrus nisi quia aliquando possunt afferre utilitatem in parte respectu partis sicut in toto respectu totius, & aliquando non possunt afferre, quam rationem retulit Bartol. in lege stipulationes non diuiduntur, in tertia quæstione. infra eodem, ubi etiam ego plene dixi, quod etiam probatur propter seruitutes, nam regulariter ipsæ sunt indiuiduæ, ut inquit text. in di. leg. stipulationes, in princip. & in l. secunda. §

ex iis. supra eodem, quia non afferunt utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, tamen ususfructus recipit diuisionem, quia illam utilitatem recipit. ut in lege. prima. §. si ususfructus. ff. ad l. falcidiam, ut plene no. in dicto. §. ex iis. & in dicta l. stipulationes non diuiduntur. Item hæreditas quamuis incorporalis sit, diuidua est. §. item hæreditas. instit. de hæredi. instituen. & obligationes diuiduæ sunt & actiones quamuis incorporales. l. pro hæreditariis. C. de hæredi. action. quando afferunt utilitatem in parte sicut in toto respectu totius.

Et propterea remanet conclusio, quod licet res incorporales per naturam, & per philosophos passim sint diuiduæ per diuisionem intellectualem, tamen secundum leges quando tractatur de præiudicio alterius non dicuntur esse diuiduæ, nisi quando afferunt utilitatem in parte respectu partis sicut in toto respectu totius, alioquin sunt indiuiduæ.

27 Quare facias † aliam conclusionem firmam & generalem quam etiam in capite ponas & per totam hanc materiam semper retineas, quod secundum legem omnes res tam corporales quam incorporales in materia stipulationum, idest quando agitur de præiudicio alterius, dicuntur esse diuiduæ si afferunt utilitatem in parte respectu partis sicut in toto respectu totius, & si non afferunt dicuntur esse indiuiduæ, & in materia nostra reputabimus indiuiduas, non obstante quod secundum aptitudinem naturalem & secundum philosophos passim & per omnem spetiem diuisionis diuidi possint.

28 Tertio præmittendum est † quod stipulationes aliquando dicuntur diuiduæ. & aliquando indiuiduæ, in qua difficultate uidentur leges contrariæ, & etiã contradictoriæ. nam tex. noster & dicta lex stipulationes. cum uiginti concordantibus dicunt stipulationes seruitutum factorum & multarum rerum esse indiuiduas, & tamen postea eadem iura dicunt, quod diuidi possunt, cum tota lex secunda a principio usque ad finem ponat diuisiones stipulationũ, & l. quinta. infra eodem. idem faciat. & habemus titulum spetialem institu. de stipulatione seruorum, per totum.

29 Vnde † pro resolutione debes distinguendo dicere, quod stipulationes possunt considerari duobus modis, uno modo in abstracto respectu sui, alio modo in concreto respectu rerum contentarum. Primo modo regula est generalissima affirmatiua, quod omnes stipulationes diuidi possunt, nam primo diuidũtur inter causam efficientem, materialem formalem, subiectiuam, & solennitatis, ut uidimus in l. prima. item diuiduntur in partes integrales, inter interrogationem & responsionem, & materiam, & formam, ut dictum fuit in §. si quis ita. item diuiduntur tribus aliis modis positis in l. secunda. itẽ & sexto diuiduntur, quod quædam sunt iudiciales, & quædam prætoriæ. l. quinta. infra eodem, & insti. de diuisione stipulationum. item & septimo, quod quædam sunt utiles quædam inutiles, ut. C. de inuti. stipulationibus, & institutionibus eodem titulo. item octauo diuiduntur, quod quædam sunt puræ, quædam in diem, & quædam sub conditione. §. omnis. instit. de uerborum obligationibus. Item & quod quædam sunt diuiduæ & quædam indiuiduæ, ut in tota materia nostra, ut appareat regula firmissima, quod stipulationes respectu sui sunt diuiduæ naturaliter & secundum legem per omnem spetiem diuisionis.

30 Secundo modo † considerantur stipulationes in concreto respectu rerum contentarum, & tunc regulantur ab ipsis rebus, unde appellantur diuiduæ qnando continent res diuiduas, & appellantur indiuiduæ quando continent res indiuiduas, & mixtim diuiduæ & indiuiduæ quando continent res certo respectu diuiduas & certo respectu indiuiduas, & hanc theoricam expresse posuit iuris consultus in lege stipulationes non diuiduntur. infra eodem. dum dixit, stipulationes non diuiduntur earum rerum quæ diuisionem non recipiunt, & sic ad literam ponit hanc regulam, & ideo omnes notant & passim admittunt.

31 Quare † facias aliam conclusionem generalem quam etiam in capite reponas, quod in materia nostra stipulationes dicuntur esse indiuiduæ quæ continent res indiuiduas, & stipulationes diuiduæ quæ continent res diuiduas, & stipulationes mixtæ quæ continent res certo respectu diuiduas, & certo respectu indiuiduas, quoniam in hac qualitate regulantur ab ipsis rebus contentis, & cognitio istius tertii præmissi dependet a cognitione secundi præcedentis.

32 Quarto præmittendum est † quare est quod aliquando stipulationes sunt diuiduæ omni respectu contractu obligatione & solutione, aliquando sunt indiuiduæ contractu obligatione & solutione, & aliquando contractu sunt diuiduæ & obligatione & solutione indiuiduæ, & aliquando indiuiduæ solutione, ut passim tradit Bartol. & omnes infra in materia stipulationis rem restitui, & rem tradi, & plenius in leg. stipulationes non diuiduntur. infra eodem.

33 Propterea † tu resoluendo dicas hoc dependere a duplici causa, una est propter incidentem multiplicationem personarum, alia est propter naturam ipsius rei, & alia propter naturam stipulationis ex intentione contrahentium, quibus aliter prouideri non potest sine captione, ut dixit text. in l. quinta. §. fin. inf. eo. & in l. in executione, per totam. infra eodem, propter autem multiplicationem perso-

34 narum contingit hæc uarietas, † Quia si in quacunque stipulatione sit unus stipulator, & unus promissor, tunc stipulatio de quacunque re est indiuidua, ex eo quia facta promissione ipsa amplius diuidi non potest, neque obligatio pro parte diuidi neque solutio pro parte fieri, etiam quod sit promissio de pecunia l. quidam æstimauerunt. ff. si cer. pet. cum materia. & facit dicta lex quinta. §. si non sortem. infra eodem.

35 Sed si eueniat † quod sint plures stipulatores uel plures promissores. iuxta totum titulum. ff. de duob. reis, tunc stipulatio incipit posse esse diuidua. l. reos. §. cũ in tabulis. infra de duob. reis, & si eueniat quod promissor moriatur pluribus hæredib. relictis tunc obli-

obligatio inter eos diuiditur. l. pro hæreditariis. C. de hæredi. actionibus, & etiam solutio ab unoquoque hærede pro parte tantum fieri potest, & e contrario, si stipulator moriatur pluribus hæredibus relictis stipulatio & obligatio unica incipit posse diuidi inter hæredes ipsius, & unusquisq; pro parte sua potest intentare actionem, dicta lege pro hæreditariis, cum materia. C. de hæredi. actionibus.

36 Secundo † contingit hæc uarietas respectu rerum contentarum, nam quædam sunt res quæ in omni casu & semper sunt indiuiduæ, ut sunt seruitutes quæ indiuiduitas non uariatur propter hæredes stipulatoris & promissoris. l. secunda. §. ex iis. supra eodem, & dicta lege stipulationes non diuiduntur, quædam sunt res quæ semper sunt diuiduæ, ut est pecunia quæ passim potest promitti per partes deberi & solui. dicta lege. in executione. §. primo. quædam sunt res quæ certo casu sunt diuiduæ alio tamẽ casu sunt indiuiduæ, ut sunt omnia facta, secundum Bartol. in dicta l. stipulationes. in tertia quæstione, quod tamen non est simpliciter uerum, ut infra dicam.

37 Tertio hoc † contingit ex natura stipulationis, & intentione contrahentium, ut si contingat quod stipulentur unam rem sibi dari uel tradi uel restitui intendunt eam integram habere, & non per partes diuersarum rerum. l. si non sortem. §. si centum. cum concordantibus. ff. de condictio. indebiti. ideo ne eueniat quod soluendo per partes consequatur creditor debitum suum ex diuersis rebus contra intentionem, efficiuntur tunc ipse res indiuiduæ saltem solutione. iuxta text. in l. in executione. §. pro parte. infra eod. tit. nostro.

38 Igitur si eueniat † quod in stipulatione deducantur seruitutes & aliæ res similes quæ nunquam diuidi possunt afferre utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, & tunc stipulationes dicuntur indiuiduæ contractu obligatione & solutione, nam si quis promittat dare mediam seruitutem nihil agit & promissio non ualet, & si promittat dare iter pro parte nihil agit siue per transuersum siue per longũ promittat, sed est semper necessarium quod totam seruitutem promittat, & si contingat quod principales moriantur relictis hæredibus, non poterunt hæredes pro parte obligari neque pro parte soluere, sed est necessarium quod hæredes debitoris omnes insolidum obligentur, & unus insolidum eam soluat, & si sunt hæredes stipulatoris unusquisque habet obligationem ad totam seruitutem, & unusquisque integram petere debet, & integra unicuique solui, ut inquit text. clarus & ibi gloss. & omnes ponunt in dicta leg. secunda. §. ex iis. supra eodem. & sic apparet quod reperiuntur stipulationes quæ contractu, obligatione, & solutione sunt indiuiduæ, & omni respectu, & hoc idem contingeret si essent plures stipulatores uel plures rei debendi.

39 Si autem contingat † quod promittatur pecunia, tunc illa stipulatio omni respectu erit diuidua, nam nihil impedit si quis uult promittere cẽtum quin in stipulatione faciat quatuor promissiones diuidendo pecuniam in plures partes, & hoc facilius eueniret si erunt plures rei stipulandi uel promittendi uolentibus partibus, & si postea decedat promissor pluribus hæredibus relictis nihil impedit quod unusquisque hæres pro parte sua tantum obligetur, & eandem partem tantum soluat, & si stipulator decedat pluribus hæredibus relictis, unusquisque habebit actionem ad suam partem tantum, & illa tantum unicuique poterit solui. dicta lege pro hæreditariis. C. de hæredita. actio. & propterea hæc stipulatio appellabitur omni respectu diuidua contraria obligatione & solutione, sed si fuisset unus stipulator & promissor tantum, & uiuerent semper, tunc esset indiuidua omni respectu, quia in persona principalis non potest cadere hæc obligatio diuisa nec solutio inuito creditore. dicta lege quidam æstimauerunt, cum materia. ff. si certum petat.

40 Si autem eueniat † quod promittantur res corporales sui natura diuiduæ, attamen eueniat quod propter diuersitatem hæredum stipulator cõtra intentionem suam consequeretur solutionem diuersarum rerum, tunc stipulatio dicitur esse certo respectu diuidua, & certo respectu indiuidua, exemplum est quando quis promisit hominem in genere, & habeat plures hæredes, ista promissio potest esse diuidua contractu, quia nihil impedit quod unum seruum per duas promissiones promittat. Item potest esse diuidua obligatione, quia nihil impedit quod unus hæres obligetur ad medium seruum & alius hæres ad alium medium, tamen si eueniat quod unus hæres eligat Stichũ quem pro parte uelit soluere, & alius Pamphilum, tunc eueniret quod stipulator haberet duos medios seruos, non autem haberet unum seruum integrum, contra intentionem suam, ideo opportet quod unusquisque hæredum cogatur soluere integrum seruum, uel quod concordent in uno, & propterea hæc disputatio dicetur esse solutione indiuidua, licet sit contractu, & obligatione diuidua, & sic erit certo respectu diuidua, & certo respectu indiuidua, ut probatur in d. l. in executione. §. pro parte, & in l. 2. §. & harum supra eodem, dum dicitur quod stipulationum quædam recipiunt partis præstationem & quædam non recipiunt, & sic dicuntur solutione indiuiduæ & alia exempla ibi ponuntur, aliud etiam exemplum tradi potest, quando quis tenetur ad fundum ex contractu innominato in quo succedit obligatio ad interesse. l. naturalis. §. primo de præscript. uerbis. & decedat promissor pluribus hæredibus relictis, hæc promissio est diuidua contractu, & indiuidua obligatione, quia fundus ipse est diuiduus, tamen si unus hæres uult præstare medietatem fundi & alter uelit soluere interesse non audientur, quia fieret solutio in diuersis rebus cum iniuria, & contra intentionem stipulatoris, ideo erit necessarium quod unusquisque hæredum soluat integrum fundum, & soluendo partem non liberabitur, & efficietur stipulatio indiuidua solutione. argument. dicti. §. pro parte. & dicto. §. & harum, & facit tex. in l. fundus ille. §. fin. de contrahen. empti.

41 Aliud exemplum † ponunt Docto. in stipulationibus factorum, dicentes quod facta possunt ab initio promitti pro parte. lege secunda. §. primo. ff. de aqua pluu. arcend. ubi quis potest promittere me-

diam foueam purgare, tamen si moriatur promissor pluribus hæredibus relictis unusquisque tenebitur insolidum, & unusquisque cogetur totum factum insolidum, præstare d.l. stipulationes non diuiduntur, & per Barto. in tertia, & quarta quæstione, & sic eueniet quod stipulatio erit diuidua contractu, sed indiuidua obligatione, & solutione, & sequuntur communiter * Doctor. tamen hoc dictum non est simpliciter uerum, ut ego declarabo in sequenti præmisso, potes tamen per te exemplum imaginari, & propterea habes causas & exempla. quare stipulationes aliquando sunt indiuiduæ omni respectu, & aliquando diuiduæ omni respectu, & aliquando mixtim, ut certo respectu sint diuiduæ & certo respectu sint indiuiduæ quæ omnia regulariter procedunt.

42 Tamen † aliquando stipulationes omnimodo indiuiduæ efficiuntur diuiduæ per accidens, si eueniat quod pœna sit promissa. nam cum illa pœna debeatur in pecunia, illa stipulatio est omni respectu diuidua, & si eueniat quod succedat obligatio ad interesse post moram, quod contingit in promissionibus dandi ex contractu nominato, dicta l. naturalis. §. primo. de præscri. uerbis, eueniet quod stipulatio seruitutum omnimodo indiuidua efficietur diuidua propter accidens, quoniam interesse debetur in pecunia, ut probatur argumento tex. in l. secunda. §. item si in facto. supra eodem. & in l. stipulationes non diuiduntur. uers. celsus. infra eo. quæ probant, licet loquantur de factis, cum in exemplo proposito in promissione dandi succedat obligatio ad

43 interesse. † Et hoc casu dicuntur esse duæ obligationes, una primaria, & alia secundaria. primaria erit de seruitute, & erit omnimodo indiuidua, secundaria erit de stipulatione pœnæ quæ erit omnimodo indiuidua uel ex dispositione legis quæ subrogat obligationem ad interesse quæ similiter erit omnimodo diuidua propter pecuniam.

44 Similiter stipulationes † omni respectu diuiduæ per accidens efficiuntur indiuiduæ, ut si sit unus promissor. dicta. l. quidam æstimauerunt, uel sit apposita pœna, quia propter conditionem indiuiduam in stipulatione pœnali stipulatio principalis efficitur indiuidua, ut est tex. & ibi not. omnes in l. 5. §. si non sortem. infra eodem.

Quare facias aliam conclusionem generalem in

45 capite ponendam, † quod stipulationes sunt omni respectu indiuiduæ quando continent res omnimodo indiuiduas, idest in nullo casu neque contractu neque obligatione uel solutione potest afferre utilitatem in parte sicut in toto respectu totius. stipulationes uero omnimodo diuiduæ sunt quando continent rem diuiduam, idest quod contractu obligatione & solutione potest afferre tantam utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, illæ uero dicuntur certo respectu diuiduæ & indiuiduæ quando euenit quod res promissæ in certo casu ut contractu uel obligatione afferunt utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, & certo respectu sunt indiuiduæ quando in illo casu non possunt afferre utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, quæ tamen regulæ recipiunt alterationem ex accidenti, ut si apponatur pœna uel succedat obligatio ad interesse secundum exempla suprapposita, & hæc de stipulationibus rerum seu continentibus res, & quia aliquando in eis deducuntur facta, uidendum est quid seruetur in stipulationibus factorum.

46 Quinto præmittendũ est † proprius ingrediẽdo ad materiam. §. nostri, quomodo facta diuiduntur, & dicantur diuidua uel indiuidua, & in consequentiam quomodo stipulationes factorum sint diuiduæ uel indiuiduæ, quam difficultatem exanimat Bart. in l. stipulationes non diuiduntur. in tertia quæstio. infra eo. ubi ponit longam distinctionem inuolutam tamen, & late habetur in 6. 7. & 9. oppositione, & per totam. unde apparet quod ardua & difficilis est quæstio, & quod bene per suam uarietatem non potest reduci ad theoricam plenam, tamen eam ordinando eo modo quo melius fieri potest ita arbitror dicendum.

47 Et primo † considerandum est, quod in materia nostra facta considerantur tribus modis, primo prout sunt facta iam perfecta & rem nouam constituerunt. Secundo prout sunt in fieri & futuram operationem demonstrant ad aliquam rem fiendam. Tertio prout demonstrant operationem futuram, sed tamen exercetur circa rem in esse deductam.

48 Primo modo † facta desinunt esse facta & incipiunt esse res factæ, nam si quis promisisset dare domum iam factam, armarium uel nauim, non diceretur proprie promisisse factum, cum iam perfectum sit, sed diceretur promisisse ipsam rem deductam in esse, unde contineretur hæc stipulatio sub theorica præcedenti, in qua dictum fuit quomodo stipulationes rerum dicuntur diuiduæ uel indiuiduæ. unde de hac parte non erit amplius fienda mentio. Secundo modo quando promissum fuit factum futurum ad aliquam rem fiendam proprie dicitur factum, & pertinet ad materiam. §. nostri, cum præcedentibus, & dictæ l. stipulationes non diuiduntur. l. quinta. §. stipulatio, infra eodem, ibi daturum facturum ue, & patet etiam, quia uerba executiua stipulationum semper continere debent aliquid in futurum fiendũ, ut plene dictum fuit in rubro.

49 Quod factum † ita sumptum diffiniri potest, factum est operatio ad aliquam rem fiendam destinata, & dicitur operatio, quia consistit in agendo secundum operationes hominis, unde in l. prima. ff. de oper. libertorum dicitur, quod opera est diurnum officium idest operatio hominis per unum diem, & dicitur ad aliquam rem fiendam, quia omne agens agit propter finem. l. si quis nec causam. ff. si cert. peta. & uult aliquid noui inducere, & sic aliquam nouam rem facere capiendo tamen rem generaliter.

50 † Ex quo sequitur, quod facta prout promittuntur in stipulationibus nunquam dicuntur esse in rerum natura, quoniam semper continent aliquid fiendũ, & non potest dici quod est fiendum in rerum natura, cum ad hoc ut inducatur & sit in rerum natura opportet quod assumat formam quam non potest habere nisi post perfectionem, ut inquit tex. singularis & no. in l. si is qui quadringenta. §. quædam. ff. ad

51 l. falcidiam. † Et per consequens sequitur quod sunt incerta & indiuidua sua natura, quia quod nō est nō potest habere certitudinem, ac etiam quod non est in rerum natura non potest habere partes, cum nec etiam habeat totum, & non entis nullæ sunt qualitates. l. eius qui in prouincia. ff. si cert. petat. unde ex triplici causa dicuntur esse indiuidua. Primo, quia non sunt in rerum natura, & partes non possunt recipere, cum nec etiam habeant totum, & propter hoc etiam sint incerta. Secundo, quia non possunt afferre utilitatem in parte respectu partis sicut in toto respectu totius, cum illa pars nihil sit antequam sit totum, & non possit afferre utilitatem nisi postquam totum fuit perfectum. Tertio, quia non possumus imaginari partes etiam per intellectum illius rei quæ non est in rerum natura, quæ conclusio ampliatur procedere etiam quantum ad contractum, ut facta dicantur indiuidua omni respectu contractu obligatione & solutione, & de obligatione & solutione consentiunt omnes.

52 Sed de contractu † discutiunt quia Bar. in d. l. stipulationes non diuiduntur. in 3. quæstione. uoluit quod facta dicantur diuidua contractu. per text. in l. 2. §. primo. ff. de aqua pluuia arcenda, ubi dicitur quod quis potest promittere purgare mediam foueam, tamen ego puto contrariam opinionem ueriorem, quod imo etiam factum dicatur indiuiduum contractu, quoniam si non est in rerum natura, & non habeat totum, non potest recipere partes neque ueras neque imaginatas propter incertitudinē, ideo promissio partis nihil afferre potest. nec obstat d. l. 2. §. primo, quia ibi non est promissum medium factum sed integrū factum restrictum ad mediam foueam, & quod contractu dicatur indiuiduū factum expresse decidit tex. in l. libertus. primo responso. ff. de oper. libertorum. qui dixit, quod opera neque pro parte promitti potest, neque deberi, neque peti, neque solui, & sic expresse dicit quod factum est indiuiduum omni respectu. ideo si quis promitteret expresse mediam operam, promissio non ualeret nisi esset restricta in mente uel in uerbis ad certam horam, & tunc diceretur promissio unius facti limitati, non autem medietatis facti quæ non potest imaginari, & solum uidetur esse pars facti habito respectu ad destinationem contrahentium, qui cogitauerant facere integram foueam uel integram operam, tamen destinatio non facit quod sit medium factum, sed proprie dicitur unicum factum limitatum, quoniam pars imaginari non potest, ut ibidem dicitur, & pro hac opinione facit text. in dicto. §. item si in facto. supra eodem, ubi qui promisit non impedire ire agere, uel nō offendere hominē, non potest promittere medium factum, cum homo impediri non possit pro parte tantum, & pro parte offendi uel non offendi, cum illa promissio nihil operaretur nisi totum hominem respiceret. Quare concludendum est, quod facta destinata ad aliquam rem fiendam dicuntur semper indiuidua omni respectu, & nunquam aliquo casu possunt esse diuidua certo respectu, neque in totum, & de istis non loquitur tex. noster hic, dum uult quod reperiantur facta diuidua in totum uel pro parte, & ut appareat casus in quo facta sunt diuidua dicas.

53 Tertio facta † possunt considerari pro actu fiendo in futurum circa rem tamen existentem in rerum natura, ut non impedire hominem ire agere, non offendere hominem, restituere rem, tradere rem, amplius nō agere ad certam rem, uel ratu habere actum factum de certa re, & hoc casū facta non habēt perfectam naturam factorum, sed aliqualiter alterantur, cum sint accessoria ipsius rei, & ideo regulantur a natura ipsius rei circa quam sunt fienda, unde tunc dicuntur esse diuidua si res ipsa est diuidua, quia tunc possunt afferre utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, si uero promittuntur circa rem indiuiduam, & tunc ipsa dicuntur esse indiuidua, quia non possunt afferre utilitatem in parte sicut in toto respectu totius. sinautē res ipsa certo respectu potest afferre utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, & tunc facta quoque dicuntur pro parte

54 diuidua & pro parte indiuidua, † Et probatur hæc conclusio per optimum exemplum, nam datio est factum sui natura. l. in facto. supra de conditio. & demonstratio. tamen quando fit dirigitur ad aliquam rem transferendam respectu dominii, datio ipsa efficitur accessoria & sequela ipsius dominii transferrendi, & in tantum amittit suam naturam, quod constituitur una speties separata ab obligatione dandi, non obstante quod dare sit facere, ut probatur in l. 2. in principio. supra eodem, ubi duæ constituuntur speties dandi & faciendi, ideo nō est mirum si etiam quando factum exercetur circa rem introductam in rerum natura tanquam accessorium reguletur ab ea & efficiatur diuiduum uel indiuiduum secundum eius naturam.

55 Propterea dicas † quod quando illud factum uenit exercendum super re indiuidua tunc reputabitur omnino indiuiduum si res non potest habere utilitatem in parte sicut in toto, per regulam Petri quam refert Bat. in d. l. stipulationes. in tertia quæstione, ut patet in illa stipulatione, non impedire ire agere uel non offendere hominem, quæ pro parte nullam utilitatem afferre potest. Si uero factum exercetur circa rem omnimodo diuiduam, ut si quis promisit dare seu restituere uel tradere pecuniam, tunc factum dicitur esse omnino diuiduum, quia pecunia ipsa dicitur esse omni respectu diuidua, d. l. stipulationes. uersi. celsus, quoniam affert utilitatem in parte sicut in toto, ut ibi no. & in d. §. item si in facto, & dicetur infra in §. nostro. si uero factum exerceatur circa spetiem, ut est restituere rem, uel rem tradere, uel amplius non agere, seu ratum habere, tunc factum dicetur esse pro parte diuiduum, ut contractu qui affert utilitatem in parte sicut in toto, & dicetur indiuidua solutione, quia non affert utilitatem sicut in toto, hoc autem quod non afferat utilitatem in parte sicut in toto, uariis modis contingit, nam aliquando contingit ex diuersitate spetierum diuisionis, quoniam potest non afferre utilitatem ex diuisione quotitatiua, uel integrali, & afferre utilitatem ex diuisione simplici & econtrario, uel faciendo relationē promissionis uel ad contractū, uel ad ipsam rem, uel

construendo uel destruendo, ut ego declaraui in l.3. ult. not. in fin. & latius super. 2. op. Bar. item potest non afferre eamdem utilitatem in parte sicut in toto, propter solutionem in diuersis rebus, quoniam contingere potest quod fieret solutio in diuersis rebus, & quod est damnosum ipsi stipulatori. l. in executione. §. pro parte. infra eod. item dicentur diuidua obligatione si poterunt afferre utilitatem illam & indiuidua si non poterunt afferre utilitatem secũdum diuersitatẽ prædictam, in hoc tamẽ casu de obligatione uariauerunt docto. infra in d. l. in quæstione. infra eo. & in d. l. stipulationes, & Bar. uidetur tenere quod obligatio rem tradi sit indiuidua, sed obligatio rem restitui sit diuidua, tamen multi tenuerunt contrarium uolentes quod in utroque casu obligatio sit diuidua, quia non potest reddi ratio diuersitatis, & solum damnum contingere potest in solutione, sed de ueritate infra loco suo disputabitur.

56 Conueniunt autem omnes † quod tale pactum sit diuiduum uel indiuiduum secundum naturam rei cui apponitur, quæ consideratur ex illa regula, an afferat utilitatẽ in parte sicut in toto respectu totius, quæ est basis in tota hac materia nostra tam rerum quàm factorum, & ideo Bart. infra in. §. nostro, dixit quod stipulatio amplius non agi & rem ratam haberi, tunc est diuidua omni respectu quando fit de pecunia debenda quæ sui natura est diuidua, sed si quis promisisset habere ratũ negotium super aliqua spetie ut fundo uel domo, & amplius non agere ad aliquam spetiem, ut domum uel equum, tunc non reputabitur diuidua omnino, quoniam saltem erit indiuidua solutione, cum possit deuenire ad inconueniens. l. in executione. §. pro parte. infra eodẽ. & uidentur ibi sequi communiter * Doct. multi tamen contradixerunt, quia est nimia restrictio ad illum tex. sed de ueritate ibi disputabitur.

57 Ex quibus habes † etiam resolutam quæstionem, quando stipulationes factorum dicantur diuiduæ uel indiuiduæ, nam reputabuntur diuiduæ si facta ipsa sunt diuidua, & indiuiduæ si facta ipsa sunt indiuidua, & mistim diuiduæ, & indiuiduæ si facta ipsa sunt mistim diuidua & indiuidua, sicut dictum fuit supra de stipulatione rerum, per theoricam positam in dicta l. stipulationes, in principio. infra eodem, & ideo cognitio earum dependet a cognitione naturæ ipsorum factorum.

58 Præfatæ tamen † conclusiones ueræ sunt & procedunt quantum ad principales obligationes seu in persona principalium & eorum hæredum, sed si eueniat quod in stipulatione factorum apponatur pœna, tunc succedit secundaria obligatio ex stipulatione pœnali inducta, quæ erit omnino diuidua, quoniam ipsa fit de pecunia omnimodo diuidua, unde tunc concurrunt duæ obligationes, primaria obligatio ad factum quæ dicitur esse indiuidua, & secundaria obligatio ad pœnam quæ dicitur esse diuidua, ut in persona hæredum promissoris committatur pro parte hæreditaria ut probatur in §. item si in facto. supra eodem. & quoniam pœna succedit loco obligationis factorum, per accidens facta indiuidua efficientur diuidua. Similiter si non est apposita pœna, tamen principalis committat moram, tunc succedit obligatio legalis ad interesse, quæ cum ipsa fiat ad pecuniam erit omnimodo diuidua, & sic erunt duæ obligationes, una primitiua quæ est indiuidua, alia secundaria ad interesse quæ est diuidua, & quoniam quis regulariter præcise non cogitur facere l. si quis ab alio. §. fin. de re iud. sequitur ꝙ per accidens obligatio factorum indiuidua efficitur diuidua per accidens, taliter quod si sunt plures hæredes stipulatoris insolidum sunt obligati ad factum, sed ad interesse uel pœnam obligantur pro parte tantum hæreditaria, dicto. §. item si in facto, item econtrario si moriatur stipulator pluribus hæredibus relictis, si tractatur de obligatione primeua, unusquisque hæredum habet actionem insolidum, ut tot sint actiones quot sunt hæredes. dicta. l. secunda. §. ex iis. supra eodem, sed si apposita est pœna, uel succedit obligatio ad interesse, tunc competit actio ad totam pœnam contra omnes hæredes, tamen postea non possunt conueniri nisi pro parte hæreditaria, quia ipsa secundaria obligatio est diuidua, licet aliquando obstet exceptio, ut in dicto. §. item si in facto, & in ipso interesse saltem ex æquitate non possit exerceri nisi contra prohibentem ut ibidem dicitur.

De quibus omnibus tractatur in hoc §. nostro, & in §. item si in facto, cum sequentibus, & quoniam difficiles quæstiones emergunt circa dictas stipulationes, de eis plene tractatur a dicto. §. item si in facto, usque & per totum. §. nostrum, & quoniam iste §. uenit supplendo decisiones positas in aliis præcedentibus, est necessarium, ut recte possimus omnia determinare, uidere quomodo intelligantur. §§. præcedentes, & in quo §. noster discordet a præcedentibus, uel supplere dicatur.

59 Quare † sexto loco pro generali cognitione. §. nostri & eius materiæ, insistendum est super intellectu & literali declaratione dicti. §. item si in facto, cum sequentibus, declarando quomodo stipulationes factorum cõmittantur contra hæredes promissoris, tam respectu pœnæ quàm interesse si contrauentum fuit, & pro eius intelligentia, antequam figuremus casum quinque spetialiter præsupponenda sunt.

60 Et primo † quod in dicto. §. usque ad. §. nostrum tractatur de tribus stipulationibus in quibus fit eadem determinatio, ut de stipulatione per te non fieri quominus ire agere liceat, & de stipulatione sibi licere habere, & de stipulatione dolum malum abesse, in quib. in effectu ponit eandẽ determinationem tam respectu pœnæ quã respectu interesse, & de secunda dicitur in l. 3. ibi, idem erit in illa, & de tertia ponitur in l. 4. ibi, eadem dicenda sunt.

61 Secundo † præsupponendum est, quod licet in dictis stipulationibus uideãtur positæ uariæ cõceptiones uerborum, tamen præsupponitur quod in eisdẽ tribus in effectu sit eadem uerborum conceptio mẽtaliter, nam in prima, per te non fieri quominus agere liceat, quæ habet conceptionẽ negatiuã, præsupponitur ꝙ etiã præcesserat affirmatiua, ut quia promiserat

miserat licere ire agere stipulatori, nam nisi ipsa interuenisset illa negatiua remaneret incerta & sine subiecto, quod demonstratur, quia postea in secunda stipulatione ponit conceptionem affirmatiuam, similiter idem est in secunda stipulatione, quod ibi interuenerunt duæ conceptiones, una affirmatiua, quam litera ponit, ut promittis mihi licere habere talem rem. alia est negatiua quæ suppletur per exemplum primæ, ut promittis per te non fieri quominus liceat habere, seu non impedire quominus habeat illam rem. uel nõ procurare ut per alium impediatur habere. & ideo hæc secunda subintelligitur, quia prima parum operaretur nisi apponeretur secunda conceptio. maxime cum uellet subiicere stipulationem pœnalem.

Tertio quoque stipulatio continet uirtualiter duas conceptiones, unam affirmatiuam relatam in tex. promittis dolum malum abesse, alia negatiua subintellecta, id est, promittis non adhibere dolum uel fraudem, uel aliquid in contrarium dolo uel fraude non facere. quæ suppletur per exẽplum de prima, & necessario, quia alias non bene conueniret stipulatio pœnalis, & sic ille tres stipulationes se inuicem supplent, & supplẽtur & omnes ille tres unicæ dicuntur, quamuis habeant duas conceptiones, quod est bene notandum pro iis quæ dicemus infra circa intellectum. §. nostri.

62 Tertio † etiam presupponendum est, quod omnes dictæ tres stipulationes dicuntur esse uirtualiter negatiuæ, quoniam licet præponatur conceptio affirmatiua, nihilominus illa parum operaretur nisi esset negatiua, & tota uirtus decisionis illius. §. cõsistit in illa conceptione negatiua, dum dicit, unus hæres prohibuit & unus hæres stipulatoris prohibetur, quæ prohibitio præsupponit promissionem negatiuam non impediendi seu non prohibendi, quod etiam est ponderandum pro iis quæ dicuntur in. §. nostro. in intelligentia illius stipulationis, iter fieri uel non fieri, seu per te non fieri. & conuenit illi stipulationi, licere habere.

63 Quarto etiam † præsupponendum est, quod doc-to. uariant circa promissionem affirmatiuam, quæ ibi præcedere dicitur, an fuerit promissio iuris uel promissio meri facti, Et quidam uolunt quod ibi præcesserat promissio iuris, quia promiserat seruitutem, seu constituere seruitutem in fundo. & postea subiecerat illam stipulationem per te non fieri, & idem etiam uidentur dicere docto. de secunda stipulatione quod promiserat ipsi dare rem, & dominium transferre, & sic ius promiserat per illa uerba, promittis mihi licere habere illam rem, iuxta text. in l. stipulatio ista. in principio. infra eodem. & idem dicunt fuisse in tertia stipulatione. alii uero tenent contrarium, quod in nulla ex istis stipulationibus fuit facta promissio iuris, sed fuit promissio meri facti tam in prima quam in secunda conceptione, & hæc opinio uerior uidetur, quoniam text. simpliciter dicit per te non fieri, & non ponit aliquod uerbum denotans requisita ad promissionem iuris, cum sit necessarium in promissione seruitutis quod interueniat fundus dominans & fũdus seruiẽs qui sit ipsorũ contrahentiũ, ut in. §. penultim. insti. de seruitutibus, & not. in l. secunda. §. ex iis. supra eodem. sed quando quis promittit merum factum, non est opus quod contrahentes sint domini, sed sufficit quod possideãt & habeant utilitatem ex illa promissione respectu alicuius commoditatis, si forsan erat conductor prætii, & idem est in illa stipulatione habere licere, ut uerificetur etiam in contutore, ut stipuletur sibi habere licere durante locatione, quo casu est etiam stipulatio meri facti, & idem dicitur de promissione dolum malum abesse, quia potest esse ratione iuris & ratione alterius commoditatis, & propterea stat conclusio quod in dictis iuribus tota stipulatio fuit meri facti & non iuris necessario, nam quamuis & posset uerificari promissio iuris, tamen cum nõ sit de necessitate, probatur quod ibi interuenit promissio meri facti, quod etiam facit ad declarationem stipulationum positarum. in. §. nostro.

64 Quinto etiam † præsupponendum est, quod in dicto. §. cum sequentibus tractatur de stipulationibus principalibus factorum, atque etiam de obligationibus secundariis, quando est apposita stipulatio pœnalis. Item & de obligatione secundaria quę succedit ex dispositione legis ad interesse, tamen in tex. non ponitur decisio ad quid teneantur hæredes promissoris circa ipsam principalem obligationem factorum, neque quid habeant hæredes stipulatoris in principali obligatione, sed solum ponitur decisio super obligatione secundaria ad pœnam uel ad interesse, quæ dicitur esse diuidua, ideo opportet præsupponere ad tollendam æquiuocationem quod si ageretur ad ipsum factum ex principali obligatione, ipsi hæredes promissoris tenerentur singuli insolidum ad illud, & ipsi hæredes stipulatoris singuli haberent actionem insolidum ad ipsum factum, cum dicatur esse indiuiduum, ut est tex. in terminis cum suis glos. in eadem l. secunda. §. ex iis. per quem text. ille determinatur, sed tamen quia post moram debitor regulariter non potest conueniri ad factum cum succedat obligatio ad interesse uel ad pœnam quæ continet totum ualorem facti, ut habetur in dicta lege stipulationes. uersicul. Celsus. & non possit cogi præcise quis ad factum, ideo ommissa decisione de obligatione respectu facti, tantummodo posita fuit decisio circa commissionem pœnæ & interesse.

65 Quibus † sic declaratis diuidas text. in quatuor partes, in prima ponitur an diuidatur stipulatio inter hæredes promissoris. Postea quomodo committatur inter hæredes stipulatoris. Tertio assignat rationem, Quarto extendit. Secunda est ibi, contra. Tertia est ibi, differrentia. Quarta ibi, eadem, summatur ut per Bart.

66 Casus uero † ita breuiter singi potest. quidam habens fundum conductum ut comodius percipe

ret fructus stipulatus est sibi ire licere & agere per fundum uicini. & seruauit hanc formam stipulationis, quia cognoscebat quod non poterat stipulari seruitutem, cum esset conductor & non haberet prædium dominans, & addidit in stipulatione, ut eam perficeret, quod per dictum promissorem non fieret quominus sibi liceret ire & agere, hoc est ipse neque hæredes sui prohiberent ire & agere. Secundo etiam stipulatus est ab eodem dictum fundum conductum sibi licere habere, quæ stipulatio licet simpliciter facta contineat dominii translationem. l. stipulatio ista. infra eodem, tamen quia materia conductionis non recipit dominii translationem, sed tantummodo factum possidendi ideo dicitur stipulari factum possidendi & retinendi. argum. dictę l. stipulatio. §. ii qui. infra eodem, & addidit quoque ut non fieret aliquid per eum quominus sibi liceret habere. dicto. §. ii qui. & argu. etiam. §. hæc quoque. eadem lege. Rursus postea addidit pro maiori cautela quod dolus malus abesset, atque etiam quod ipse dolum uel fraudem non adhiberet, quæ omnes stipulationes in effectu continebant quod non prohiberetur uti illis facultatibus promissis, & pro maiori cautela addidit, quod si prohiberetur, promissor & eius heredes inciderent in pœnam ducentum, euenit postea quod ille promissor mortuus est relictis tribus hæredibus, quorum duo obseruauerunt promissa, unus uero rixosus prohibuit impediendo quod non posset ire agere, atque etiam quod sibi non liceret habere, & adhibendo dolum, stipulator priuatus commoditate sua conuenit omnes hæredes tam bonos & quietos quam rixosum, & contra eos agebat ad pœnam in illa stipulatione in qua erat apposita pœna, & in alia in qua non erat apposita conueniebat omnes ad interesse, opponebant quieti & pacifici quod non poterant conueniri quia ipsi nihil mali fecerant, fuit quæsitum quid iuris, & quomodo hæredes tenerentur.

Et ratio dubitandi erat, & uidebatur dicendum quod ipse solus qui prohibuisset teneretur ad integrum factum respectu primitiuæ obligationis, atque etiam respectu secundariæ obligationis ad interesse & pœnam solus posset conueniri. per text. in l. pœnales. §. Iulianus. uersic. omnes. digest. ad l. Falcidiam, quoniam cum sit factum indiuiduum ipse solus tenetur insolidum ad factum, & eodem modo ad ipsum interesse & ad pœnam, & alii cohæredes non possent conueniri. Secundo faciebat, quia non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, regula non debet, de regul. iur. in 6. Tertio faciebat, quia pœna debet sequi suos authores. l. sancimus. C. de pœnis.

Istis tamen non obstantibus contrarium fuit determinatum, quod imo omnes hæredes possent conueniri, & quod licet unus tantum prohibuerit, tamen pœna committatur in totum & contra omnes hæredes pro hæreditaria tamē portione, ut eam totam pœnam pro parte sua prę-starent, non autem unusquisque insolidum præstaret. & ratio decidendi fuit, quia quamuis unus solus prohibuerit, tamē stipulator priuatus est tota commoditate stipulationis. quia non potuit ire & agere, neque sibi licuit rem retinere, & ideo perinde est ac si ab omnibus fuisset prohibitus, cum parum intersit quod omnes prohibuerint, uel unus solus, quando tota commoditate fuit priuatus, sed tamen quia obligatio pœnalis dicitur esse diuidua, quoniam continet promissionem pecuniæ, ideo ipsi hęredes obligantur ad pœnā ꝓ hæreditaria portione, ut omnes uniti integram pœnam soluant, sed pro parte tantū sua.

Non obstant contraria, & primo quod insolidum uideatur ipsum prohibitum debere conueniri. per dictum. §. Iulianus, quia ille tex. procedit in stipulationibus prętoriis in quibus hoc admittitur ex æquitate ut ibi, nos autem loquimur in stipulationibus conuentionalibus. item etiam quod unus hæres teneatur insolidum procedit quando conuenitur ad factum ex primitiua obligatione, quia tunc unusquisque hæredum tenetur insolidum. §. ex iis. supra eodem. hic uero conueniuntur hæredes ex secundaria obligatione, tam ad pœnam quam ad interesse, & ideo tenentur pro hæreditaria portione ad integrā tamē pœnā.

Non obstat regula non debet, quia illa procedit in separatis personis, hic autē ipsi coheredes sunt coniuncti propter stipulationem factam ab authore suo. unde ex facto unius potest alteri iniqua conditio inferri. Non obstat quod pœna debet sequi authores suos, quia & etiam hoc procedit in effectu. ex eo quia licet omnes soluant partem suam, tamē quieti & boni possunt repetere quod soluerunt ab ipso rixoso iudicio familiæ herciscundę. taliter quod ipse solus prohibens tenebitur ad integram pœnam, & sic pœna sequetur authorem suum. sed ille circuitus admittitur propter rationem quod stipulatio pœnalis est diuidua, & obligatio diuiditur inter hæredes pro rata. l. pro hæreditariis. C. de hæredita. actionib. & effectus est maximus in isto circuitu. quia ipsi boni tenētur prius de suo soluere, & habēt onus repetēdi, & si forsan ille rixosus esset nō soluēdo, remaneret eorū actio inanis, & apparet quantū incommodū sit habere uicinū rixosū, & hęc decisio fuit æqualis tam circa solutionem pœnæ quam circa solutione m interesse, quia in hæredibus promissoris conueniunt.

67 Sed postea instatur† quid si stipulator decessit pluribus hęredibus relictis, & promissor ꝓhibuit unū hæredē tantū, permittendo aliis licere agere, uel licere habere, utrū modo possit ille ꝓhibitus agere ad totam pœnam, & ad totum interesse, uel potius pro parte ipsi omnes etiam non prohibiti agere possint, & uidebatur quod æqualiter omnes admitterentur tam in pœna quam in interesse; ex eo quia unica fuit stipulatio & indiuidua. quia omnes prohibiti uidentur propter connexitatem, cum nisi insolidum peccari non posset, ut dicitur in. §. Cato. uersi. differentia. & quia contrariorū est eadem determinatio, ut no.

in Rub.

in Rub.ff.de acquir.possessio.

Sed iis non obstantibus aliter determinatur, & decisum fuit quod obligatio ad interesse non committatur contra omnes in fauorem hæredum prohibitorum, sed tantummodo committatur pro parte tangente ipsum prohibitum, sed in promissione pœnæ tota stipulatio ad pœnam committatur in fauorem ipsorum hæredum,& omnes possint agere pro rata etiam quod non sint prohibiti & ratio est,quia insolidum tenebatur promissor ad factum,& prohibendo unum dicitur cōtrauenire in toto facto. unde necessario pœna cōmittitur in totum,& cum esset diuidua,unicuique cohæredum acquiritur actio pro parte, cum hoc tamen temperamento quod si agant repellantur per exceptionem ex æquitate. quia si ipsi nullum damnum passi fuerunt neque etiam debent habere comodum de pœna, item si ipsi non fuere prohibiti non possunt prætendere aliquod interesse, unde actio nulla potest eis competere, nec obstat modo quod in hæredibus promissoris agebatur contra omnes efficaciter ad pœnam & ad interesse.quia ibi stipulator habuerat integrum damnū, ideo etiam totam pœnam & interesse contra omnes consequi potuit, sed hic solus hæres stipulatoris fuit prohibitus, & alii nullum damnum passi fuere,ideo nullam actionem ad interesse possūt habere,cum nullum possint prætendere, in pœna uero habent actionem, quia in eis non inspicitur an intersit,& attenditur rigor quod ipse solus hæres fuit priuatus toto facto,tamen postea ex æquitate alii cohæredes agentes per exceptionem repelluntur ut solus prohibitus possit agere ad interesse, & solus etiam possit agere ad pœnam cōsequendo simul cum interesse omne damnum suū; & per hanc rationem responsum fuit adductis in contrarium,& summa responsionis est, quod ipsi non prohibiti non debent locupletari cum aliena iactura. l.nam natura.digest.de condi. indebi. hic est casus.

68 Notandum † est primo ex isto text.quod stipulationes factorum transeunt ad hæredes ab utraque parte,sed tamen dum in omnibus istis tribus stipulationibns. iurisconsultus facit mentionem de hæredibus.uidetur colligi quod non aliter trāsit ad hæredes stipulatio factorum nisi facta sit mentio hæredum, concordat text.in l. si sic. magna.& l.stipulatio ista. infra eodem.sed in contrarium est text.in l.ueteres.Co.de contrah.& committend.stipulatio.& etiam tex.in dicta l. stipulatio ista.§.sed si se.ibi,obligatur etiā ne hæres suos faciat.Ias.hic multa uerba dicit, & postea in effectu se remittit ad no.in dicta l.si sic.ubi Bartol. uidetur tenere quod illa uerba sint necessaria, quia cum sit promissio facti uidetur esse promissio personalis, cum factum dependeat ab obligatione personali & respiciat eam, argumento.§. sed cum factum, insti.de stipulatione seruorum. alii uero distingunt inter hæredes promissoris & stipulatoris, ut hic per Galliaul.numero 19. qui dixit esse communem * opinionem, quod non transeat ad hæredes stipulatoris, nisi sit facta mentio hæredum. sed tamen quia Bartol. infra in. §. Cato. & Alex.ponit,ressèruo ibi dicendum.

69 Secundo † notandum est, quod appellatio indefinita hæredum comprehendit omnes hæredes collectiue. & distributiue, quoniam si omnes hæredes collectiue prohibent committitur stipulatio contra omnes,& si unus prohibeat, committitur etiam stipulatio contra omnes, unde comprehendit eos secundum subiectam materiam, tamen ut dicit Ias. comprehendit in effectu hæredes collectiue. cum interesse respiciat eos collectiue, & non conueniantur neque soluant nisi pro rata.

70 Tertio † notandum est, quod non facere sit facere, cum in principio dicat, item si in facto, postea ponat exemplum de stipulatione per te non fieri. Ias. dicit tamen quod non bene probatur, quia æquipollet facto affirmatiuo, ut probatur in uersic. contra. & non attendimus uerba sed effectum, tu dicas quod imo probat, nec contradicit text. in dicto uersic. contra, quia illa uerba (licere ire) non referuntur ad factum promissoris sed ad factum stipulatoris, & factum stipulatoris est affirmatiuum. sed promissoris est negatiuum, cum semper promittat non prohibere, uel non impedire, uel non facere controuersiam., uel non operari ut impediatur, ex quo facto negatiuo resultat libera potestas in stipulatore de facto affirmatiuo. unde notabile colligitur, & etiam probatur in. l. uerbum facere, infra. de uerborum significatione.

71 Quatro † notandum est, quod stipulatio ista (licere ire agere) non continet promissionem seruitutis sed tantummodo facultatem meram eundi & naturalem potestatem in stipulatore, & in promissore continet factum non impediendi uel non prohibendi, seu non faciendi quod prohibeatur,& hoc probatur propter illa uerba (item si in facto sit stipulatio) quæ conclusio sine difficultate procedit quando stipulator non haberet fundum dominantem cui seruitus posset acquiri. §.penul.insti.de seruituti. sed si haberet fundum, tunc in dubio præsumeretur stipulari seruitutem si faceret mentionem de illo fundo, & tunc diceretur stipulari ius & factum, ut per Bartol. in. §. & harum. supra eodem. scilicet seruitutem & patientiam, tamen & etiam si appareret de mente stipulatoris, habens prædium, stipulando sibi licere agere posset & merum factum stipulari, quoniam contractus recipiunt legem a conuentione. l. prima. §. si conuenerit. digest. depositi. & l. non omnis.digest.si cert.petatur.& hoc etiam modo posset intelligi.tex.quia cum faciat mentionem de facto præsupponit constare stipulationem facti fuisse.

72 Quinto † notandum est quod stipulatio habere licere est similis illi ire & agere, quod probatur, quia æqualem decisionem de utraque ponit, & de utraque uerificatur. uerbum item si in facto, cuius contrarium expresse dicit text.in l.stipulatio ista. §. primo. & §. ii qui. infra eodem. unde glos. dicit miranda nouitas sub

* tilis subtilitas quis eã ruminabit. cõmuniter* doctor. dicunt, quod quamuis in stipulatione habere licere, contineatur dominium ut teneatur promissor curare ut ille habeat dominium, tamen etiam tenetur ad factum non prohibendi, seu non impediendi, & non mouendi controuersiam neque faciendi quod alius impediat, & in hoc facto conuenit stipulatio licere ire agere, sed Ias, reprehendit, quia iste text. loquitur de uerbis affirmatius, licere habere, & de stipulatore & promissore simul uel eorum hæredibus, ut clare patet in litera, unde Ias. dicit quod solum fit æquiparatio respectu facti promissoris tam in sua quã in persona stipulatoris, quod uerissimum esse dicit, & aliud postea non profert Angel. nec doctor. facit insti. quibus modis re contrahitur obligatio. §. primo. ubi sufficit quod æquiparatio procedat in eo de quo agitur, licet in multis aliis possit esse differrentia, & eodẽ modo determinari potest de stipulatione dolum malum abesse, seu non adhibendi dolum uel fraudem, nam illa stipulatio in substantia differt ab ista habere licere, in multis, sed quia habet conuenientiam in eo, quod si unus cohæredum promissoris adhibeat fraudem, alii etiam tenentur, qnia stipulator priuatur tota commoditate, & si adhibetur uni ex hæredibus stipulatoris, etiam non acquiratur actio ad interesse. & in actione ad pœnam obstabit exceptio, & sic est satis probabilis intellectus.

73 Per quem habes † quod decisio text. nostri procedit etiam in stipulatione factorum quæ adhæret stipulationi iuris, quoniam per acquisitionem iuris non alteratur natura stipulationis factorum. ideo sequitur, quod etiam in prima stipulatione potest intelligi text. ut loquatur quando seruitus fuisset concessa, & postea subiecta stipulatio per te non fieri. sed tamen huic intellectui repugnat, quia si in prima stipulatione loquatur de stipulatione facti tantum ut tenent docto. hic. & in. §. Cato. eodem modo debet intelligi de illa stipulatione habere licecere. & alia, dolum malum abesse, & uel debes æquiparare in omnibus, ut in eis interueniat promissio iuris & facti, uel debes æquiparare ut in omnibus interueniat solum factum, cum subiecta materia utrique considerationi conueniat, unde clarior uidetur intellectus, quod intelligatur de stipulatione meri facti in omnibus istis exemplis, cum possit stipulatio ista habere licere etiam continere merum factum, secundum subiectam materiam, dicto. §. ii qui & §. hæ quoque. & uerbum (habere) est generalissimum. l. habere. digestis de uerbo. significa. Nota tamen communem intellectum, quod iste text. potest procedere in stipulatione mixta iuris & facti, quod facit ad intellectum illorum uerborum (iter fieri uel non fieri) positorum in. §. Cato.

74 Sexto † notandun est, quod uno prohibente committitur stipulatio tota ad pœnam, ut omnes hæredes promissoris possint conueniri ad totam pœnam pro hæreditaria tamen portione, & est ratio, quia per prohibentem contrauenitur in toto facto promisso, cum insolidum ab uno quoque præstari deberet, & promissor priuat stipulatorem tota commoditate, unde licet postea propter naturã obligationis pecuniariæ diuidatur inter hæredes omnes etiam non prohibentes quantum ad obligationem & solutionem, tamen ex cõtrauentione unius tota pœna insolidum committitur, & ideo sequitur quod stipulatio pœnalis apposita ad factũ indiuiduũ contra suã naturã efficitur indiuidua commissione, sed postea obligatione & solutione remanet diuidua, & sic propter adiunctum mutat naturam ut certo respectu efficiatur indiuidua, & ideo tota exigitur, quamuis alii cohæredes non contrauenerint, & ratio assignatur infra in. §. Cato. quia alii hæredes finguntur contrauenisse propter connexitatem, nam cũ omnes simul representent personam promissoris, uidetur quod ipse promissor contrauenerit, ideo sicut ipso promissore contrauueniente pœna insolidum committeretur, ita etiã per fictionem pœna insolidum committetur contra omnes hæredes, & in hoc solo consistit differrentia inter facta diuidua & indiuidua, cum si apponatur facto diuiduo committitur pro parte prohibentis tantum & remanet intacta stipulatio pro partibus aliorum, sed in factis indiuiduis pœna committitur in totum insolidum, & cum est commissa, quia est diuidua obligatione, incipiunt omnes hæredes teneri pro parte sua, & posse conueniri & cogi soluere.

75 Tamen quia † postea principium commissionis prouenit ab illo solo prohibente. repetunt cohæredes quod soluerunt ab eo. & in effectu postea ipse solus prohibens tenetur ad integram pœnam sicut ipse solus fuit causa quod committeretur.

76 Septimo † notandum est ex isto tex. quod actio ad interesse non potest competere nisi quatenus damnum & interesse interuenerit, concordat tex. in l. ubi autem. §. qui id quod. infra eo. & no. in l. si qois ab alio. §. fin. digest. de re iudi. & hæc fuit ratio quod præcise quis non cogatur ad factum. nam cum dicatur esse quædam species seruitutis, placuit ut non possit cogi adimplere, sed solum teneatur promissor ad damnum superueniens ex inobseruantia, unde si ex ea nullum damnum sequatur, nulla competit actio ad interesse; & si damnũ excedat æstimationem facti, competit actio ad totale interesse, in casibus in quibus committitur ad totale interesse, cum aliquando committatur ad particulare, ut no. in dicta l. stipulationes. uersic. Celsus, & etiam habetur per docto. in l. insulam. infra eo. ubi dicetur. & si hoc est in persona ipsius principalis quanto magis erit in persona aliorũ quibus nullum impedimentum & nulla contrauentio facta fuit, & in hoc est differrentia interactionem ad interesse & ad pœnam, cum actio ad interesse de iure non competat ipsis heredibus non prohibitis, sed actio pœnalis competat ipsis hæredibus prohibitis etiam quod nullum damnnm eis factum fuerit, & ratio assignatur

gnatur in text.quia in pœnis non inspicitur an interfit sed solum an fuerit commissa insolidum, & cum sit commissa unicuique cohæredi ex natura obligationis diuiduæ acquiritur actio quæ potest de rigore iuris intentari.

77 Octauo † notandum est ex isto tex.quod differrentia est inter hæredes promissoris & stipulatoris, quia uno hærede promissoris prohibente stipulatorem committitur stipulatio pœnalis ad totam pœnam, quæ efficaciter competit contra omnes choæredes quietos & pacificos qui nihil mali fecerunt, item etiam procedit in obligatione ad interesse, ut ex facto unius tantum committatur actio ad totum interesse, quod postea diuiditur inter ipsos choæredes ut conueniri possint, licet nihil mali fecerint propter illā rationē, quia insolidum committitur tota obligatio ad pœnam & ad interesse. quæ postea propter naturam suam diuiditur ut agatur contra omnes pro hæreditaria portione. & est ratio, quia ex contrauentione unius ipse stipulator patitur integrum damnum sicut si omnes contrauenissent, unde ipse habet integrum interesse & actionem ad illud, licet ex æquitate postea fuerit introductum quod pacifici & quieti repetant ab illo prohibēte, ad finem ut pœna sequatur authores suos. l.sancimus. Codic. de pœnis. in hęredibus uero stipulatoris longe diuersum fuit constitutum, quamuis in utroque casu agatur de stipulatione indiuidua, nam in choæredibus, uno prohibito aliis cohæredibus nulla competit actio ad interesse, quia ipsi nullum damnum habuerunt & solum competit illi qui passus fuit damnum cū de substantia actionis ad interesse sit ut solum competat quando uere damnum interuenit. in stipulatione uero pœnali (uno prohibito) committitur stipulatio ad totam pœnam, quę tamen propter naturam suam diuiditur inter omnes cohæredes, quia ad fauorem omnium ipsa pœna fuit commissa, tamen quia nemo debet locupletari cū aliena iactura, si agant, repelluntur per exceptionem, ut not.dicitur in text. per l. nam natura. de condictio. indeb. & iste text.est singularis in hac differrentia, & apparet quod licet legislatores rigorose processerint in istis contrauentionibus, tamen etiam ęquitatem commiscuerunt.

78 Sed quia † iste circuitus affert aliquam incommoditatem. ex pleniori æquitate in stipulationibus prætoriis fuit introductum quod solum agatur contra hæredem promissoris prohibentem in solidum, & hæres solus stipulatoris prohibitus insolidum contra prohibentem agat ad totam pœnam, per legem pœnales. §. Iulianus. digest. ad l. Falcidiam, & est multum utilis decisio, & auffert multas incomoditates & inuolutiones, tamen quia est speciale in eis, remanet iste rigor in conuentionalibus stipulationibus, quod solus ille prohibitus agit pro tertia parte tantum ad pœnam, & hæc actio aliquando non subuenit in totum prohibito, quia tertia pars pœnæ non cōplectitur totum damnum ipsius prohibiti, ideo il lo casu erit necessarium quod agatur ad interesse cumulatiue per regulam generalem positam in l. prædia. digest. de actio. emptio. ubi dicitur, quod si pœna non reficit totum damnum concurrit actio & ad interesse ut ipse offensus consequatur totū damnum suum.

79 Nono † notandū est, quod omnia quæ dicta fuere de stipulatione (per te non fieri) haberent locum in stipulatione (habere licere) declarando tamen quod uere uel implicite subiecta fuerit stipulatio negatiua per promissorem (non fieri quominus habere liceat) & etiam in alia stipulatione (dolum malum abesse) quæ implicat negatiuam per promissorem non adhiberi dolum neque fraudem, tamen quamuis uideatur text. se restringere ad istas tres stipulationes, nihilominus decisio redditur generalis ad omnes stipulationes indiuiduas & negatiuas, ut tota prædicta distinctio in eis generaliter habeat locum, & propterea iste text.redditur ualde utilis determinans totam quæstionem quid iuris sit quando contrauentum fuit stipulationi indiuiduæ & negatiuæ tam in hæredibus stipulatoris quam in hęredibus promissoris, & tacite etiam quid seruandum sit in ipsis principalibus, se referrēdo ad. §. ex iis. quod si ipse principalis promissor contrauenisset ipse insolidum teneretur ad factum ex primaria obligatione, atq; etiam insolidum teneretur ad pœnā ex secundaria obligatione, atque etiam insolidum ad interesse, quia licet istæ secundariæ obligationes sui natura sint diuiduæ, tamen in persona principalis promissoris semper erit indiuidua. ut nec etiam posset liberari in parte soluendo partem pœnę & interesse. l. quidam estimauerunt. digest. si cert. petatur, & l. tutor. §. Lutius. digest. de usur.

Alia est difficultas quam hic ponūt docto. quia text. dicit, quod uno prohibente committitur stipulatio ab omnibus hæredibus, & exponitur. id est incipit competere actio ad interesse & actio ad pœnam quando est apposita. & Barto. dicit quod ista actio datur insolidum contra hæredes, sed in contrarium de directo est text. in. §. Cato. qui dicit, quod actio ad pœnam datur pro hæreditaria portione, & fortius hoc seruabitur in actione ad interesse. Ias. negligit istud contrarium, forsā quia Bartol. hoc fatetur, sed uoluit dicere quod tota pœna & totum interesse petitur, sed tamen ipsi postea non tenentur nisi pro hæreditaria portione tam in interesse quam in pœna. sed pstea obstat, quia si pro hæreditaria portione, ergo falsum est quod dicitur supra in. §. ex iis, qui uult quod in solidum unusquisque hęres obligetur, & obligationes insolidum multiplicentur. unde Bar. pōea dat aliā solutionē meliorē, & dicit quod aut agitur ad ipsum factū ex primitiua obligatione, & tunc quilibet hæres tenetur in solidum. aut agitur ad interesse uel ad pœnam ex secundaria obligatione, & tunc competit pro hæreditaria portione, & est uera solutio, & ratio est manifesta differrentiæ, quia ipsum factum est indiuiduū omni respectu, & ideo non potest pro parte deberi neque solui neque peti. l. libertus. §. operarum.

ff. de oper. liber.

80 Sed obligatio † secundaria ad pœnam uel interesse dicitur esse diuidua sui natura, quoniam continet obligationem ad pecuniam, quę omnimodo diuidua est. unde sequitur quod non potest deberi nisi pro parte hæreditaria, neque peti neque solui, & solum alteratur quantum ad commissionem ut committatur insolidum pœna ab initio propter naturam facti cui accedit, & sic habes quod p prohibitus agit ex primitiua obligatione, petit totum factum a solo prohibente, sed si agit ad pœnam, tunc pro hæreditaria portione tantum agere poterit, & idem si agat ad interesse. propterea ex omnibus prædictis habes resolutam totam materiam, quid iuris sit quando contrauentum est stipulationi indiuiduæ tam inter ipsos principales quam inter hæredes stipulatoris uel promissoris, siue agatur ex primitiua obligatione ad factum siue agatur ex secundaria obligatione ad pœnam uel interesse, ideo apparet quod iste. §. cum prædictis declarationbuis perfecte explicat materiamn in stipulationibus indiuiduis.

81 Sequitur. §. Cato. in quo † compilatores prosequuntur materiam propositã declarandi quid iuris sit quando contrauentum fuit stipulationibus factorum. sed tamen quia in præcedenti. §. dictum fuerat tantummodo de stipulationibus indiuiduis. ut plene materia declararetur, erat etiam necessarium ponere quid iuris sit in stipulationibus diuiduis. & tradere differrentiam effectualem inter stipulationes diuiduas uel indiuiduas, unde ut supplerentur dicta in præcedentibus, subiectus fuit. §. noster. qui addidit de stipulationibus diuiduis quid iuris sit quando contrauentum est tam in persona hæredum promissoris quam hæredum stipulatoris, & in ipsis principalibus, & quoniam Cato in suo dicto etiam locutus fuit de stipulationibus indiuiduis, & assignauit rationem differrentiæ inter diuiduas & indiuiduas. doct. in eo totam materiam reseruauerunt & cumulauerunt ponendo omnia quæ ueniebant dicenda in. §. item si in facto. etiam in isto.

82 Veruntamen † quia istud dictum Catonis est ualde obscurum & recipit plures difficultates quam uerba, ideo ad eius euidentiam aliqua spetialia pro declaratione literæ præmittenda sunt ideo septimo loco, deueniendo in spetie ad. §. nostrum, præmittendum est, quod istud dictum est ualde ambiguum, & incertum & recipit ut dictum fuit plures dubitationes quam sint uerba in text. quæ omnes resoluendæ sunt ad firmitatem terminorum præstandam, ut super certo signari possit casus. omnes autem dictæ dubitationes reducuntur ad duas partes principales, una est circa scripturam uerborum, quomodo uerba sint scribenda seu legenda, & in ea continentur septem dubitationes. alia est circa interpretationem & sensum uerborum, & in ea continentur plures aliæ.

83 Circa ergo † literalem scripturam, prima est dubitatio, quis fuerit iste Cato, & doctores referunt quatuor Catones, unus fuit Marcus portius Cato censorius famosus propter seueritatem, in censura adhibitam qui fuit iurisconsultus & propter inuidiã accusatus fuit quadraginta octo uicibus, & semper a toto populo fuit absolutus. Secundus fuit Marcus portius eius filius, qui fuit dignissimus iurisconsultus & scripsit multos libros iuris ciuilis, ut refert Alci. hic post Aulum gellium libro 13. & cap. 18, noct.

Tertius fuit Cato prætorius Vticensis qui secutus fuit partes Pompeianas, & cum debellata esset factio Pompeiana in Africa ipse semetipsum interfecit in ciuitate Vticæ, unde Vticensis appellatus fuit, & quia erat dignissimus ualde, Cesar in suis numismatibus sculptis in exercitu fecit apponi hoc dictum. per totum orbem terrarum armis nostris domitum Catonem saluum esse iubeo. quod præceptum obseruatum fuit a militibus, tamen quia ipse semet ipsum interfecit. non habuit effectum. Quartus fuit Cato longe iunior qui floruit tempore Alexand. Fabius Sabinus nuncupatus. qui potius propter scientiam appellatus fuit Cato magis quam propter familiam. doct. hic communiter uidentur dicere quod iste fuit Cato Vticensis, quos reprehẽdit Alcia. quia fuit stoicus & non iurisconsultus alii uero dicunt quod fuit ille Cato nouissimus, tamen etiam reprehendit Alcia. quia ille scripsit tres libros iuris ciuilis tantum. & octo libros epistolarum. unde non conuenit litera nostra quæ dicit Cato lib, 15. scribit. ideo ipse tenet quod fuit Portius Cato filius qui multos libros iuris ciuilis scripsit, & potuit uerificari illud uerbum libr. 15.

84 † & satis potest procedere, quia floruit tempore Galli Aquilii durante libertate Romana. qui & ipse libros multos iuris ciuilis scripsit, ut habetur in l. Gallus. de lib. & posthum. & sicut dicta Galli Aquilii referuntur in corpore digestorum, quamuis sint multum antiqua, ita etiam & dicta Catonis antiqua potuerunt hic referri.

85 Secunda † succedit dubitatio, quatenus extendatur dictum Catonis, & duæ sunt opiniones. una Bartol. hic & sequacium, quod duret tantummodo usque ad uersi. ab omnibus, & quod solum posuerit dictum Bimembre, quod aliquando stipulatio committitur ab omnibus pro hæreditaria portioue, aliquando ab uno pro portione sua, & plus non dixit, nam uersic. ab omnibus fuit suppletus per Paulum authorem legis, qui illud dictum bimẽbre declarauit, & exemplificauit reddendo rationem differrentiæ, sed ista opinio communiter a Mod. reprobatur, quia est inconueniẽs quod Paulus retulerit dictum Catonis tam mutilatum, cum poterat cætera, & dictum præsuppositum ex intentione sua referre, secundo etiam quia præsupponitur per glos. quod Paulus reuocet in dubium determinationem in eo factam, & uidetur inconueniens quod ipsemet determinationem statim factam reuocauerit in dubium. unde secunda est opinio, quod dictum Catonis duret usque ad uersic.

uidea-

uideamus, quæ opinio magis probabilis est, quia authoritas Catonis prodest in tota decisione quæstionis propositæ, & non est credendum quod solum præsuppositum primū fecisset nisi postea declarasset membra, & reddidisset rationem differētiæ, & hanc opinionem comprobat Alcia. per rationem concludentem, quia totus iste, §. est scriptus per infinitiuos usque ad uersi. uideamus etiam in uersi. differentiæ, qui non possunt per se stare, & non possunt regi nisi a uerbo scribi, & propterea in ultimis uerbis opportet subaudire illud dictum Cato lib. 15. scribit, & sic apparet quod omnia ab eodē Catone scripta fuere, & ita tenēdū est.

86 Tertia † est dubitatio circa literam positam in uersi. differentiæ. nam una est litera ut in illa stipulatione (per te non fieri) alia est litera pisana ut refert Ang. Politianus quæ habet illam stipulationē ut dicatur in priori casu omnes commisisse uidentur illam stipulationem per te non fieri, &c. & effectus est maximus, quia si dicatur commisisse, uidetur quod nisi insolidū peccari potest, ut in illa stipulatione uidetur positum nouum exemplum de 3. stipulatione & si habeatur litera pisana omnes commisisse uidentur illam stipulationē per te nō fieri, est necessarium quod exemplum sit de stipulatione retro scripta. quæ ostendatur digito, per illud pronomen (illam) iux. no. in l. j. ff. de no. oper. nunt. & cum pronomen sit singularis nominis demonstretur præcessisse unicam stipulationem per te non fieri, & hæc opinio mihi magis placet tum propter authoritatem literæ pisanæ ad quam nos solemus in ambiguis recurrere, tum etiam quia cessant multæ difficultates circa exempla stipulationum positarum per Catonem, de quo infra dicemus.

87 Quarta est dubitatio circa † literam in eodem uersi. differentiæ. In illis uerbis, quod nisi insolidum peccari non poterat, nam glo. hic ponit duas literas unam quod sit uerbum (peccari) alia quod sit uerbum præstari, & hanc sequuntur quidā neoterici hic, & dicunt uerbum (peccari) esse ineptum & non posse conuenire, & ideo ipsi dicunt uerbū præstari poni debere & curauerunt ut imprimeretur in aliquib. codicibus, ut sit sensus, quod illud factum indiuiduum nisi insolidum præstari non posit, quæ opinio inepta est & ipsa, quoniā in dicto Catonis tractatur de stipulationibus negatiuis quæ adimplentur per non factū, & sufficit hæredem pro parte non impedire, & si unus uult impedire non potest impedimentū præstare in parte hominis, & non in alia parte, unde sensus Iuriscōsulti est, quod quando unus solus cōtrauenit dicitur in totum contrauenisse, quoniam nō potuit peccari pro parte, idest impedire stipulatorē pro parte ire, & pro parte non, ideo rectissime dictum fuit quod hoc factū nisi insolidum peccari potest, idest stipulator nisi insolidum impediri potest, unde teneas literam quam habent Codices communes, quæ uera est & conueniens.

88 Quinta est dubitatio, † quot stipulationes contineantur in hoc, §. seu de quantis positū fuit exēplum, & communiter docto. uidentur uelle, quod loquatur de quatuor stipulationibus ut hic refert Rippa. col. 2. iter fieri, & iter non fieri, amplius nō agi, & rem ratam haberi, ut duæ stipulationes indiuiduæ ponantur pro exemplis, & alię duę de facto diuiduo. Secunda est opinio Aret. & Ias. quod tractetur in hoc. §. de quinq; stipulationibus quarum tres sunt indiuiduæ, ut stipulatio iter fieri, & alia iter non fieri, & alia per te non fieri, quæ ponitur in uersi. differentiæ, & postea sint aliæ duæ diuiduæ, amplius non agi & rem ratam haberi, sed tu potes ponere tertiam opinionē, & dicere ꝙ aut quærimus de quibus stipulationibus uoluerit loqui Cato. Et dicendum est quod uoluit ponere decisionem de omnibus stipulationibus indiuiduis, quia non restringunt regulam. l. damni infecti quidam. ff. de dam. infect. si uero quæris quæ & de quantis stipulationibus ipse posuerit exempla dicas quod non posuit exempla nisi de duabus, de stipulatione per te non fieri quæ indiuidua est, & de stipulatione amplius non agi quæ diuidua est, & illa tertia rem ratam haberi non fuit a Catone posita sed ab ipso Paulo, & quod sit unica nominata probatur, quia illa uerba (iter fieri) & iter non fieri, denotant unicam stipulationem per te non fieri, conceptam cum clausula affirmatiua & negatiua, ut ego demonstraui in dicto. §. item si in facto, quod apparet, quia in. §. differentiæ. dixit, omnes commisisse uidentur illam stipulationem per te non fieri quominus agere liceat, quæ uerba duo operantur, primo demonstrant unicā stipulationem supra relatam fuisse. secundo demonstrant qualis fuerit stipulatio supra nominata, dicendo quod fuit illa stipulatio per te non fieri, & sic non est uerum quod hic addatur exemplum de noua stipulatione, sed demonstratur qualis fuerit præcedens nominata, & declaratur, & propterea sequitur quod in dicto Catonis non fuit positū exēplū nisi de unica stipulatione per te non fieri quo minus agere liceat, & demonstrata in §. differentiæ, & de stipulationibus diuiduis non fuit positum exemplum nisi de illa amplius non agi, & cōueniens etiam fuit quod in tam breui dicto nō impleret folium cum exemplis stipulationum.

89 Et hæc opinio † etiam confirmari potest sequendo literam pisanam, quæ nō habuit illa uerba (uel non fieri) de qua facit mentionem hic Soc. in principio, & magis clare demonstrabitur quod uoluit loqui de unica stipulatione tantum, & illa uerba (uel non fieri) fuere addita a doctor. priuatis, uel quia dubitabant quod uerbum (iter fieri) denotaret seruitutem, & non esset bonum exemplū de stipulatione facti, uel quia uolebant declarare intentionem Catonis, uel uellet exemplificare de illa stipulatione (per te non fieri,

90 Sexta est dubitatio † de qualitate stipulationū positarum pro exemplis, an sint stipulationes negatiuæ uel affirmatiuæ, & communiter docto. uidentur uelle quod sit positum exemplum de affirmatiua in illis uerbis (iter fieri) & de negatiua in illis uerbis (iter non fieri) & secundū Aret. de alia negatiua in illis uerbis (iter non fieri) quam opinionem etiam uidetur sequi Iaso. quamuis aliter

exponat illa uerba iter fieri uel non fieri pro sternere iter, sed hanc opinionem reprehendit hic Alcia. quia tex. non potest ponere exemplum de affirmatiua stipulatione, per urgentem rationem, nam iste tex. præsupponit quod imo rixoso contrauenient alij pacifici adhuc dicantur adimpleuisse, quod non potest procedere nisi in facto negatiuo, quod adimpletur per solum actum non faciendi seu per patientiam. in factis autem affirmatiuis non potest dici cohæredes adimpleuisse etiã quod obseruauerint pro parte sua nisi totum adimpleuerint, nam cum ipsi insolidum teneantur ad factum non possunt nisi insolidum & totũ præstando adimplere. l. in executione. §. insolidum. & l. cum ex causa. infra eodem. Ideo ut conueniat decisio, opportet quod agatur tantum de stipulationibus negatiuis. ista ratio licet uideatur stringere, tamen potest euitari, negando quod nõ contrauenientes dicantur adimplere, quia imo ipsi quoque incidunt in pœnam ex capite quod non cõtrauenerint, ut apperte dicit tex. noster hic ibi, quia quod in partes diuidi non potest ab omnibus quodammodo factum uidetur, & in principio dicit, ab omnibns hæredibus pœnam committi propter contrauentionem, tamen opinio sua mihi placet per rationem suam, & ad oppositionẽ respondeo quod imo uere non contrauenientes dicuntur adimplere, sed tamen quia repræsentãt personam defuncti per fictionem uidentur commisisse stipulationem & non adimpleuisse, ideo posuit uerbum denotans fictionem quodammodo ab omnibus factum uideri, sed in stipulationibus affirmatiuis uere dicuntur cohæredes contrauenire ẽt quod dicãt se paratos esse pro parte sua adimplere, quia ipsi nihil præstare dicuntur nisi totam perficiant. per l. si is qui quadringenta. §. quædam. ff. ad l. Falc. & dicta l. cum ex causa. infra eodem. & confirmando postea tenendo opinionem quã supra posui, quod illa uerba (iter fieri) non faciunt stipulationem affirmatiuam, sed implicãt negatiuam, ut in effectu demonstretur stipulatio illa negatiua (per te non fieri) & cum exemplum sit positum tantummodo de illa stipulatione per te non fieri, quæ secundum omnes est negatiua, item & de stipulatione amplius non agi, quæ etiam est negatiua, apparet quod in hoc. §. tractatur de stipulationibus negatiuis tantum, prout etiam ego demonstraui procedere etiam in dicto. §. item si in facto. & effectus est maximus circa modum committendi, ut dixi.

91 Septima est difficultas † circa literam positam in uersi. uideamus qualis debeat esse. & tres diuersæ referuntur, una affirmatiua, Paulus respondet idem esse, alia negatiua, Paulus respondet non esse idem. Tertia quę reperitur in pandectis pisanis, ut non sint illa uerba, Paulus respondet, & hæc ultima litera uidetur multum probabilis, quia si Paulus fuit author legis ipse in tota lege respondet, & non est opus subaudire, prout uidemus seruari in aliis legibus ab uno authore factis, & uidetur etiam esse inconueniens quod ipsemet Paulus de se loquens dicat, Paulus respondet. sed tamen si quis uellet defendere aliam literam, posset dicere nõ esse inconueniens quod author legis loquatur de seipso, ut patet in toto tit. ff. de alim. & cibar. lega. & in l. Pamphilo. cum tribus sequentibus. de leg. 3. ubi millies author legis dixit respondi ita esse uel non esse, & quamuis hic sit uerbum tertiæ personæ (respondit) potest dici quod nec inconuenit ut de seipso loquatur in tertia persona, ut in multis aliis legibus & Cæsar in commentariis suis de seipso semper locutus fuit in tertia persona. Potest etiam dici quod compilatores hęc uerba addiderunt tollendæ dubitationis causa, ut appareret quatenus extenderetur dictum Catonis, & quæ esset decisio Pauli.

92 Sed dum † ista uerba sunt affirmatiua uel negatiua, qualis dicatur esse melior uariant docto. & propter eam faciunt multos intellectus ad text. ultra xvi. ut uidebimus infra super glo. Communiter tamen se uidentur resoluere, quod responsio negatiua melior sit, & eam esse tenendam asserunt. Tu uero dicas, ꝙ nõ interest an illa uerba reperiantur uel non reperiantur secundum literam pisanam, ex eo quia si non reperiuntur clare nobis cõstat hanc fuisse decisionem Pauli, ex eo quia incipit dicere uideamus, quod uerbum non conuenit dicto Catonis de quo positum fuit uerbum scribit. Et si tu habes adhuc non interest, quia quæ dubitationis causa ponuntur non uitiant. l. quæ dubitationis. de reg. iur. & magis probabile est quod non fuerint, quia sufficit inscriptio in principio, sed addita fuere a cõpilatoribus uel potius a quibusdam priuatis pro eorum intelligentia, sed quãtum ad decisionem nihil interest sint uel nõ sint.

93 Item dum dubitatur † an si fuerit responsio affirmatiua uel negatiua adhuc quantum ad ueritatẽ decisionis nõ interest an sint affirmatiua uel negatiua, ex eo quia dubitatur de stipulatione rem ratam haberi, cui debeat assimilari, & si dicas nõ esse idem, determinatur quod non assimilatur stipulationi per te nõ fieri sed stipulationi amplius non agi, si habes literam affirmatiuã quod sit idẽ, refertur ad stipulationem amplius non agi, & determinatur quod ẽst diuidua. Vnde sequitur quod siue habeas affirmatiuam siue negatiuam responsionem semper eadem est decisio quod æquiparatur stipulationi amplius non agi, & semper sit diuidua, ideo parum curandum est an sit affirmatiua uel negatiua, & cum determinet æquipararì amplius non agi & eam esse diuiduã, comprobat postea per rationem sequentem, quæ dictat quod unus solus tenebitur & unus solus agere poterit, & hæc omnia magis apparebunt infra in speciali præmisso qui sit intellectus dicti uersi. uideamus. alia etiam est litera quę magis manere debere, dũ dicitur. Idem quod in illa stipulatione, nam propter relatiuum (quod) non potest dari sensus aliquis in modo dubitandi, & ideo magis placet ꝙ uerbum (quod) non debeat interuenire, sed dicatur, sed magis idem in illa stipulatione, uel si tu uis quod omnimodo reperiatur respondere poteris ut infra dicam in ultimo præmisso, & hæc procedunt quantum ad modum scribendi literã, per quæ

quæ habes septem firmitates traditas, primã quis fuerit iste Cato. Secundum quod dictum Catonis porrigitur usq; ad uers.uideamus. Tertiam quod in §.differentiæ scribi debet, illam stipulationẽ. Quartam quod debet retineri uerbum peccari. & non poni uerbum præstari. Quintam, quod in dicto Catonis exempla sunt posita de duabus stipulationibus tantum, de una sola quæ est indiuidua per te non fieri, & de alia quæ est diuidua amplius non agi. Sextam, quod in eodem dicto tractatur tantummodo de stipulationibus negatiuis. Septimam, quod in uersi.uideamus, non est laborandum qualis litera sit, quia quantum ad decisionem non interest an sint illa uerba Paulus respondet, uel non sint. Item non interest an sit responsio affirmatiua uel negatiua, quia semper ponit eandem decisionem referẽdo ad diuersa, quod stipulatio rem ratam haberi sit diuidua.

Qua litera ita declarata, & firmata succedunt modo dubitationes uariæ, qualis sit sensus & in-
94 tellectus illorum uerborum. Et prima† est dubitatio quem sensum habeant illa uerba (committere stipulationem uel committere pœnam) nam doc. contrariantur uerbis istius tex. quia ipse dicit, hæredes committere stipulationem, & ipsi passim dicunt quod committitur stipulatio contra hæredes, & uidẽtur uariare sensum, ideo tu dicas, quod committere stipulationem nihil aliud est nisi frãgere eam, seu offendere, uel ei contrauenire, quæ offensio & contrauentio fit ab ipsis hæredibus. unde recte dicitur committi stipulatio ab omnibus hæredibus, idest ipsi hæredes committunt frãgũt, & stipulationem offendunt, ut dicit clare tex. in §. item si in facto. uersi. contra. in quinque locis, qui non potest euitari, & quando uerbum (committere) refertur ad pœnam, sensus est quod ipsi hæredes frangunt stipulationem, seu ei contraueniunt ita quod pœna incipit deberi, & sunt ipsi qui cõ-
95 mittunt illam pœnam. †sed tamen quia illa pœna na commissa exercetur, contra ipsos hæredes, inoleuit usus docto. quod pœna committitur contra hæredes, uere tamen sunt ipsi qui committunt, quamuis exerceatur contra eos, hinc etiam commissa dicuntur quæ contra testatoris uoluntatem facta sunt ab hærede, & uerba (committere bona) significant cõfiscare. ut in l. Paulus. ff. de neg. gest. & in l. commissa. ff. de pub. unum tamen uidetur ꝓbari ex isto tex. quod est contra ea quæ firmaui in §. item si in facto. quod pœna committatur diuisim & non insolidum inter hæredes, & ego supra firmaui quod imo pœna committitur insolidum, licet diuidatur obligatio pro hæreditariis portionibus. Sed tu dicas quod prædicta conclusio uera est, & illa probatur per tex. in l. hæredes. §. idẽ iuris. supra fam. herc. & §. an ea. cum aliis similibus infra allegandis. & ad tex. nostrum respõde. quod declaratur per illas leges, ut uere pœna committatur insolidum propter factum unius, & postea diuidatur ex natura sua inter hæredes, & ideo dixit quod ab omnibus hæredibus committitur, qa per fictionem omnes contrauenisse uidentur.
96 Secunda est dubitatio † quem sensum habeant uerba (iter fieri) glo. & Bar. hic exponunt. idest seruitutem constitui. ad itinerandum. per l. si uia. & l. iter actum. & l. itinere. cum infinitis concordan. ff. de seru. rust. prædiorum. & ideo hic ponitur exẽplum de stipulatione iuris. idest seruitutis itineris, & uidentur sequi communiter docto. sed Iaso. reprehendit, quia in sequentibus exemplis secundum omnes tractatur de stipulatione factorum, & uidetur inconueniens quod alternatiua hic sit posita inter stipulationem iuris & factorum, quæ tantas inter se dicuntur habere differentias quas ipse refert, & possent decem aliæ adduci, & alternatiua non solet poni inter multum diuersa, sed inter parum distantia, iux. l. e.j. ff. de reb. dub. quæ tamen ratio est magis colorata quam concludẽs, quia alternatiua ponitur inter omnino diuersa dummodo conueniant in eo quod agitur. §. item si is. insti. quib. mod. re contrahit. obligatio. & per Bal. in l. filiæ. in prima oppositione. C. de colla. unde secũdam rationem magis colloratam adducit, quod in hoc. §. non tractatur de stipulationibus iuris, sed de stipulationibus factorum. cũ ueniat continuatiue ad. §. item si in facto. ubi etiam dictũ fuit, & satis de stipulatione seruitutum erat dictũ in eadem lege secunda. §. ex iis. quod etiam confirmatur, quia uerba (iter fieri) non bene conueniunt stipulationi seruitutis, cum potius esset dicendum iter dari seu constitui, l. secunda. §. pe. ff. de usufructu. Tertio etiam, quia hic non interuenit habilitas constituendi seruitutẽ, quia tex. non facit mentionem quod contrahentes haberent prædia. iux. tex. in. §. penu. insti. de ser. item etiam uerbũ (iter) additum ad uerbum denotans factum demõstrat concessionem facti non iuris, ut per Bar. in l. pen. ff. de serui. lega.

97 Propterea Paul. † de Castro Alexand. & communiter Mode. perpendentes has obiectiones dixerunt quod ista uerba (iter fieri) denotant seruitutem cum mixtura facti, ut ultra eam teneatur etiã ad factum patientiæ, & ad sternendum iter. iuxta tex. in l. si iter. ff. de seruitu. tit. generali. qui intellectus nec etiam tollit in totum obiectiones, quoniã tunc factum uenit in consequentiam ad ius seruitutis, ideo nuncupatur stipulatio iuris, ut per Barto. in l. 2. §. & harum. sup. eo.

98 Vnde Ias. postea† dabat tertium sensum, & dicebat quod ista uerba (iter fieri) denotant promissionem meri facti de aptando locum itinerandi, per text. in dicta le. si iter. ff. de serui. ubi legatarius seruitutis itineris potest aptando locum facere iter, & sic uerbum (facere iter) est aptare locum, & denotatur promissio meri facti, quæ opinio tenenda est omnino secundum eum, cum etiã sit de mente Bar. cũ hic non tractetur de seruitutibus. sed de stipulationibus meri facti, & idẽ Barto. in l. penul. ff. de ser. rust. prædiorum. quem cæteri sequuntur, & in l. penul. de ser. lega. dixit quod cognoscimus quando quis stipulatur seruitutem uel merum factum quãdo uerba sonant in ius uel in factum, & cum hic uerba sonent in factum, oportet dicere quod hic fuit stipulatio meri facti, & non seruitutis, quod etiam sequitur Alcia. hic

& plærique mod. sed tamen postea non tenet expositionem Iasonis, ut denotet sternere iter, quia tunc promittitur factum indiuiduum affirmatiuum, quod non potest præstari nisi in totum, & si unus præstitisset, alii cohæredes non possunt incidere in pœnam. quia non interest ipsius, ut arg. §. item si in facto, & argumento istius text. qui dicit omnes contrauenisse uidentur. si uero sternit pro parte tantum, nihil uidetur præstitisse, & omnes uere incidunt in pœnam, quia non adimpleuerũt, cum unusquisque eorum factum affirmatiuum teneatur in totũ adimplere, & adimplendo pro parte nihil agit. l. si is qui quadringenta. §. quædam. supra ad l. Falc. & l. cum ex ea, & l. in executione. §. insolidum. infra eodem. quod est contra tex. hic qui præsupponit quod unus solus uere contra faciat, & quod alii uere adimpleant, sed propter interesse stipulatoris fingantur contrauenisse ut supra dictum fuit.

99 Vnde Alciat. fecit† quartam expositionem dicens, quod iter facere ex proprietate latini sermonis significat ire seu factũ eundi, ut Plinius in epistola ad Traianum lib. 10. dixit, postquam uehiculis iter facere cœpi grauissimis æstubus uexatus sum. & in epito. Titi Liuii. lib. 12. Annibal tribus noctibus sine ulla requie iter fecit, & facit le. 2. §. quid enim. ff. si quis cautionibus. & ideo sensus est secundum eum quod quis stipulatus est iter fieri, idest posse ire, quod etiam ego puto uerum, sed non propter authoritates grãmaticales quia parum me mouerent.

100 †Sed quia iste tex. uoluit ponere exemplum de stipulatione per te non fieri quæ habet duas clausulas, una est quod quis stipulatur sibi licere ire, & est stipulatio facultatis eundi, & cum parum prodesset, subiicitur secunda clausula, quod stipulatur per promissionẽ nõ fieri quominus ire agere liceat, & tunc completur stipulatio istius facultatis itinerandi, ut ego declaraui supra in præsuppositis. §. item si in facto. & cum secũdum literam pisanam quam supra firmaui in §. differentiæ. dicatur illam stipulationem per te non fieri, demonstratur quod per uerbum (iter fieri) denotabatur tota stipulatio per te non fieri cum clausula affirmatiua & negatiua simul, nec potest dici quod secunda clausula (per te non fieri) denotetur per uerba (non fieri) quia eadem litera pisana nõ habet illa secunda uerba non fieri, ergo oportet quod per uerbum non fieri denotetur facultas eundi, & licere ire, & promissio de non faciendo quominus ire agere liceat, & tenendo hãc literam pisanam nihil aliud omnino potest dici, & quoniam aliqui priuati non intelligebant quid importaret uerbum (iter fieri) & crediderunt denotare seruitutem, ut tollerent contrarium, ex priuato arbitrio addiderunt uerbum (non fieri) & alii quoque alio modo uolentes euitare mutauerunt illa uerba, illam stipulationem, ponendo, ut illa stipulatione, quasi ponatur diuersum exemplum a præcedenti, & ita per fantasias doctorum alteratum fuit in multis partibus ius ciuile, prout quotidie uidemus fieri a neotericis cum maiori temeritate. propterea stat conclusio, quod uerbum (iter fieri) denotat facultatem eundi cum negatiua per te non fieri.

101 Tertia est dubitatio † quid sibi uellint illa uerba (uel non fieri) quæ inutilis esset & uana si nos teneremus literam pisanam, quæ illa non habet, sed quia nõ possumus diuinare an illa uerior sit, ideo & præsupponendo quod reperiantur, insistendum est super eorum sensu, & communiter doctor. exponunt idest per te non fieri quominus ire agere liceat, temperantes expositionem primam, ut in istis secundis uerbis sit facta promissio meri facti, & quia forsan uidebant literam in §. differentiæ habere uerba (illam stipulationem) demõstrãtia eam præcessisse, ideo ita exposuerunt. Sed Ias. reprehendit, quia hæc expositio nõ conuenit, quoniam ipsa perficiuntur per prima uerba, ut dicatur uel non fieri iter, ideo sicut prima denotant seruitutem secundum eos deberent etiã denotare

102 seruitutem secundo casu. † Vnde ipse dicit ꝙ eadem expositio danda est, ut dicatur, uel non fieri iter, idest non sterni iter, nã potest esse quod quis ponat hanc conditionem ad potestatem eundi cõcessam ut non possit aptare iter, quoniam aptando iter præstat additum omnibus extraneis qui & ipsi irent forsan tempore hiemali propter impedimenta in uia publica, prout quotidie seruari uidemus, ideo ipse cõcludit quod magis propria est expositio in utrisque uerbis, iter sternere uel non sternere, & erit promissio meri facti differens a promissione per te non fieri, taliter quod secundum eum Cato hic posuit exemplum de tribus stipulationibus factorum, sed hanc expositionem reprehendit Alcia. propter suam rationem, quia uerbum (iter fieri) significat ire, nõ autẽ sternere iter,

103 & iter non fieri idest non posse ire. †Vnde uidetur ipse tenere expositionem cõmunẽ quod significet promissionem per te non fieri quominus ire, &c. quam opinionem etiam ego puto ueram, non tãtum per suam rationem quæ solum prodest, sed

104 non cogit. † Sed quia in hoc exemplo non denotatur nisi unica stipulatio meri facti, prout demõstrat illa litera (illam stipulationem per te nõ fieri) quæ duo faciunt, primo denotant stipulationẽ unicam præcessisse propter pronomen singularis numeri, postea etiam exponunt eam quæ quamuis esset per breuissima uerba deducta per uerba clariora in fine eam declarauerunt.

105 Et si dicatur hæc† expositio non uidetur admittenda, quoniam in utroque dicto opportet super addere multa uerba quę super abundant principalibus, unde uidetur expositio Albi pro Nigro, & nouæ legis constitutio. Respondetur, quod imo habilis est & admittenda, quoniam Cato in toto hoc dicto suo demonstrauit quod uolebat uti breuissimis uerbis, & si expressisset illam seruitutem cum utraque clausula impleuisset folium in solo exemplo plura uerba ponens quam in dicto, ideo ne turbaret sensum dicti, posuit exemplum cum breuissimis uerbis, & postea in fine dicti quando non turbauit decisionem, sed dilatauit exponendo quam seruitutem in illis paucis uerbis uolebat

106 demonstrare. & semper apparet quod in toto dicto Ca-

cto Catonis facta fuit mentio unius seruitutis tãtum indiuiduæ, sicut etiam & in facto indiuiduo posuit exemplum de una seruitute tantum, ponẽdo de ea uerba breuissima, licet magis clara, & ꝑpterea remanebit, quod aut non habes dicta uerba (non fieri) prout melius est, & non opportet laborare, aut uero habes, & tunc denotant secundũ clausulam illius stipulationis per te non fieri, ut in prima sit dictum promittis licere agere, & addita sit secunda clausula, & promittis non facere quominus ire & agere liceat, quæ duæ clausulæ simul iunctæ complent unam promissionem meri facti, & prout declarauit ipsemet in fi.

107 Quarta est dubitatio† quem sensum habeant illa uerba (amplius non agi) quæ & ipsa mutilata sunt & doct. exponunt quod facta transactione uel alia conuentione promisit ille actor amplius non petere rem de qua erat lis, iuxta tex. in l. amplius non peti. ff. rem ratam haberi, cui assimilatur etiam stipulatio rem ratam haberi, quæ refertur ad aliquod negotium factum de aliqua re ut ratificetur, & in hoc conueniunt omnes, sed tamen postea dubitant de quali negotio intelligatur facta promissio de non agendo, & Bar. infra in materia & in l. stipulationes non diuiduntur. in 3. quæstione restringebat has duas stipulationes ad negotium pecuniarium, ut sit promissio facta de amplius non agendo in negotio pecuniario, & habẽdi ratum negotium pecuniarium, non autem si esset facta promissio de non agendo ad fundum uel domum, uel habendi ratum negotium domus, uel fundi, & rationem assignabat, quia in negotio pecuniario nunquam deuenimus ad inconueniens. d. l. in executione. §. pro parte. cũ semper pecunia ueniat soluenda, & propterea negotium pecuniarium sit semper in totum indiuiduum. Si autem fieret de domo uel fundo, & unus hæres peteret partem fundi alter non peteret, remaneret solutio in diuersis rebus, & idem si ratam haberet partẽ fundi, & aliam partem non haberet, ideo ipse dicit quod tunc stipulatio, amplius non agi & rem ratam haberi, esset indiuidua solutione, & nõ procederet conclusio tex. nostri, quam restrictionem uidentur sequi communiter doct. sed multi eam reprehendunt tanquam uiolatiuam tex. nostri in utraque stipulatione, & ad contrarium de inconuenientia conantur respondere ut per eos infra, & hanc opinionem etiam ego puto ueram, & ad inconueniens Bar. respondeo, quod non habet locũ in stipulatione negatiua. quia dictus. §. pro parte procedit tantummodo in stipulatione affirmatiua, ut ego ibi plenius declarabo, & solum opinio Bar. poterit procedere quando promissio de non agendo esset facta de seruitute uel alia re penitus indiuidua.

108 Vnde conclusio remanet, †quod illæ duæ stipulationes sunt diuiduæ siue apponantur negotio pecuniario siue apponantur de domo uel fundo, & aliis rebus corporalibus, nam cum tales promissiones sint de facto exercendo circa rem deductã in esse factum regulatur a natura ipsius rei, & ideo reputabitur diuiduum uel indiuiduum secundum naturam ipsius rei, prout ego dixi in theorica posita in præmissis.

109 Quinta est difficultas † quæ est ratio quod istę duę stipulationes factorum dicantur esse diuiduę cum habeamus regulam quod facta sint indiuidua & non recipiunt diuisionem nisi post perfectionẽ dicta l. si is qui quadringenta. §. quædam. ff. ad le. Falcidiam. iuncta l. Iulianus. §. sed & si quis. ff. ad exhibendum, quæ ratio contradicit naturæ istorũ factorum. Ias. hic in col. fi. primę lectionis multum se inuoluit, & dicit rationẽ esse, quia implementũ in parte affert utilitatem respectu partis quãtũ in toto respectu totius, q̃ ratio nihil ualet, qm̃ in factis futuris iã cõclusum fuit ꝙ pro parte præstari nõ possunt, uñ ponit aliã rationẽ, quia in istis duabus nõ põt refricare insurgere illud inconueniẽs §. pro parte. quod etiam non ualet, quia ipsemet Bar. uoluit ut supra dixi quod imo possit contingere illud inconueniens & finaliter postea ipse dicit se non mittere scholares ad Bar. in dicta l. stipulationes. sed quod istã differentiam melius quã alius declarat Iurisconsultus in hoc text. nostro. quia non dicitur contraueniendo priuare stipulatorem tota re, sed ipse ponit dictum & non rationem dicti, quia non demonstrat quare in præcedẽti stipulatione stipulator priuetur toto facto, & non in istis duabus, unde finaliter uidetur residere cũ aliis esse speciale in istis duabus stipulationibus, ꝑ quæ uerba demõstrauit quod licet asserat se dicere uerum, sicut deus est Deus, tamen ipse non intellexit hanc materiã, neque sciuit penetrare ad principia quæ faciũt facta diuidua uel indiuidua.

110 Ideo† tu recurras ad theoricam quam ego posui in dictis præmissis, quod si facta exercentur ad rem fiendam semper sunt indiuidua omni respectu, si uero exercentur circa rem deductã in esse, tunc regulantur a natura rei, & si est diuidua ipsa sunt diuidua, & si est indiuidua ipsa sunt indiuidua, hæc autem facta non impediendi hominẽ ire agere, non offendere hominem, non tradere rem, non restituere rẽ, amplius non agere ad rem, uel ratam habere, idest non cõtrauenire negotio facto, exercentur circa rem, ideo sunt indiuidua si res est indiuidua, ut non offendere hominem, neque impedire hominem. Si uero exercentur circa rem diuiduam, ut non tradere, non restituere, amplius non agere ad rem, & tũc sunt diuidua quia in factis negatiuis non habet locum inconueniẽs. §. pro parte. sed si essent facta affirmatiua in pecunia tradenda essent diuidua. sed in aliis rebus efficerentur indiuidua solutione propter inconueniens. §. pro parte, & sic habes rationem ad istas stipulationes, & generalem declarationẽ ad multas alias quæ possunt esse diuiduæ.

111 Sexta est dubitatio†circa intellectum. §. uideamus, in quo Paulus ponit suppletionem ad dictũ Catonis, uel declarationem secundum alium modum intelligendi, sed tam obscure, & ambigue ꝙ uix potest dignosci quid sibi uoluerit, & plures recipit intellectus quam habeat uerba, & causa difficultatis est duplex, una propter uarias literas, cũ ut dictum fuit aliqui Codices habeant literam af

firmatiuam, Paulus respondet esse idem, aliqui literam negatiuam, Paulus respondet non esse idē, & aliqui prout est in litera pisana dicta uerba non habeant. Secunda est causa, quia Paulus in uerbis demonstrat uelle facere æquiparationem certarū stipulationum inter se, seu dubitare de certis stipulationibus an inter se conueniant, sed tamē postea nō exprimit quæ sint illæ stipulationes de quibus uult facere æquiparationem, seu dicit similitudinem esse, & ideo cum fiat mentio in litera de quinque stipulationibus secundum unam opinionem, uel de quatuor secundū aliam causantur tot intellectus quot sunt stipulationes, & dubitatur de qua stipulatione uoluerit facere æquiparationem, & ad quam, unde firmatur dubitatio de unaquaque ad unamquamque, & postea multiplicatur, & propterea tot intellectus causantur quot possunt fieri dubitationes, taliter quod & sensus. §. magis obscuratur, & pene sine aliquo sensu remanet, sed tamē ut apperiatur additus ad intelligendum dubitationes, & resolutiones, redducas ad ordinem totā difficultatem hoc modo, & dicas, quod in hoc. §. reperiuntur tres principales modi intelligendi qui postea in se continent uarios intellectus.

112 Primus est modus† intelligēdi ut reuocet in dubium totum dictum Catonis, quærendo an similitudo facta de stipulationibus ab eo nominatis sit bona, & exemplificatur primo, quod quæratur an stipulatio (iter fieri) sit eadem uel non eadem cum stipulatione iter non fieri, & alius est intellectus, quod quæratur an sit eadem cum stipulatione per te non fieri, & alius est quod quæratur an sit eadem cum illa (amplius non agi) & alius est intellectus quod dubitatio formetur de stipulatione (iter non fieri) an sit idem uel non idem cum illa per te non fieri, & alius an sit idem uel non idē cum illa amplius non agi, Alius quoque additur quod dubitatio formetur de stipulatione amplius non agi, an sit idem uel non idem cum stipulatione iter fieri, & postea de illa iter nō fieri uel de illa per te nō fieri, quia omnes intellectus postea multiplicantur secundum uarietatem literæ affirmatiuam uel negatiuam.

113 Secundus est modus† intelligendi, quod Paulus formauerit dubitationem de stipulationibus nominatis a Catone, an sint idem uel non idem cum stipulatione rem ratam haberi, nominata per Paulum, in qua præsupponat certam naturam quod sit diuidua in totum, & quoniam quatuor stipulationes sunt expressę a Catone, tot intellectus causantur quot sunt stipulationes, unus est quod quæratur an stipulatio iter fieri sit idem uel non idem cum stipulatione rem ratam haberi. Secundus est quod quæratur an stipulatio illa iter non fieri sit idem uel non idem cum illa rem ratam haberi. Tertius, quod quæratur, an illa per te non fieri sit idem uel non idem cum illa rem ratam haberi. Quartus, quod quæratur an illa amplius non agi sit idem uel non idem cum illa rem ratam haberi, qui intellectus postea multiplicantur per literam affirmatiuam uel negatiuam

114 Tertius est modus† intelligendi quod e contrario præsupponatur certam naturam esse recte attributam a Catone suis stipulationibus nominatis, sed solum nouiter addatur per Paulum quid dicendum sit de stipulatione rem ratam haberi, cuius natura erat incerta, & differt a præcedenti, quia ibi præsupponit Paulus certam naturam diuiduam in stipulatione rem ratam haberi, & quod dubitet de stipulationibus Catonis an sint idem cum ea, in hoc uero fit totum contrariū, quia præsupponitur certam esse naturam stipulationibus Catonis, & recte eis attributam, & dubitatio fit, quid de stipulatione rem ratam haberi, cui debeat æquiparari ut inueniatur sua natura, & iste quoq; modus intelligendi recipit tot intellectus quot sunt stipulationes Catonis, unus est quod quæratur an stipulatio rem ratā haberi sit idem cū stipulatione iter fieri. Secundus, an illa rem ratā haberi sit idem cū illa iter nō fieri. Tertius, an illa rem ratā haberi sit idem uel non idem cum illa per te non fieri. Quartus, quod quæratur an illa rem ratā haberi sit idem uel non idem cū illa amplius non agi, qui intellectus postea multiplicantur per uarietatem literæ affirmatiuæ uel negatiuæ, & ita uides in quot tramites reducitur iste uersi. & quātas inuolutiones contineat.

115 Resoluendo† autem tu dicas, quod primus modus intelligendi non est probabilis, licet eum posuerit glo. in principio, quia non est credendum, quod dubitauerit Paulus de stipulationibus nominatis a Catone, an propriam naturam attribuerit, cum propter authoritatem decisiuam illud dictum retulerit. Item nec etiā conueniunt uerba, quia apparet quod dubitatio sua egreditur dictū Catonis, referendo dubitationem ad nouā stipulationem rem ratam haberi, ideo iste modus intelligendi cum omnibus suis intellectibus uacare debet, & de eo amplius non est curandum.

116 Secundus† modus intelligendi est communiter approbatus propter literam quæ dicit, sed idem sit quod in illa stipulatione, & diminuendo difficultatem dicas, quod dubitatio non potest esse nisi de duabus stipulationibus, quia in dicto Catonis ut supra conclusimus nō fit mentio nisi de duabus stipulationibus, scilicet per te non fieri & amplius non agi, ideo tantummodo possunt esse duo intellectus, unus ut formetur dubitatio de illa per te nō fieri an sit idem uel non idem cum illa rem ratam haberi. Secundus quod dubitatio fiat de illa amplius non agi an sit idem cum illa rem ratā haberi, ut responsio postea sit uaria secundum uarias literas. Sed tu dicas saluando utrunque intellectum, quod in effectu decidunt idem, nam si habes literam negatiuam debes formare dubitationem de stipulatione per te non fieri, & quod respondeat Paulus non esse idem quod in illa stipulatione cum illa rem ratam haberi, quia prima est indiuidua, secunda est diuidua, quod probat per uerba sequentia usque ad finem, & sic decisio fit quod stipulatio rem ratam haberi sit diuidua, si uero habes literam affirmatiuam, debes formare quæstionem de stipulatione illa amplius non agi an sit

an sit idem uel non idem, & respondet quod sit idem cum illa stipulatione rem ratã haberi, quia utraque est diuidua, & sic apparet quod uterque intellectus potest esse uerus, & non interest qualis sit litera, cum semper decidatur, quod stipulatio rem ratam haberi sit diuidua prout postea ꝓbat.

117 Tertius est modus† intelligendi, quod sola dubitatio sit de natura stipulationis rem ratam haberi qualis sit, an sit diuidua uel indiuidua, & æquiparetur stipulationi uel per te non fieri uel amplius non agi, & duo quoque sunt intellectus, unus an sit idem illa rem ratam haberi cum illa per te non fieri, uel sit idem cum illa amplius non agi, & si habes literam negatiuam, dicas dubitationem fuisse an illa rem ratam haberi sit idem cum illa per te non fieri, & sic sit diuidua, & respondetur non esse idem, quia hæc rem ratam haberi est diuidua, illa uero indiuidua, & si habes literam affirmatiuam, dicas dubitationem relatam fuisse ad stipulationem amplius non agi, an hæc rem ratam haberi sit idem cum illa amplius non agi, & respondet Paulus esse idem, quia utraque est diuidua, & sic quicunque sit intellectus, & quęcunque litera, semper est eadem decisio, quod stipulatio rem ratam haberi est diuidua prout probat postea in sequentibus uerbis, & iste tertius modus mihi magis placet, quia non reuocat in dubium dicta Catonis. sed decidit solum nouam quæstionem.

118 Contingentem † illi tamen obstare uidetur litera dum dicit. sed non idem quod in illa stipulatione rem ratam haberi, quæ uidentur demonstrare certam fuisse naturam stipulationis rem ratam haberi, & incertam naturam illarum Catonis cum si quęratur an ęquiparentur illi, sed potes saluare dicendo, quod punctus debet fieri post uerbum quod. & sicut quæstio, uideamus an in illa stipulatione rem ratam haberi sit idem uel non idem quod in illa per te non fieri, uel quod in illa amplius non agi, secundum aliud quæsitum, & postea detur responsio negatiua uel affirmatiua, ut supra. si autem teneas literam Pisanã quod non sint illa uerba (Paulus respondet) adapta postea sensum & dicas, quod fuit quæsitum an illa rem ratam haberi sit idem cum illa per te non fieri, uel illa amplius non agi, & responsio sit data per illa uerba (sed magis idem) ita quod sunt responsiua non quæsitiua, sed tunc quia responsio est semper affirmatiua, opportet quod referas quæstionem ad stipulationem amplius nõ agi ut semper fiat decisio quod stipulatio rem ratam

119 haberi sit diuidua. Quare † habes finem tantarum dubitationum, & quod quæcunque sit litera, semper unica debet fieri decisio quod stipulatio rem ratam haberi est diuidua sicut illa amplius non agi.

120 Quibus† sic ad euidentiam declaratis, deuenio ad text. qui diuiditur in duas partes principalis, in prima ponitur dictum Catonis, in secunda ponitur suppletio Pauli, secunda ibi, uideamus. prima subdiuiditur in tres, primo ponitur dictum Catonis Bimembre, Secundo ponitur declaratio utriusque membri. Tertio ponitur differentiæ ratio. Secunda ibi, ab omnibus. Tertia est ibi, differrentia. Summatur hoc modo, stipulatio per te non fieri est indiuidua, & ideo per contrafactionem unius hæredis pœna committitur contra omnes hæredes pro hæreditaria portione, quia stipulator priuatus fuit commoditate totius facti, stipulatio amplius non agi est diuidua, & non committitur pœna nisi contra contrafacientem pro portione sua, quia non priuatur stipulator nisi cõmoditate illius portionis, quæ etiã procedunt in stipulatione rem ratam haberi tam in hæredibus promissoris quam stipulatoris, sed nõ in principalibus.

121 Casus ita† breuiter fingi potest. quidam non habens fundum proprium uolens tamen habere cõmoditatem eundi per fundum alienum stipulatus fuit ab uno iter fieri, idest sibi licere ire & agere, atque etiam iter non fieri, idest per eum non fieri quominus ire & agere liceat, quæ duæ conceptiones in effectu continent unam stipulationem meri facti per te non fieri, & ut magis obseruaretur, addidit stipulationem pœnalem, ut si ipse uel eius hæredes contrauenirent soluerent centum, item etiam cum habuisset litem cum eodem qui petebat fundum uel pecuniam, fecit transactionem cũ eo stipulatus est eum neque hæredem suum amplius non agere, & si peteret solueret centum, euenit quod promissor mortuus fuit relictis tribus hæredibus, quorum duo fuere pacifici & quieti, & permiserunt stipulatorem ire & agere, & nũquã molestrauerunt eum nouiter petendo, unus tamen rixosus impediuit stipulatore ire & agere, atque etiam fregit transactionẽ, & incepit de nouo agere etiã contestando litẽ. stipulator ita offẽsus conuenit omnes hæredes in iudicium, & petiit ab unoquoque integram pœnã, ut tres in effectu pœnas exigere uellet in stipulatione per te non fieri, & tres alias in stipulatione amplius nõ agi. hęredes pacifici respõdebãt quod nihil mali fecerant & obseruauerãt stipulationes, & ꝙ ad nullã pœnã poterãt conueniri, ille autẽ rixosus dicebat, quod non poterat conueniri nisi ad tertiam partem pœnæ in utraq; stipulatione, unde fuit quæsitũ quid iuris, & coram Paulo disputata fuit hæc quæstio, & uarii docto. uaria dicebãt, de ducẽdo quatuor modos cõmittendi stipulationẽ. unus est ꝙ insolidũ cõmittatur contra contrafacientẽ tantũ, ut ipse solus teneatur ad integram pœnam. Secũdus est modus cõmittendi, ut omnes hęredes teneantur insolidũ & unusquisq; teneatur integram pœnã soluere. Tertius est modus committendi, ut tota unica pœna exigatur ab omnibus hæredibus pro portione tamen hæreditaria. Quartus est modus quod stipulatio cõmittatur contra cõtrafacientẽ tantũ pro portione sua, ut ipse solus ad partem pœnæ teneatur, & pro quolibet modo committendi adducebantur iura concludẽtia, & quod unus solus teneatur insolidũ faciebat text. in l. in depositi. in fi. supra depositi. ubi expresse dicitur quod solus hæres dolum cõmittens cõuenitur insolidũ & alii non molestãtur. ad idem est tex. in l. de pupillo. §.

si plurium. digestis de nou. oper. nuntiatio. ubi solus edificans contra nuntiationem tenetur insolidum & alii non molestantur, assignando rationem quod ex facto unius non debent alii incidere in pœnam, ad idem etiam est text. in l. pœnales. §. Iulianus. supra ad l. Falcidiam. qui hoc dicit in terminis. Pro secundo modo committendi quod omnes insolidum conueniantur adducebatur tex. in l. secunda. §. ex iis, supra eodem, ubi hæredes promissoris singuli insolidum conueniuntur ad seruitutem, ad idem est text. in l. cum ex causa. in princip. infra eodem, ubi omnes hæredes conueniuntur, & singuli insolidum debent assistere ad defendendum. ad idem est text. in l. in exequtione. §. insolidum. infra eodem, qui idem dicit. item est clarus text. in l. in hæredes. §. ea. cum sequenti. supra familię herciscundæ. Et pro tertio modo cōmittendi quod contra omnes pro hæreditaria portione agatur, faciebat text. in l. secunda. §. item si in facto. supra eodem. & ad idem est text. in l. hæredes. §. idem iuris. supra famil. herci. & confirmatur per text. in dicta l. in depositi. & in fin. & in dicta l. cum ex causa. in fin. & in dicto. §. insolidum. Pro quarto modo committendi, quod solus contra faciens teneatur, faciebat tex. in terminis in l. inter cohæredes. §. si quis stipulatus. supra familiæ herciscundæ. per quas allegationes apparebat quod hæc quæstio recipiebat magnas difficultates.

122 Paulus autem † iurisconsultus auditis tot diuersis allegationibus, & cognita difficultate quæstionis, pro resolutione habuit recursum ad unum dictum Catonis Bimembre, quod retulit, & secundum ipsum dedit resolutionem ad quæstionem propositam, determinando quod in stipulatione per te non fieri stipulator possit petere unicam pœnam integrā ab omnibus hæredibus pro portione hæreditaria, in illa uero stipulatione amplius non agi, stipulator non possit petere nisi partem pœnæ contra contrafacientem tantum pro portione sua.

Et rationem decidendi etiam posuit ex dicto Catonis. quod ideo agitur contra omnes hæredes quia ille solus contraueniens non potuit peccare in parte sed peccauit insolidum, ut stipulator fuerit priuatus tota commoditate stipulationis, & ideo omnes hæredes quamuis pacifici contrauenisse uidentur, ut merito integram pœnam pro portione hæreditaria ab eis exigat, & in stipulatione amplius nō agi contrafaciens priuauit stipulatorem commoditate tantummodo tertiæ partis stipulationis, & ideo ad solam tertiam partem contrafaciens conueniri potest.

Non obstant allegata in contrarium, & primo tex. in l. in depositi. quia ille loquitur in adhibitione doli, & in delicto delinquens solus punitur hic autem loquimur de contrauentione sine delicto. Non obstat l. de pupillo. §. si plurium. quia similiter loquitur in delicto hæredum, quia ibi agitur de pœna legali, & de facto principali ipsorum hæredum, nos de contrauentione dependente a facto alterius in cuius locum successerunt. Non obstat l. pœnales. §. Iulianus. quia loquitur in stipulationibus prætoriis. nos autem in conuentionalibus. Non obstant allegata pro secundo modo committendi, quia tex. in. §. ex iis loquitur de primitiua obligatione, in qua illud factum indiuiduum petitur, & ad illud unusquisque insolidum tenetur, cum non potuerit diuidi per. l. xii. tabularum sicut facta fuit stipulatio pœnæ. per l. pro hæreditariis. Co. de hæreditariis actionibus. Non obstat dicta l. cum ex causa quia similiter loquitur de primitiua obligatione quæ diuidi non potest, nos autem loquimur in secundaria quæ diuidi potest, ut in eadem l. in fi. & eadem datur responsio ad l. in exequtione. §. insolidum. & dicta l. hæredes. §. an ea. ff. famil. herciscun. Allegata autem pro tertio modo committendi concordant & confirmant decisionem, & corroboratur a dicta lege in depositi. in fin. & dicta l. cum ex causa. in fi. & dicto. §. insolidum, & dicto. §. an illa. Non obstant adducta pro quarto modo, quia tex. in dicto §. si quis stipulatus concordat cum decisione facta de stipulatione amplius non, quia utraque est diuidua, unde remanet decisio, quod in stipulationibus indiuiduis pœna committitur contra omnes pro hæreditaria portione, in stipulationibus uero diuiduis pœna committitur contra contrafacientem tantum pro portione sua.

123 Sed tunc succedit † dubitatio mota a Paulo, quid iuris sit de stipulatione rem ratam haberi, quę tamen uariis modis formari debet secundum uarios modos intelligendi, & suos intellectus, & in specie secundum secundū modū intelligendi, quod præsupponatur pro certo naturam stipulationis rem ratam haberi, & quod dubitatio erat de stipulationibus nominatis a Catone, & secundum quem quidam antiqui formauerunt casum, decidendo quod stipulatio per te non fieri sit indiuidua omni respectu, quē intellectū refert & sequitur Alcia. inf. in j. no. sed tamen quia ille intellectus non est uerus, neq; ille modus intelligendi procedit, & magis probabilis est tertius modus intelligendi, quod Paulus formauerit nouā dubitationē de stipulatione rē ratā haberi, præsupponendo pro firmo decisiones Catonis ueras.

Ideo melius est secundū eū formare casum qui ponit decisionē magis probabilem, & propterea fuit dubitatum quid dicendum sit de stipulatione rem ratam haberi, an sit iudicanda diuidua uel indiuidua, & an deberet æquiparari stipulationi per te non fieri, uel stipulationi rem ratam haberi, & ratio dubitandi erat, & uidebatur dicendum quod deberet iudicari secundum stipulationem per te non fieri quod esset indiuidua, & quod pœna committeretur contra omnes pro hæreditaria portione, nam hoc factum ratum habendi uidetur esse indiuiduum, quia non potest explicari pro parte, & contraueniendo stipulator priuatur tota re, sicut quando unus hæres impedit eum ire & agere.

Secundo faciebat tex. in l. cum ex causa & l. in exequtione. §. insolidum, infra eodem. ubi dicitur quod omnes hæredes insolidum tenentur defendere,

dere, ergo eodem modo insolidum tenentur ratificare, quia impedire uidentur in tota commoditate, & idem uidetur probare in dicta. l. in executione. §. quod si stipulatus, qui dicit, insolidum committi stipulationem.

Tertio etiam faciebat ratio Alcia. posita infra in primo not. ubi dicetur, quia stipulatio facti non transit ad hæredes nisi facta sit mentio, ut in specie traditur in l. stipulatio ista. §. si quis ita. cum sequenti infra eodem. sed quando fit mentio hæredum obligatio nouiter dicitur incipere in persona hæredum ut ipsi sint tanquam principales, & ideo teneantur insolidum unusquisque, per dictũ. §. si quis ita. & l. hæredes. §. in illa. digest. familiæ hercisciund.

Sed istis non obstantibus contrarium determinatur hic per Paulum, quod imo stipulatio rem ratam haberi sit diuidua, & quod contraueniens teneatur pro parte sua tãtum, sicut dictum fuit de stipulatione amplius non agi, & quod idem sit in hæredibus stipulatoris, ut solus impeditus agat pro parte, quamuis ipse principalis promissor in solidum teneatur, & ratio decidendi fuit, quia ubicunque factum uenit exercendum super re existente in rerum natura, factum efficitur accessorium ipsius rei, sicut factum dationis, unde efficitur diuiduum uel indiuiduum secundum naturam ipsius rei, in hac autem stipulatione & in alia rem ratam haberi factum exercetur super re deducta in esse, quia promittit amplius non agere ad illam rẽ de qua fuerat lis, uel ratum habere negotium super certa re, unde regulatur ab eius natura, & ideo sicut ipsa res est diuidua eodem modo & factum est diuiduum, unde cum res pro hæreditaria portione peruenerit ad hæredem promissoris non potuit agere seu non ratificare nisi pro parte sua, & per consequens priuare stipulatorem nisi comoditate partis suæ, ergo cum conuenitur ad pœnam non potest teneri nisi pro parte sua hæreditaria, cum per obseruantiam aliorum cohæredum stipulator habeat totum quod sibi erat promissum.

Non obstãt contraria, & primo quod hoc sit factum indiuiduum, quia istud potest esse uerũ quãdo refertur ad totam rem, prout contingit in persona principalis qui est dominus totius rei, sed secus est in persona hæredum qui sunt domini pro parte rei tantum, unde solum tenẽtur seruare promissa quilibet eorum pro parte pro qua sunt domini. Non obstat text. in dicta l. cum ex ea. & l. in executione. §. insolidum. quia procedit in facto defensionis quod respicit totam rem & totam defensionem, ut clare dicit in litera, quia uenditio est indiuidua, nos loquimur de isto facto ratam habendi quod respicit partem rei quæ transiuit ad ipsum pro portione hæreditaria, & ideo tantummodo pro parte tenetur, si tamen eueniret quod negotium ratificandum esset indiuiduũ, uel res litigiosa esset indiuidua, seu opporteret considerare totam rem, & tunc ipsa ratihabitio diceretur esse indiuidua, sicut & defensio in dictis iuribus, unde esset necessarium tunc quod pœna committeretur insolidum, & hæredes tenerentur pro parte hæreditaria, & sic decisio semper reducitur ad istud principium, an res super qua exercendum est factum sit diuidua uel indiuidua, ut stipulator priuetur commoditate totius rei uel partis rei, & cum hac consideratione resoluentur omnes difficultates quæ possent adduci, & opportebit considerare modum determinandi quando res sit diuidua uel indiuidua ut infra late disputabimus, qua discussione facta, remanebit clara decisio an hæredes teneantur pro parte hæreditaria simul, uel solus contrafaciens pro portione sua. Non obstat tertium, quod hæredes ipsi teneantur ex obligatione in eis incepta per dictum. §. si quis ita, quia negatur utrunque præsuppositum, nam primo negatur quod factum non transeat ad hæredes, per text. in lege ueteris. Codice de contra. & commit. stipulat. qui hoc decidit expresse, quod in dubio transit etiam non facta mentione hæredum, & rationem antiquorum reprobat quod sit impossibile ut transeat, unde tollit similitudinem de facto ad usumfructum. & dicemus in sexto nota. item secundum præsuppositum est falsum, quod quando fit mentio hæredum obligatio incipiat in persona eorum, sicut in usufructu, quia imo obligatio transit ex successione hæreditaria, cum text. in dicta lege ueteris hoc exprimat, & in usufructu est noua obligatio, quia necessario est nouus actus, sed in stipulationibus factorum est idem actus in persona hæredum, ut dicitur supra in. §. item si in facto. Secundo respondetur quod contrarium procedit in stipulatore adhærendo rei. sed in persona promissoris semper factum transit ad hæredem iure hæreditario, etiam quod non sit facta mentio hæredis, ut omnes dicunt de hærede promissoris promittentis usumfructum in dicto. §. si quis ita. & hæc responsio est plana, & remanet conclusio, quod stipulatio rem ratam haberi est diuidua omni respectu, & si unus hæres contraueniat, ille solus tenetur ad pœnam pro portione sua.

124 Notandum est primo † ex isto text. quod licitum est allegare scripturam imperfectam & obtruncatam. concord. text. in lege admonendi digestis de iure. iur. & l. stipulationes non diuiduntur. infra eodem. unde contradicit tex. in l. prima. digestis de edendo. & in auth. ut præponatur nomen imperatoris. sed dicas quod hoc procedit in legislatore in quo nulla est suspitio, quoniam si illa scriptura non diceret ut profertur posset de nouo eam condere, contraria loquuntur in priuatis qui non possunt producere scripturas imperfectas, ut plene dixi in dicta l. admonendi. unde sequitur quod priuatus non potest in iudicio producere partem unius statuti neque partem unius legis ut plene ibidem dictum fuit.

125 Secundo notandum est†ibi, pecuniæ pœna promissa, quod pœna non debetur nisi sit promissa. cõcordat tex. in. §. non solũ. insti. eodem. & est ratio

apparens, quia est res diuersa ab eo quod promittitur, unde sub uerborum significatione non continetur. arg. l. quicquid adstringendæ. infra eod. & l. ueteribus. ff. de pact. quinimo si pœna promittatur pacto nudo ipsa non exigitur. l. seruus ea lege. ff. de seruis exportand. & ratio ibi ponitur, ut habetur in cap. in pœnis. de reg. iur. in 6. simile est in pœna legali. quę non est infligenda nisi l. caueatur l. at si quis. §. Diuus. ff. de religiosis & sumptib. funer. & cap. fi. de iur. iurand. maxime si est priuatiua iurium, §. igitur. in auth. de nō eligendo secun. nubentes. facit l. illam. Co. de collationi. cum suis concordantibus.

126 Tertio notandum est† ibi, pœna certæ pecuniæ promissa, quæ uerba exponuntur, idest pecunia nomine pœnæ promissa, quod stipulatio pœnalis fieri debet cum clausula nominæ pœnę, & sic de substantia ualiditatis stipulationis pœnalis est quod apponatur clausula nomine pœnæ. idem probatur in §. fin. insti. de uerbo. obligatio. ubi ponitur forma stipulationis pœnalis uaria & semper adiiciuntur uerba nomine pœnæ. unde sequitur quod si non ponantur dicta uerba, pecunia non dicitur promissa pro pœna, sed uidetur promissa pro interesse, seu constituere interesse conuentum. l. fi. ff. de prętoriis stipulatio. idem tenet Io. And. in cap. bona fides. de reg. iur. in 6. & habetur in l. stipulatio. ista. §. alteri. infra eo. ubi Roma. dicit quod alibi hoc non reperitur, & non sine ministerio imperator in dicto. §. non solum hoc dicit. & adducit l. si duo. §. fin. ff. si quis cautionibus. & addit Alcia. tex. in l. si ita stipulatus. ff. de oper. liberto. ubi si stipulatur patronus a liberto si decem operas nō dederis dabis uiginti, uidetur taxare æstimationē operarum, non autem pœnalem stipulationem facere, quia si esset stipulatio pœnalis ageretur ex ea ultra interesse. lege prædia. ff. de actio. empti. & sic habes unam opinionem, quod pecunia promissa non inducit pœnalem stipulationem nisi addatur clausula nomine pœnæ, sed solum inducit taxationem & promissionem interesse, quam sequitur Crotus hic per tria fundamēta, & in spetie per l. qui res. §. qui stipulatus. inf. de solutionibus. ibi si hoc expressum sit ut quasi pœna exigatur, & effectus est maximus & not. in practica, ut patet ex no. in l. si duo. supra si quis cautionibus.

127 Sed tamen† Areti. hic & in l. continuus. §. penul. & Alex. in l. stipulatio ista. §. alteri. infra eod. & communiter* docto. tenent contrarium, uolentes quod imo pecunia simpliciter promissa in casu contrauentionis seu sub conditione si non erit factum quod erit promissum semper uideatur promissa nomine pœnæ, quamuis non sit illa clausula (nomine pœnæ) & reputabitur stipulatio pœnalis, & hoc sentit Bar. in l. j. §. item si in facto, ubi in materia pœnali allegat dictam l. fi. ff. de prætor. stipulationib. præsuppones quod ibi pecunia simpliciter promissa uideatur inducere pœnam non autem promissionem interesse, & idem tenet glos. in l. fi. supra de eo per quem factum erit, ubi fideexpon quinquaginta promisit simpliciter, & glos. iusserit nomine pœnæ, quasi subintelligātur, quāuis nō sint expressa, idem probat tex. in l. in executione. §. quod si stipulatus. infra eodem. ubi pecunia fuit promissa sine illis uerbis, & tamen est stipulatio pœnalis, sicut in hoc tex. facit etiam tex. in d. l. stipulatio. ista. §. alteri. inf. eod. ubi nō apponūtur illa uerba nomine pœnæ, & tamen præsupponitur quod sit stipulatio pœnalis efficax ut exigi possit etiā quod nullum sit interesse, ut dicitur in l. 3. in fi. supra eo. & facit l. j. §. item si ita. ff. ad l. Falcid. ibi, translatum legatum in decem. & confirmat Alcia. denominatur a forma substantiali ex intentione uerborum contrahentium non a rudi uerborum prolatione. l. insulam. ff. de præscrip. uerbis. & §. j. insti. locati. & §. fi. insti. mand. sed forma substantialis stipulationis pœnalis est quādo promittitur pecunia ratione contrauentionis, ut incitetur ad obseruandum. d. §. non solum. ergo sufficit quamuis nō interueniat illa rudis prolatio uerborum pœnæ nomine. & ad tex. nostrum respondent omnes, quod hæc uerba fuerunt a iurisconsulto prolata, ut cum paucis uerbis intelligeretur intentio sua, non autem quod uellit pro forma illa uerba requiri, quod patet, quia in d. §. quod si stipulatus. eadem erat materia, & tamen non fuerūt prolata dicta uerba, nec obstat tex. in dicto §. non solum. quia ibi ponitur forma exuberans ratione dubitationis tollendæ, non quod sint necessaria tot uerba. arg. l. quæ dubitationis. ff. de reg. iur. unde in l. continuus. §. penul. infra eodem. ubi traditur etiam forma stipulationis pœnalis, non fuit dictum quod apponantur dicta uerba nomine pœnæ. Non obstat text. in dicta l. fin. §. de eo per quem factum erit, & l. si duo, §. primo. ff. si quis cautionibus, quia concordant si recte intelligantur, uel si contradicerent loquuntur in stipulationibus prætoriis, in quibus uenit interesse de necessitate, & non committitur nisi sit interesse; cum uideatur promissio facta quanti ea res erit, secundum Bartolum in l. secunda §. fin. digestis si quis cautionibus, cum similibus. & hanc opinionem per prædicta etiam ego puto ueram, & ultra ea etiam probatur, quia assumptum istorum est falsum, quod simplex promissio pecuniæ uideatur facta pro interesse taxando, cum imo ad faciendum interesse conuentum seu taxatum non sufficit simpliciter promittere pecuniam etiam cum uerbo pro interesse, sed est necessarium quod partes dicant se promittere illam pecuniam loco interesse illud æstimando, ut quodcunque sit sine magnum siue paruum tantummodo dicta pecunia exigi possit, ut ego late dixi in rub. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest. nume. 78. quinimo si tunc illa uerba addantur in negotio pecuniario, quod uideatur pecunia promissa ad taxandum interesse, inducitur suspitio usurarum, nec si opponeretur exigi posset, nec contineretur in statuto si diceret quod pœa non exigatur nisi quatenus intersit, prout est in Regno utriusque Sicilię, quia præsumuntur contrahentes fecisse dictā ęstimationē in fraudē usurarū. ut dixit Cy. fuisse consultū & obtentū in l. seruus ea lege. ff. de seruis exportand. Bal. sequitur in l. cum alias. Cod. de usur.

usur.ut hic refert & sequitur Areti. Non obstat l. qui res.§.qui stipulatus.inf.de solutionibus. quia respondet Socci.hic per multa uerba numero.23. sed tu clarius responde,quod ille tex.retorquetur pro communi, quoniam ipse tantum uult ꝙ quando aliquis stipulatur sibi aut Titio dari, persona Titii est apposita ad solutionem tantũ & non ad obligationem,ut clare ibi dicitur. uersi.at ubi. & probatur in.§.si quis alii,insti.de inuti.stip.sed si additur(si mihi non solueris dabis decem)efficitur conditionalis, tanquam sit apposita pœna, ut facilius soluatur Titio, & addit quod hoc est exprimendum quasi pœna addita sit, ergo adhoc ut pœna sit adiecta sufficit dicere(si non solueris Titio dabis mihi decem)& non est opus ponere uerba illa nomine pœnæ,& sic concordat quod sufficiat ut pecunia promittatur in casu contrauentionis etiam quod non sit apposita nomine pœnæ,unde stat firma conclusio communis quod ad faciendam stipulationem pœnalem non est opus apponere illa uerba pœnæ nomine.

128 Quare†Soccinus hic uidens opinionem contrariam saluari non posse,eam modificauit ut saltem procedere possit respectu utilitatis ,distinguẽdo quod utilitas maxima erit apponere dictam clausulam,quoniam si apponatur,faciet quod illa pœna poterit exigi etiam quod nullum interueniat interesse,quasi uideatur apposita propter solam contumaciam,&si non fuerint apposita illa uerba tunc pœna uideatur apposita propter interesse,& effectus erit maximus, quia si erunt apposita illa uerba,pœna exigeretur nullo interueniente interesse, & sufficiet probare solam inobseruantiam, sed quando est apposita simpliciter, non sufficiet probare inobseruantiam,sed opportebit etiã probare interesse quod concurrit cum ea, ut est glos. in l.ij.quam ibi approbat Bar.in fi.ff.si quis in ius uocat.non ier.& probatur in l.si eum, §. qui iniuriarum.in uerbo propter rem ipsam.ff.si quis cautionib.& si desinat interesse desinat etiam competere actio ad pœnam secundum Bar.in l.qui autẽ. §.j.ff.si quis cautionib.& est tex.in d.§.item si in facto.in fi.& glo.in l.hæredes.§. idem iuris. ff.famil. herci.& uoluit Io.And.in dicto.cap.bona fides.de reg.iur.& in cap.bona fides.de deposito.

Sed hanc utilitatem impugnat Alcia. hic quoniam non interest an sint apposita dicta uerba uel non,& confunditur hæc distinctio etiam, quantũ ad exactionem, per text. in dicta.l.stipulatio ista. §.alteri.inf.eod.ubi non est apposita illa forma ꝙ promittatur nomine pœnæ, & tamen committitur & exigitur nullo existente interesse,etiam notario,& idem probatur in dicto.§.item si.in facto in eo quod dicit quod in pœnis non inspicitur interesse, & non distinguit an sit illa forma uel non & confirmat Rippa per tex,in dicto.§.non solum, ubi generaliter in quacunque stipulatione apponit illa uerba pœnæ nomine,& tamen præsupponitur quod requiratur interesse ut exigi possit, cum dicat euenire quod interesse non potest probari in totum, quod reducitur ad minimam quantitatem, & hæc etiam opinio mihi placet,quia eadem forma stipulationis pœnalis ponitur in dicta l. continuus. §. penul. infra eodem.& non apponuntur illa uerba,& tamen, præsupponit indistincte quod illa pœna exigi potest, & sic apparet quod nec etiam quantum ad utilitatem exactionis non interest an sint illa uerba uel nõ,quia semper exigetur & alia ratio requiritur adhoc ut sit necessarium quod curat interesse, de qua infra dicetur.

129 Vnde Iason hic†ponebat aliam distinctionem ad demonstrandum quando ad exactionem pœnæ requiratur cõcurrere interesse,& dicebat quod quando pœna apponitur stipulationibus factorũ. tunc uidetur apposita propter interesse taxandũ, ut ipsa non possit exigi nisi concurrat interesse, & hoc probabat, quia natura factorum est ut succedat obligatio ad interesse,l. si quis ab alio.§. fi.de re iudi.ideo stipulatio pœnalis loco ipsius uidetur subrogata,ut sit opus quod concurrat interesse,& propter hanc causam etiam in prætoriis & iudicialibus stipulationibus pœnæ obstat exceptio si non interest,ut per Bar.in l.ij.ff.si quis cautionibus.& in dicto.§.item si in facto.sed si pœnæ promissio apponatur stipulationi de dando, uidebitur apposita in solam contumaciam non considerato interesse,quia cum in ea non succedat sui natura obligatio ad interesse, non uidebitur illud cogitatum, & ideo solum uidebitur apposita gratia contumaciæ tantum, & hanc etiam sequitur hic Rippa.

Sed Alcia.etiam reprehendit eam, quia cõfunditur per iura ab eodem allegata. nam in dicto §. alteri.est stipulatio facti, quia qui stipulatur alteri dari stipulatur factum non dationem l.liber homo.§.fin.infra eo.& tamen illa pœna uidetur apposita propter solam contumaciam, ut sine interesse exigi possit,& hoc etiam probat tex.in dicto §.item si in facto.ubi in materia stipulationum factorum posuit illam regulam, quod in pœnis nõ consideratur interesse.Secundo etiam probat per l. prædia. ff. de actio.empti. ubi etiam stipulatio pœnalis apposita stipulationi facti non uidetur taxare interesse,quoniam si excedat interesse, nihilominus integra exigi potest, & supra interesse non potest peti nisi propter solam contumaciam, & facit tex.in l.rescriptum.§.si pacto.ff.de pact. & etiam ex istis iuribus probatur, ꝙ si sint apposita illa uerba nomine pœnæ,tamen requirunt concursum interesse,& ad rationem quod factum & pœna non potest peti.iuxta l.rescripto. §. si pacto. ff. de pactis,ergo ponit interesse,cum alias posset peti utrunque.l.si quis rem.ff.de arbitris. respondet quod dicta l.si quis. non procedit quando pœna non potest respicere contemptum,quia tunc utrũque petitur,& licet in datione pecuniæ non succedat obligatio ad interesse,tamen apponendo pœnam uidetur recedere a promissione interesse, & ita uelle peti interesse.

130 Vnde ipse † pro resolutione ponit quartam distinctionem, & dicit, quod pœna potest capi large pro solo interesse, ut si promittatur quanti ea res sit. l. nouissima. digest. iudi. solui,

l.j.§.si plures.ff.de eo per quem factum erit. Secundo capitur stricte pro taxatione interesse conuenti, de qua in dicta.l.fin.de prætoriis stipulatio. & ideo in istis casibus appellatur pœna,quãuis proprie dicatur stipulari interesse,quia interesse dicitur pœna legalis, ut per Bartol.in l.cum stipulatus sim a Proculo.colum.ij.infra,eodem,& dicta l. j.§.si plures.Tertio,strictissime capitur quando est apposita clausula nomine pœnæ, quia tunc uidetur promissa respectu contemptus. dicta l. si quis rem,& l.cum pœnam.ff.de arbitris.quo stante dicit quod si quæratur an pœna committatur, si nõ interfit,ipse distinguit dicens, quod pœna solet apponi ad duos effectus,ut taxetur interesse, & ut puniatur contemptus, & ideo si sumus in casibus in quibus principalis actus est inualidus sine pœna,ut promissio alteri facta, & tunc ipsa uidetur promissa ratione contemptus, cum propter aliã causam non existente interesse non est uerisimile quod sit promissa,& idem erit etiam in arbitriis ne contemnatur authoritas arbitri. dicta l. cum pœna.ff.de arbitris.si uero principalis actus teneret sine pœna, tunc uidetur apposita loco interesse,ut si contrafaciat indirecte non committatur nisi intersit, quia contemptus potest puniri,ex quo directo non contrauenit.l.aduersus.ff.de arbitris.& dicto.§.item si in facto.supra eodem. & idem est ex præsumpta uoluntate prætoris. per text.in l.ij.in fi. ubi Ang. ff. si quis in ius uocatus non ierit.& l.si eum.§.qui iniuriarum.& dicta l.si duo.ff.si quis cautionibus.

131 Sed tu dicas†quod etiam hæc distinctio est imperfecta licet sit magis exquisita, & est ratio,quia docto.in hac quæstione confundunt tres quæstiones quæ simul determinari non possunt, cum habeant diuersas causas & rationes,una est an promissio pecuniæ inducat promissionem pœnę uel interesse. Secunda est,an promissio pœnæ uideatur facta ratione contemptus uel interesse. Tertia est, an pœna exigi possit nullo interueniente interesse.

132 Circa primam † facias conclusionem,quod promissio facta in casu cõtrauentionis semper dicitur facta nomine pœnæ etiam quod nomen pœnæ nõ sit expressum,& non sint apposita uerba nomine pœnę,& nunquam præsumitur promissum solum interesse,per ea quæ diximus super prima opinione & communi, etiam quod simus in stipulationibus prætoriis. Fallit autem quando promissio est facta cũ illis uerbis(quanti ea res sit)quia tunc uidetur promissum solum interesse,quoniam uerba respiciunt æstimationem rei.l.nouissime.ff. iudi.solui.& habetur in dicta l.cum stipulatus sim. per Bartol.columu.secunda.& in l.j.§.si plures.de eo per quem factum erit. Secundo fallit quando partes expresserunt promissionem factã esse pro taxando interesse,quia tunc proprie erit promissum interesse conuentum.dict.l.fin.ff.de prętoriis stipulationibus.licet largo modo etiam possit dici esse promissam pœnam.quia interesse est pœna legalis,ut per Bartol.in dicto loco.

133 Circa secundum†dicas, quod promissio pœnæ siue simpliciter facta siue cum uerbis nomine pœnę tunc semper uidetur facta æqualiter ex duplici causa, & propter interesse,& propter contumaciam, ut probatur in dictis iuribus,nam qui stipulatur pœnam cogitat de duobus,ut promittens inducatur ab obseruantiam promissorum, & ut sibi prouideatur de interesse suo, ut etiam sentiebat Alcia.num.51.uersi.unde tu. & cum hæc sit æqualiter urgens causa pro utraque uidebitur facta stipulatio pœnalis, fallit ubicunque ex natura actus non solet interuenire interesse.quia tunc pręsumetur facta propter solum contemptum,dicta l. stipulatio ista. §.alteri.& in compromisso uel sententia arbitri.dict.l.cum pœna.ff.de arbitris.& facit l.ubi pactum.C.de transactionibus.

134 Circa tertium†an pœna possit exigi non interueniente interesse, facias regulam,quod pœna nõ potest exigi nullo interueniente interesse saltem uirtute exceptionis, quia utraque causa contemptus & damni cumulatiue cõsiderata fuit.sed principalis finis fuit,ut non consequatur damnum ex illa contrauentione,ut probatur in dicto. §. item si in facto.in fin.dum dicit, quod obstabit exceptio hęredibus non contrauenientibus ex hoc solo quod nullum damnum eis euenit propter contrauentionem cohæredis, sed tamen uere erat cõmissa pœna,quia contrauentum fuerat integro facto.& competebat actio eis ex directa contrauentione non indirecta ut præsupponebat Alcia. tamen quia non concurrebat alia causa damni, ex æquitate obstat exceptio, & ideo ille text. indistincte probat quod nullo interueniente interesse pœna exigi potest saltem de æquitate uirtute exceptionis, & facit tex.in l.aduersus.ff. de arb. & ita intelligitur etiam text.in l.ij.in fin.ff.si quis in ius uocatus non ierit.& in dicta l.si eum.§.qui iniuriarum, & dicta l. si duo.ff.si quis cautionibus. Fallit autem ubicunque natura negotii est quod nullum soleat interuenire interesse.ut in dicto.§. alteri.&dicta l.cum pœna.digest.de arbitris,quia cum tunc præsumatur facta ex solo contemptu poterit etiam exigi sine exceptione,quia non obstabit defectus secundæ causę de damno, tamen quamuis debeat concurrere interesse, & sine eius interuentu non possit exigi, non est necessarium quod interesse ascendat ad quantitatem pœnæ, sed sufficit quod appareat seu probari possit aliqua minima quantitas interesse, ut probatur in dicto.§.non solum.insti.eodem, & dicta l. continuus.§.pœn.infra.eo.&dic.l.fin.de pretoriis stipulationi.unde sequitur quod ubicunque concurrit aliqua quantitas interesse, tota pœna, etiam maxima poterit exigi,quamuis ualde excedat interesse. dictis iuribus. & dicta. l. prædia. ubi no.ff.de actio.emp.

135 Et si eueniat† quod sit apposita clausula rato manente pacto, ut soluta pœna adhuc peti possit factum, tamen eadem distinctio habebitur, quia si nullum esset penitus interesse non exigeretur, sed interueniente aliquo,quod potest euenire propter traditatẽ obseruationis,exigi poterit,per dicta iura,& solum operabitur dicta clausula,quod quam-

quamuis natura pœnæ sit ut nouet principale, & includat interesse, d. l.rescriptum,§.si pacto.ff. de pact. in hoc casu non includet illud interesse tota le,neque æstimationem facti, sed includet tantum modo interesse illud particulare quod uenit ex tartidate inobseruantiæ, opportebit tamen ut illud interueniat ut pena exigi possit ut dictū fuit.
136 Hæc tamen † subtilis difficultas non neniet distinguenda in Regno Neapolitano uel Siciliæ & in aliis locis in quibus est statutū quod pœna non exigatur nisi quatenus concurrat interesse, quia tūc omnis promissio pœnæ præsumatur facta quatenus concurrat interesse, quia partes se uidentur conformare cum dispositione iuris municipalis secundum Bar.in l.hæredes mei.§. cum ita. supra ad Trebell.ideo tunc non poterit exigi pœna nisi quatenus concurrit interesse, & probatum fuerit, nisi alii casus sint exceptuati, prout est in Regno Siciliæ de compromisso,quia tunc indistincte pœna exigi poterit ex permissione statuti quod uult solum contemptum puniri debere, in promissione uero solius pecuniæ generalis est obseruantia in omnibus locis ut non possit exigi ultra interesse quod etiam probari debet, quia præsumitur apposita in fraudem usurarū,ut habetur in l. rogasti.§.si tibi.ff.si cer.pet.etiā quod sit appositū uerbum (pro taxatione interesse) ut dixit Cy. fuisse consultū & obtētum in l. seruus ea lege.ff. de seruis exportand. & Bal. sequitur in l.cum alias. C. de usur.& hic Areti.quæ bene nota in practica.
137 Quinto notandum est † in eisdem uerbis, certæ pecuniæ,quod ad hoc ut pæna debeatur oportet quod pecunia numerata sit promissa,& promissio alterius rei non ualet,& ita coligitur hic secundum Areti. sed tamen in contrarium ponderatur glo.hic quę exponit pœna certę pecunię,idest pœna promissa,& non considerat uerbum , pecuniæ, sentiens quod possit promitti de omnibus rebus, & quod nomen,pecuniæ, hic capiatur generaliter pro omnibus rebus,iuxta l.ij.in fi.C.de consti. pecunia,& l.pecuniæ uerbum.de uerbo.significatio. & hoc uidetur probari in spetie in l.litigatores.§. primo.ff.de arb.Soccin.uero hic dicit, esse uiolationem ad istum tex.quoniam uerba debent intelligi proprie,& nomen pecuniæ significat pecuniā numeratam ut habetur in l. talis scriptura. ff. de
138 leg.j.†&Ideo ipse indistincte tenet nō ualere promissionem pœnæ de alijs rebus pręter pecuniam, & rationem differētię assignat,quia in debito pecuniæ non potest contingere inconueniens.l.executione.§.pro parte. infra eodem.quod fiat solutio in diuersis rebus, sed quando promittuntur aliæ res potest contingere illud inconueniens, ut fiat solutio in diuersis rebus, ideo promissio non ualet,unde Bar.infra & in dicta l.stipulationes.in 3. q. dicit quod stipulatio amplius non agi & rē ratam haberi tantummodo potest esse diuidua quando fit de negotio pecuniario, sed quando fit de aliis rebus est indiuidua solutione, propter illud inconueniens.§.pro parte,ne fiat solutio in diuersis rebus, & ideo restringit dictas stipulatiōes ad negotium pecuniariū, ergo eodē modo debet restringi ommissio pœnæ,ut tantūmodo fieri possit de pecunia numerata & non de alijs rebus.
* Communiter * tamen doctor. tenent prima opinionem per dictā.l.litigarores.§.j. & ad rationem Soc.respondet Rip.hic, quod in stipulatione amplius non agi continetur pactū de non petendo, ideo stipulator conuentus cōtra promissionē de nō petendo pōt se defendere per exceptionē pacti,& semper obtinere obseruationē pacti,& non habere solutionē in diuersis rebus,&si ipse hoc nō facit,sed petit pœnā uel interesse, cōsequitur solutionem alterius rei ex uoluntate sua,& sibi debet imputare.l.2.§.j.ff.si cer.pe.quæ responsio procedere posset circa stipulationem amplius nō agi, de qua in tex.nostro, sed tamen quantū ad dictū Catonis quod loqtur generaliter de stipulationibus diuiduis,& quantum ad quæstionem nostram quæ generalis est,non procedit, quia in alijs non interuenit illud pactum de non petendo.
139 Vnde secunda†datur responsio per Doct.quod regula dicti. §. pro parte procedit tantūmodo in factis affirmatiuis & nō in factis negatiuis in quibus Imola uolebat quod nō haberet locum dicta regula, quia potest in eis fieri solutio in diuersis rebus,quæ etiam non est generalis,sed tantummodo restringit oppositionem Soc.ad facta affirmatiua,Item tertia datur responsio quod dict. §. pro parte procedit qn̄ plures hæredes sunt obligati soluere rem, secus qn̄ non tractatur de solutione, sed de repetitione,seu priuatione ipsius stipulationis,nam tunc in materia diuidua non procederet dictus.§.Quarta etiā potest dari responsio, ꝙ dictus.§.pro parte procedit in solutione principalis rei,uel etiam interesse ꝙ succedit loco rei, sed non procedit in pœna quæ debetur ex notra stipulatione, & in diuersis stipulationibus nō habet locū dic.§, pro parte,ꝙ patet,quia semper in factis diuiduis si unus obseruat partē suā liberatur hæres promissoris,& si alius hæres non obseruat, stipulator necessario habet pœnā,& ita fit solutio in diuersis rebus,& non consideratur illud inconueniens,& hæc uidetur satis generalis responsio, & hoc facilius cōtingit in pluribus hæredibus stipulatoris, quia cum ipsis debeatur sola pars facti eodem modo potest deberi sola pars fundi pœnalis,& nunquā potest cōtingere solutio in diuersis rebus & in factis diuiduis,cōclusio cōmunis faciliter procedit quia ipsi hæredes omnes tenētur pro hæreditaria portione ad dationem ipsius fundi pœnalis,& non potest cotingere solutio in diuersis rebus, solū igitur uidetur posse dubitari in persona stipulatoris in facto diuiduo, quoniā in eo potest contingere solutio in diuersis rebus, si uel promissor uel eius hæredes pro parte obseruassent,& pro parte nō,sed tūc debent dari dictæ responsiones,& illa ultima uidetur multum concludens & ita apparet quod cōis opinio potest sustineri,& reducitur obiectio Soc.quasi ad nihilum.
140 Sed etiā † potest dari secūda clarior resolutio, & dici quod obiectio Soc.est extra propositū, nā duo hæc sunt diuersa, quærere an possit promitti pœna de aliis rebus,& quærere an possit fieri solu

tio in diuersis rebus quæ se inuicem non tangũt, & cõclusio est fienda, quod pœna potest promitti de omnibus rebus de mundo. d. l. litigatores. §. j. quia in omnibus rebus uerificantur illæ duæ causæ, quod incitatur promissor ad obseruandum, & ꝙ prouideatur damno suo. Vnde quis nedũ potest promittere pœnã de fundo & domo, sed & de facto eundi Romã & de omnibus aliis actionibus, ut patet in Rub. & Nigro. C. de iis quæ pœnæ nomine. &, §. pe. & fi. cum materia. insti. de leg. nec obstat dicta obiectio de solutione diuersarũ rerum, quia hæc ratio æqualiter militat in pœna pecuniaria, cum semper ipsa sit diuersa res ab omnibus factis & aliis rebus promissis, unde in ea datur alia theorica, & ꝓmissio, ut qñ nõ permittitur ꝙ fiat solutio in diuersis rebus stipulatio diuidua efficitur indiuidua solutione, ut inf. dicetur in materia.

141 Sexto notandũ est † circa principalẽ decisionẽ, quod quando pœna est apposita in factis indiuiduis per contrauentionem unius ex hæredibus cõmittitur insolidum contra omnes, sed solutione & obligatione pro hæreditaria portione tantũ, & in hoc iste tex. est multũ no. & Clarus, & est alius similis in l. in executione. §. insolidum, & in le. cum ex causa. §. fi. inf. eo. & in l. in depositi. in fi. ff. depositi. & quod cõmittatur insolidũ, seu contra omnes ut stipulatio pœnalis sit indiuidua commissione oẽs uidentur cõsentire, & firmatũ fuit supra, & in §. item si in facto, quia nedum hæc iura, sed plura alia iura alleganda hoc dicunt, sed quod quantũ ad obligationem & solutionẽ cõmittatur pro portione hæreditaria, ut hæredes tantũmodo pro parte singuli possint cõueniri, est ualde dubitabile, & uariæ repiũtur opiniões, nã ut dixi in figuratione casus quatuor sũt modi cõmittẽdi stipulationẽ.

142 Et secundus † est quando cõmittitur insolidum contra hæredes omnes, ut singuli ad integrã pœnã conueniri possint, sicut ad integrũ factũ singuli conueniuntur, ut quasi plures rei sint, sed cũ qualitate quod solutione integra facta per unum omnes alii liberentur, & agat postea iudicio familiæ hercis. cõtra alios pro hęreditaria portione, ut in sti. de duobus reis. §. pe. & no. in l. 2. §. ex iis. sup. eo. & est ualde utile stipulatori ut possit eligere quẽ uelit si forsan rixosus ꝓut euenire solet sit minus soluendo, cum soleat dicere prouerbiũ, rumor crescit quando deficiunt pecuniæ, & hæc fuit opinio antiqua, de qua facit mentionem Imol. hic & etiã Soc. pro qua adducitur primo tex. in l. hæredes. §. in illa, ff. famil. hercis. ubi in terminis stipulationis per te non fieri, dicitur quod stipulatio cõmittitur insolidum, & quod debet præstari cautio inter hæredes, si unus soluerit, qa ex facto unius alii nõ debent teneri, quæ uerba demonstrant quod singuli hæredes possunt insolidũ conueniri. Secundo facit tex. in d. l. in executione. §. quod si stipulatus. inf. eo. ubi similiter in eadem stipulatione dicitur, unius facto omnes teneri, & quod cæteri famil. herciscundæ iudicio sartiet damnũ, & cum dicat omnes teneri, & sartient damnũ, apparet quod possunt conueniri insolidum. Tertio facit text. in l. 2. §. item si in facto. sup. eo. ubi dicit omnes teneri ex unius contrauentione, sed qui præstiterunt repetent iudicio famil. hercis cu. ideo uidetur uel le quod singuli insolidum teneantur. Quarto cõfirmatur ut dicebat hic Alcia. quod dicta iura uolunt quod præstiterunt repetere iudicio famil. herciscundæ, ergo totum soluunt coacti, quoniam si soluissent libenter deberent agere actione negotiorũ gestorũ. l. 3. C. de neg. gest. & idem probatur in l. inter cohæredes. §. quod ex facto. ff. fam. herc. Quinto facit ratio quam etiam adducit hic Alci. in primo no. quia stipulationes indiuiduæ regulariter non transeunt ad hæredes quando continẽt factum, prout est stipulatio illa per te non fieri. l. stipulatio ista. §. si quis ita. inf. eo. & est communis opinio ut per Alex. inf. in 6. quæst. Bar. & quando est apposita clausula (pro te hæredeque tuo) tunc non transit ad hæredes uirtute successionis, sed uirtute repetitionis, quasi testator stipuletur hæredi cui potest acquirere, ut dicitur in d. §. si quis ita. de eo qui stipulatur usumfructum sibi hæredique suo, nam tunc est nouus & repetitus usus fructus qui acquiritur hæredi tanquam principali, quod etiam est in stipulatione per te non fieri, ut ibi clare dicit tex. ergo cum factum ipsis hæredibus erit ex repetitione quæsitum tanquam principales tenebuntur insolidum, ut no. in dicta quinta quæstione,

143 Sed defendendo † communem opinionem ex mente doctorum responderi potest. nã dicta quatuor iura quæ dicunt (insolidum committi stipulationem) recte considerando non contradicunt, & conueniunt in omnibus tex. nostro ut dicebat Socci. Nam dum dicunt, quod insolidum committitur stipulatio, & quod omnes tenentur, concordant cum tex. nostro, quoniam supra conclusum fuit quod pœnalis stipulatio committitur insolidum propter factum indiuiduum, sed tamen post quam est commissa obligatio diuiditur inter hæredes per l. xii. tabularum. l. pro hæreditariis. C. de hæredita. actioni. & d. l. hæredes. §. an ea. & nullus ex dictis textibus dicit quod hæredes insolidum teneantur, ut quod singuli possint conueniri, sed intelligitur quod teneantur pro hæreditaria portione, prout dicit iste tex. unde illa iura in distincte loquentia declarantur per hunc tex. magis distincte loquentem. iux. no. in l. sciendum. cũ uulgarib. ff. qui satisda. cogantur.

Replicat tamen Alcia. quod est uiolatio illorũ iurium, quę simpliciter dicunt, quod committitur stipulatio insolidum, uel quod omnes tenentur, nam Socci. & docto. non intellexerũt illa iura quæ præsupponunt quod teneantur insolidum, ex eo, quia repetunt iudicio familiæ herciscundæ, & sic apparet quod coacte soluerunt totam integram pœnam, quia alias agerent actione negotiorũ gestorum, sed tu potes replicare quod imo ipse non intellexit dicta iura, ex eo quia nullus text. dicit quod ipsi hęredes conueniantur insolidum, neque quod unus soluerit solidum, sed tantummodo dicunt quod soluentes repetunt, & illud dictum uerificatur quando unusquisque soluit portionem hæreditariam quam coactus unusquisque soluit, & me-

& merito eam repetere potest iudicio famil. herciscun. Vnde Alcia. æquiuocauit ualde, præsupponendo quod quia agitur iudicio familiæ hærciscundæ præsumantur hæredes soluisse totum, quia imo intelligitur quod soluerint portionem hæreditariam, per istum tex. qui magis distincte loquitur, & clarior tex. in d.l. cum ex causa. in fi. & le. in executione. §. insolidum. inf. eo. & d.l. si duo. in fi. ff. depositi. quæ semper dicunt quod licet hæredes insolidum teneantur, tamen quando fit solutio ipsius pœnæ, tantũmodo tenentur pro portione hæreditaria, ita quod non est solus iste tex. sed sunt quatuor iura concordantia, per quæ illa iura dubia declarari debent, & opporteret ut probarent, quod expresse diceret singulos ad integrã pœnam conueniri posse, & sic apparet quod non probant.

144 Non obstat† ratio Alci. quod facta non transeãt ad hæredes, & quod mentio hæredum inducat nouam stipulationem ex repetitione. d. §. si quis ita, quia respõdetur assumptũ falsum esse, quia imo facta omnia trãseunt ad hæredes. per l. ueteris. C. de contrahen. & commi. stipul. quæ tam claris uerbis utitur quod cauillari non potest, & respondet rationi de impossibilitate, dicendo quod facta hominum sunt ita similia ut uideantur esse ab eodẽ facta, sed facit tex. in l. si duobus. ff. de duob. reis. & addit postea quod non est differentia inter stipulationes dandi & faciendi, ideo sicut in stipulationibus dandi mentio hæredum facit ut teneantur iure successionis & non iure repetitionis, eodẽ modo & idem debet esse in stipulationibus factorũ, & sic cessat totum fundamentum Alciat.

Et si tu obstinate instares quod hæc est communis* opinio doct. in d.l. si sic. inf. eo. cui stare debemus. respondetur quod illa non est uera, ut infra probabo, sed dato quod teneretur, procedit tantũ modo in hæredibus stipulatoris, & non in hæredibus promissoris, sicut dicitur in stipulatione usufructus, in quo hæredes stipulatoris tenentur iure successionis non iure repetitionis, ut habetur in d. §. si quis ita. & dicetur inf. in 6. q. Bar. hic autem tractamus de hæredibus promissoris in quib. nõ potest uariationem inducere illa mentio hæredũ; & pro ista solutione est de directo tex. noster hic, qui loquitur de stipulatione per te non fieri cum mentione hæredis, & tamen uult quod teneantur hæredes pro hæreditaria portione.

145 Quare Alciatus† uidens quod hæc opinio simpliciter teneri non potest, & de directo confunditur per istum tex. ipse conatus fuit defendere eam distinctione, & dando nouum intellectũ huic tex. Ideo dixit. Aut non fuit facta mentio hæredũ in stipulatione, & tunc procedit tex. noster hic, quod hæredes tenentur pro hæreditaria portione, quia tunc ueniunt iure hæreditario tantum. Si uero facta est mentio hæredum, & tunc tenentur singuli insolidum, quia dicuntur uenire ex repetitione tã quã principales sicut in usufructu. d. §. si quis ita.

146 Nec obstat tex. noster † in quo est facta mentio hæredum, quia respondet quod intellectus communis non est uerus, nam licet Cato determinasset, quod in dicta stipulatione hæredes tenerentur ꝑ hæreditaria portione, tamen hoc correxit Paul. in uersi. uideamus, facto uno præsupposito, quod in stipulatione (te hæredemque tuum ratum habiturum) solus hæres contraueniens insolidum teneatur, quasi illud clarum sit, unde postea dicit, uideamus ne quod dictum est de stipulatione per te nõ fieri, debeat esse idem cum stipulatione iter fieri uel non fieri, & cum stipulatione te hæredemque tuum ratum habiturum, & respondet non esse idẽ, neque cum præcedentibus, neque cum illa, rem ratam haberi, cum ipsa habeat propriam naturam, & non cõmittitur pro hæreditaria portione, ut cæteræ nominatæ a Catone, & etiam est diuersa ab illa, rem ratam haberi, in qua solus contrauenients tenetur insolidum. Ideo negando has duas partes necessario tacite affirmat quod in ea hæredes tenentur singuli insolidum, & hunc dicit esse clarũ, & facilem intellectum ad istũ tex. qui decidit quatuor casus, duos quando non est facta mentio hæredum, & duos quando est facta mentio hæredũ, ita quod totã materiam nostram diuidit in duas partes, Aut non est facta mentio hæredũ, & tunc in indiuiduis tenetur pro hęreditaria portione, & in diuiduis tenetur solus contraueniens pro sua portione, ut hic in tex. si uero facta est mẽtio hæredũ, & tunc in indiuiduis singuli hæredes insolidum tenentur, in diuiduis uero tenetur contrafaciens insolidum ad totã pœnã, per tex. in. §. uideamus. & quia finis uidetur contradicere præcedenti uersi, quia aduersatiue dicit principales non teneri pro parte, ergo uoluit quod hęredes tenentur pro parte, respondet ipse, quod dictio, quamuis, nõ uenit aduersatiue sed augumentatiue, ut exponatur, idest tanto magis, quia principales non possunt pro parte obseruare, & sic confirmat idem esse in hæredibus, & pro tali natura dictionis (quãuis) allegat l. tutor. §. contrariam. ff. de pigno. acti. & l. j. §. dolum. ff. de eo per quem factum erit. ut hic latius per eum per tres magnas columnas.

147 Sed tu dicas † quod tota hæc sua distinctio cum intellectu nouo ad tex. fuit una fantasia, & in omnibus suis partibus est falsa, & primo Alc. semetipsum confundit implicando cõtradictionem, quia dicit qñ non est facta mentio hæredum facta transeunt ad hæredes & tenentur pro hæreditaria portione, & põa præsupponit cõtrariũ quod nõ transeant ad hæredes, & sit necessaria mentio hæredũ, ꝑ tex. in d. §. si quis ita. & si tu dicas, ipse uoluitque dã esse q̃ trãseant, & quædã q̃ nõ transeant, nõ declarat quæ sint illa, & facit præsuppositũ non apparens, & ipse in sola stipulatione per te nõ fieri implicat hanc contradictionem, qm̃ tex. noster facit mẽtionẽ de sola stipulatione per te nõ fieri, in illis uerbis iter fieri uel non fieri, prout ipsemet exposuit, dicendo quod iter fieri est stipulari ire, & agere, uel per te non fieri, & manifeste apparet ex litera pisana ut statim declarabitur, & tamen uult quod transeat ad hæredes non facta mentione eorum. Imo iste tex. in illa stipulatione per te nõ fieri exprimit mentionem hæredum, & tamen ipse uult quod transeat ad hæredes non facta mentione, & tex. hoc exprimit facta mentione, & ab hac

contradictione non poterit saluari.

148 Secundo ēt†opinio non est uera, quia confunditur per tex. in l. ueteris. C. de cōtrah. stipulatione, ut dixi in d. §, item si in facto, quæ generaliter loqtur de omnibus factis in hæredibus promissoris, & in hæredibus stipulatoris, & facta uel nō facta mentione hæredis, & ad argumentū quod impossibile sit ut factum unius uideatur esse factum hæredum, etiam claris uerbis respondet, quod nō habet locum propter magnam similitudinē quā habent inter se operationes hominum.

149 Et si tu uis† applaudere communi opinioni posita in l. si sic. inf. eo. illa non soluat hūc intellectū, quia procedit tantummodo in hæredibus stipulatoris, a quibus operatio illa erit exercenda, sed nō procedit in hæredibus promissoris in quibus tantummodo requiritur patientia, & non contradicere, quod eodem modo conuenit eis ut principali, sicut dicitur in d. §. si quis ita. de stipulatione usus fructus quæ non transit ad hæredes stipulatoris, quia ipse est qui debet uti, & usus Principalis differt ab usu hæredum, sed in hæredibus promissoris non procedit, quia ipsi solum tenentur ad patientiam, ut ibidem no. & dicemus infra in 6. quæstione Bar. & nos in præsenti quæstione tractamus de hæredibus promissoris, quomodo ipsi teneantur, in quibus æqualiter debet transire factum, mētione hæredis non ahibita uel adhibita, & æqualiter debet trāsire ad hæredes pro hæreditaria portione per istnm tex. ex sua intentione, & per consequens distinctio sua neque saluatio procedere potest. Propterea etiam hæc sua distinctio in stipulatione (per te non fieri) confunditur per l. Iulianus. inf. eo. ubi fuit facta mentio solius Titii hæredis, & tamen tex. uult quod transeat ad alios hæredes non nominatos, ut appareat quod mentio hęredum nullam inducat diuersitatem in illa qualitate quod transeat ad hæredes.

150 Item etiam†dum ipse uolens euitare tex. nostrū dat nouum intellectum, quod in stipulatione per te non fieri Paulus reprehendat Catonem, & reuocet in dubium an sit idem uel non sit idem, & determinet non esse idem quod est in stipulatione iter fieri, ubi transit pro hæreditaria portione, neque idem in stipulatione rem ratā haberi in qua solus contrafaciens tenetur, ergo insolidum tenētur, nam expresse est uiolare literam, & destruere, & implicare contradictionem, quia ut dixi ex intentione sua Cato locutus fuit de sola stipulatione per te non fieri, & non adest alia stipulatio cui debat assimilari, ut non possit fieri argumentatio a partibus enumeratis. Item tex. non dicit si non adest illa similitudo in quo remaneat natura stipulationis per te non fieri, & est diuinare dicere, quod teneatur insolidum ut ipse uult.

151 Item etiam hic†suus intellectus contradicit literæ in fi. quæ expresse uult hæredem teneri ꝓ portione sua tantum, quoniam aduersatiue dicit, quāuis principales pro parte ratum habere non possint, & exponere dictionem quamuis augumentatiue est uiolare significationem ipsius, & nouam legem condere.

152 Quare apparet†ꝙ tex. noster de directo confundit distinctionem suam, & ꝙ in materia nostra nō potest fieri differentiæ an fiat uel non fiat mentio hæredis, &ꝙ semper teneri debet decisio Catonis, quod insolidū cōmittatur stipulatio, sed nō exercetur cōtra hæredes pro hæreditaria portione, & in factis mere diuiduis indistincte agatur contra cōtra facientem tm̄, quod procedit etiam in stipulatione rem ratam haberi, prout infra suo loco declarabitur, & potest dari generalis respōsio, quod tex. in d. l. ueteris. correxit oēs ll. antiquas etiam quod aliqua reperiretur de stipulatione per te nō fieri. ut in §. si quis ita. & dicta opinio est reiicienda ex alio, quod dicta opinio esset nimis rigorosa, quia uix defendetur hæc communis ab illo rigore quod oēs hæredes ex facto unius teneantur.

153 Septimo notandū † est ingrediendo secundam partē, quod si factū de quo est cautū indiuiduum sit, ueluti iter fieri uel nō fieri, ab omnibus cōmittitur stipulatio, quæ uerba demōstrant ꝙ stipulatio iter fieri uel nō fieri dicitur continere factū, unde contradicit tex. in l. j. ff. de serui. rust. prædiorum. & insti. eo. tit. §. j. qui dicit quod iter est seruitus & ius eundi, & quā plurima sunt iura adducta per Ias. & doct. quæ dicunt quod per nomen itineris denotatur seruitus, & ius, & per consequens hic fit mentio de stipulatione iuris & non facti. Saluat glo. & communiter doct. quod seruitus habet mixturam facti in patientia. l. quotiēs. ff. de serui. in fi. Item habet etiam implicitū factū sternendi iter. per tex. in l. si iter. eod. titu. de seruitutibus. ut declarant Alex. & Socc. sed tamen istæ solutiones non tollunt contradictionem, ex eo quia præsupponunt quod hic agatur etiam de stipulatione iuris, & principaliter, quod non potest stare, ex eo quia ipsa stipulatio itineris est affirmatiua, & in ea adimplementum non potest fieri per unum uel duos hæredas nisi omnes conueniant. per l. si quis ita seruis. ff. de manumis. testam. & l. cum ex causa. inf. eo. & iste tex. præsupponit quod non contradicentes uere dicantur obseruare, ut dicemus in sequenti no. Vnde Ias. exponebat tex. ut tantummodo faceret mentionem de stipulationibus meri facti, ut sternendi iter uel non sternendi, argu. d. l. si iter. ff. de séruitu. quæ opinio incidit in eandē contradictionem in primis uerbis iter fieri, quia in eis est promissio affirmatiua quæ non potest pro parte uere obseruari. d. l. si quis ita. & l. ex causa. infra eo. item nō cōueniūt uerba, ut dicebat Alc. qa iter facere non est sternere, sed est ipsum ire.

154 Ideo ipse† postea dabat tertiam responsionem, quod uerbum (iter fieri) denotat stipulationē per ipsum ire posse, & alia uerba non fieri, stipulationem per te non fieri, per suas authoritates, & uulgo ita dicitur quando quis dicit uoglio fare questo uiagio à Roma, & à Loreto, idest uolo facere iter Romam & Laurētū, quod exponitur uolo ire Romam, & Lauretum, & hæc expositio mihi placet, sed per alias rationes, quia ista uerba (iter fieri uel non fieri, quid significent demōstrat tex. noster in uerbo differentiæ, dum dicit illā stipulationē per te non fieri, secundū literā pisanā quæ præ-

ualere debet, propter authoritatem. unde si habes utrunq; uerbum, exponas iter fieri, idest stipulatus est ire agere licere, & illa uerba non fieri, idest stipulatus est per te non fieri, quæ duæ conceptiones simul iunctæ denotant unicum actũ intentionaliter, quod sibi liceat ire, ut declaraui in §. item si in facto. & si dicatur adhuc non tollis obiectũ, quia stipulatio sibi licere ire agere denotat seruitutem eundi, & ius sicut illa habere licere denotat ius. l. stipulatio ista. §. j. & §. ii qui. inf. eo. respõdetur quod illud uerũ est ubicunq; subiecta materia hoc patitur, quia reperiatur habilitas prædiorũ q̃bus posit acq̃ri, sed hic nõ fuit illa habilitas, quia tex. nõ dicit, ergo fuit tota stipulatio meri facti.

155 Secundo etiam† respondetur fatendo cõtrariũ, quod denotatur seruitus, sed tñ in tex. nostro non fit dispositio super stipulatione seruitutis, sed decisio fit de stipulationibus pactorum quę solet apponi in seruitutibus & fit mentio hic de seruitutibus occasionaliter, quia propter eas solent fieri dictæ stipulationes factorum, non autem dispositiue, ideo generaliter dicas quod quæcunque expositio tibi placeat, & uelis quod denotetur seruitus, hæc opinio poterit sustineri modificando eam quod de ipsis seruitutibus fit mentio occasionaliter, non dispositiue, quia non posset ei conuenire decisio, sed tantũmodo fit mẽtio de eis, q̃m propter eas solent apponi dictæ stipulationes factorum de quibus fuit facta quæstio & decisio, & hoc modo euitabis omnia contraria. sed tamen quia nõ habemus clara uerba, & subiecta materia est apparens, tutius est dicere quod ista uerba denotant solas stipulationes meri facti.

156 Octauo notandum est† ex eisdem uerbis, quod stipulatio facti indiuidui committitur insolidũ, quia omnes hæredes quodammodo contrauenisse uidentur, quæ uerba demonstrant quod uere pacifici cohæredes dicuntur obseruare, & solus contra faciens dicitur contrauenire, quod probatur, quia dictio (quodammodo) denotat fictionem. l. si me in uacuam. ff. de acq. posse. & l. j. ff. de rer. diuisi. itẽ uerbum (uidetur) denotat fictionem. l. j. §. deiicitur. ff. de ui & ui arm. quæ fictio est contra ueritatem assumptio, ut habetur in l. si is qui pro emptore. de usucapionib. & l. j. §. si uir. ff. de acquir. posse. & sic habes duo maxima, unum quod cohæredes non molestando dicuntur uere obseruare; Aliud quod postea finguntur contrauenisse adhoc ut incidant in pœnã. contra primum uidetur esse text. in l. cum ex ea. inf. eo. & in l. in executione. §. insolidum. ubi expresse dicitur quod in obligatione de defendẽdo etiã quod duo hæredes defendant, & faciant omne posse suum, tamen si tertius non interueniat nihil dicuntur facere, quia indiuidua est cõditio & defensio, & sic apparet quod cohæredes etiam cum maximo conamine non dicuntur obseruare, imo nihil agunt ut in ueritate non obseruauerint, ergo eodem modo & isti hæredes hic nullo modo dicuntur obseruasse, & non est opus fingere quod contrauenerint, cum uere cõtraueniãt.

157 Solutio† datur ex mente doc. quod illa iura loquũtur in stipulationibus affirmatiuis, in quibus adimplementum fit per operationem effectualem hic uero nos loquimur in stipulationibus negatiuis, in quibus adimplementum fit per solam patientiam, & non agendo.

158 Et hæc solutio† uera est. Fallit tamen ubicunq; unus hæres adimpleuit totum, ut nihil remaneat ad complementum operis, quia tunc faciẽs opus nedũ ipse dicitur obseruare, sed etiam cæteri quoque finguntur obseruasse, ut dicebat Paulus de Castro hic, quem refert Socci. licet improprie, cũ ponat limitationem ad stipulationes negatiuas, & ipsa debet dari ad stipulatiões affirmatiuas, ut unus solus uere posit adimplere perficiẽdo totũ actũ, & alii nihil facientes fingantur adimpleuisse, & est ratio apparens, quia stipulator cõsequitur in omnibus utilitatem suam, ergo non potest cogere nihil faciẽtes, quoniam obstaret exceptio q̃ plus peteret quam sibi deberetur, & uidetur esse de intentione tex. in l. fideicommissa. §. pe. ff. de leg. 3. & in l. si is qui quadringenta. §. quędam. ad l. Falcidiã.

159 Sed tamen† contra talem conclusionem ita firmatam uidetur tex. in d. l. si ita quis seruis. sup. de manumiss. testam. ubi testator legauit libertatem duobus seruis (si facerent edificium, & unus solus fecit, dicitur quod ex tacita uoluntate testatoris uidetur adimpleuisse conditionem, & alius nullo modo dicitur adimpleuisse, imo deffectus est conditione, & sic ex sola intentione testatoris adimplementum fit. Soluunt communiter doct. inf. in oppositionibus Bar. quod ille tex. loquitur in conditione acquisitiua, idest quãdo aliquid relinquitur sub conditione faciendi, hic uero nos sumus in stipulatione pœnali, in qua præcesit p̃missio affirmatiua de faciendo, & postea si nonfaceret subiicitur pœna, nam propter promissionem apparet qualis debeat esse obseruatio, & cõditio ibi debet adimpleri in forma specifica. l. Meuius, de cõditio. & demonstrationibus, quæ solutio est bona quantũ ad uerba potest, tamen dari alia generalis non faciens differentiam inter conditiones, & dicere q̃ ille tex. semetipsum declarat in sequentibus, dum dicit, si ipsi serui erant artifices in diuersis scientiis, & tunc unus obseruando non dicitur uere adimpleuisse, quoniã deficit artificiũ alterius serui, & non proprie dicitur perfectũ, & hoc etiã procederet quando interueniret stipulatio promissiua, si dixisset promittis mihi per te & tuos hæredes facere edificiũ, & hæredes sui haberẽt diuersa artificia spetialiter cõsiderata a stipulatore, nã unus solus edificando non diceretur adimpleuisse in totum deficiente artificio alterius, sed si in utroque casu cõditio faciendi opus apponeretur habito respectu ad operationes hominum communiter, & tunc unus solus edificando uideretur perfecte adimpleuisse, & sic tantummodo fieri debet consideratio, an opus factum ab uno habeat plenam perfectionem, quam haberet si ab utroque esset factum, & erit generalis limitatio ad cõclusionẽ firmatam, ut in stipulationibus affirmatiuis per factum unius non adimpletur nisi unus solus opus perfecerit, quæ perfectio consideratur ex intentione stipulatoris, an interueniant omnes

qualitates quæ interuenirent si uterque fecisset.in libertate uero tu potes seruare illum tex.qui spetialiter de ea loquitur.

160 Et quoniam doct.cōmuniter†tenent primā solutionem quæ in practica seruaretur, facias conclusionem secundum eam, quod in conditione acquisitiua factū unius nō ꝓdest alteri, sed est opus quod ipse etiam operetur, & est deffectus conditione,& ratio potest esse,quia illud quod est concessum uidetur datum in præmium laboris sui, & si ipse non laborauit, neque etiam conueniens est ut comedat & consequatur libertatem, sed si sumus in stipulatione dispositiua & conditione pœnali,conclusio est fienda,quod factum unius prodest alteri si fuit perfectum, ut omnes fingantur adimpleuisse, & non posint conueniri ad pœnā saltem iure exceptionis,fallit ubicunque mens cōtrahentium alia fuisset, ut dictum fuit argumento dictæ l.si ita fuerit.

161 Nono ex secundo † dicto supra firmato notandū est,quod in stipulationibus negatiuis nō operando dicuntur uere adimplere,sed tamen fingūtur contrauenisse ut posint conueniri ad pœnam pro portione hæreditaria,& hic est clarior text. qui de hac fictione loquatur.nam in d.l.in executione.§.species.& §.quod si stipulatus. dicit unius facto cæteri omnes tenentur,& idem dicit tex. in l.cohæredes.§.quo ex facto.ff.fam.hærci. ibi unius facto cæteri tenentur.quasi conditio obligationis hæreditariæ extiterit, & idem dicitur in fortiori casu in d.l.Iulianus.inf.eo. ubi uno hærede nominato a testatore contraueniente cæteri etiam tenentur non nominati.quæ uerba uidentur denotare ueritatē,& quod uere teneantur ex facto unius, non autem quod fingantur, & ita uidetur dicere Bar.in l.continuus.§.fi.inf.eo.in 3.q. sed potes cōcordare quod per factum unius pœna committitur insolidum uere, qua commissa uere tenentur ad pœnam,tamen postea ut appareat modus quo teneantur declaratur per fictionem, quia finguntur contrauenisse,& ex fictione inducitur actus uerus.l.quod meo,& ibi no.ff.de acquir.possess.

162 Hæc tamen†decisio uidetur multum iniqua, & reiicienda, ut cohæredes fingantur contrauenire ad finem ut teneantur ad pœnam,non primo obstat regula non debet.de reg.iur.in 6.Secundo obstat tex.in l.supra iter.§.apud ferocē. sup. de aqua pluuia arcen.qui dicit, iniquum est qui non fecit teneatur restituere quamuis habeat actionem cōmuni diuidundo ad repetendum, ita iniquum est cohæredem non contrauenientem soluere pœnā quamuis posit repetere. Tertio facit ratio, quia pœna sequitur suos authores.l.sancimus.C.de pœnis.& cap. 2.in fi.ff.de iis quæ fiunt a maiori.& ca. compromissarius.§.porro.de electio.in 6. Quarto

163 facit†quia fictio sine æquitate non procedit. l.j.§. si uir.de acquir.poss.Item fictio non admittitur inducens iniquum præsidium.l.denique.& l. nec utilem.ex quib. caus.maior.Quinto etiam facit,quia in pœnis mitior fit interpretatio, & sic inducitur fictio ut quis iniq; subeat pœnam,& qui non peccauit puniatur, ideo uidetur quod hæc decisio sit reiicienda,& ꝙ fienda sit alia determinatio, ut solus cōtraueniens puniatur, & ipse solus conueniatur insolidum,nam tunc erit satisfactum stipulatori,& delinquēs puniet,& innocētes seruabūtur.

164 Ias.tamen†hic & cōmuniter doct. saluant decisionem istam ab obiectionibus prædictis. primo quia nisi insolidū peccari potest in factis indiuiduis,& uerbū(nō potest)positū in hoc tex.importat impossibilitatē.glo.in ca.j.de reg.iur.in 6.quę ratio non tollit obiectū,qm̄ licet insolidū peccetur,tamen erit satisfactū ei agendo cōtra cōtrafacientē ad totū,Secundo saluat, quia nō pōt aliter fieri sine iniuria promissoris,qm̄ priuatur tota cōmoditate,tamen respondetur,ꝙ est satisfactū ei si exigat totū damnum suum ab eo quia contrauenit,& nō molestet innocentes. Tertio adducitur ratio,quia ista obligatio procedit a promissione defuncti,quem oēs hæredes repræsentant.sed adhuc respondetur,quod cū uere nō cōtrauenerint, non debet cogi,ex quo plene satisfactum est stipulatori per solutionem cōtrafacientis, & adimplet totum factum. Quarta potest assignari ratio quæ ponitur in dicto. §. item si in facto. & in dicta leg. cohęredes. §. quod ex facto. quod conditio stipulationis hæreditariæ uno contrafaciente extitit, sed huic etiam est satisfactum si solus contrafaciens soluat.Quinta etiam assignatur ratio, quia unus contrafaciendo facit defunctū in totū contrauenire,sed adhuc ei potest respōderi,quod licet in totum sit contrauentum satisfactum sit ei si totum a solo contrafaciente habeat,& non molestentur innocentes,& propterea uidetur quod hæc decisio sit iniquissima. Vnde prætores disposuerūt ꝙ in dispositionibus p̄toriis soli cōtrafaciētes teneātur ex ęqtate.l. pœnales. §.Iulian.ff.ad.l.Fal.

165 Iis tn̄ † non obstantibus arbitror ꝙ decisio cōis sit tenenda,quæ iusta bona &æquissima fuit,ut oēs teneātur pro hæreditaria portione,&pro ea facit.

166 Quia legislator uoluerit fauere stipulatoribus, ut oēm utilitatem de re sibi ꝓmissa uel ex obseruantia,uel ꝑ pœnā consequantur, & ubicunq; uidit ꝙ ex diuisione causabatur dānū stipulatori,uoluitꝙ ipsa principalis promissio efficiat indiuidua,&tota pœna exigi posit,ut patet in l.5.§.fi.inf.eo.ibi, aliter sine iniuria stipulatoris fieri nō pōt,& in §. item si in facto.sup.eo.ibi, q̄a stipulator priuatur tota re.& in §.nostro,ibi,quia nisi insolidū peccari potest.& in l.cū ex ea.inf. eo. cū multis concor. & hoc ꝑꝑ æquitatem ne stipulator qui cōfisus fuit de ꝓmissore decipiat̄,& pacta seruēt̄ur.l.j. sup.de pact. & ideo sequitur q̄d omnia q̄ disposita fuere adhunc finē dicūtur fundata in æqtate & iustitia.

167 Et Ideo q̄n†dispositū fuit ꝙ cohęredes fingāt̄ cōtrauenisse,illa fictio fuit introducta cū magna æqtate,nā in omni negotio si fauemus uni semp dānificāmus aliū, sed tn̄ appellat̄ actus fauorabilis, q̄n principaliter cōsideratus fuit fauor unius,& licet alter lædatur tamē adhuc dicitur fauorabilis, ut patet in uelleiano,ubi propter fauorem mulieris fit damnū negotiantibus cum eis,tamen actus dicitur esse fauorabilis,non obstante quod ille patiatur damnum, & maximum, sicut e contrario

mace-

Macedonianum dicitur odiosum, non obstante quod maior fauor sit ipsorum filiorum familias, & lucrentur cum iactura feneratorum, ideo hæc dispositio posita in hac lege reputabitur fauorabilis, & iusta, licet inducatur iactura ipsorum hæredum promissoris, & fictio erit iusta & in æquitate fundata propter principalem intentionem legislatoris.

168 Suadetur † etiam, quia hæc decisio ex necessitate fuit inducta a Catone, quoniam lex duodecim tabularum statim quod facta fuit diuisit omnes res & obligationes inter hæredes quas potuit diuidere. l. inter hæredes. §. an ea. ff. famil. herciscund. & cum obligatio pœnalis aptissima esset ad diuisionem, per eam diuisa fuit inter ipsos hæredes. leg. pro hæreditariis. ff. de hæredita. actionibus. unde successit, quod ipse stipulator nunquam potest de iure exigere totam pœnam, nisi agat contra omnes hæredes pro hæreditaria portione, cum sibi non competat actio nisi contra singulos pro portione sua, & ideo non potuit prouideri ipsi stipulatori alio modo nisi agat contra omnes pro portione eorum, cum agendo contra unum ad totam peteret plus & non posset consequi, & puniretur. §. plus autem. instit. de actionibus.

169 Et non potuit † Cato, etiam quod uoluisset, facere quod stipulatori competat actio ultra portionem hæreditariam, quia ipse non erat legislator, sed priuatus iurisconsultus, cum nullus ante Cæsarem durante libertate Romana potuerit habere potestatem respondendi de iure, neque corrigendi leges, quoniam illa tantummodo ab Imperatoribus concessa fuit, ut probatur in §. responsa prudentum. institu. de iur. natura. gentium, & ciuili. ibi, a Cæsare concessum fuit, ideo nec Gallus Aquilius habuit hanc potestatem, ut ego plene demonstraui post Modern. in dicta lege. Gallus. in principio. propterea non potuit Cato respondere nisi secundum regulas concessas a lege duodecim tabularum, & ideo non potuit respondere quod contra unum tantum agi posit ad totam pœnam, propterea fuit necessarium, ut daretur potestas legalis stipulatori consequendi totam pœnam quod fingerentur hæredes pacifici contrauenisse ut possent conueniri, & ne stipulatores iniuriam consequantur fictio fuit ex æquitate inducta, & solum considerari potuit ratio ad causandum, quod pœna diuidua efficiatur indiuidua quantum ad commissionem, & omnes dictæ rationes hoc causauerunt, quia non potuit pro parte peccari, nisi insolidum peccari, & quia stipulator priuatur tota commoditate, & quia tractatur de negotio defuncti in cuius locum successerunt hæredes, & eius personam repræsentant, & aliæ similes supra adductæ quæ iustificant hanc causam quod pœna committatur insolidum contra omnes, & efficitur æqua decisio.

170 Nec obstant † contraria, quia omnibus satisfactū fuit cum illo remedio ut soluentes agant iudicio familiæ herciscundæ contra contrauenientem, taliter quod in effectu ipse solus patitur pœnam, & pœna sequitur authorem suum. l. sancimus. C. de pœnis. & propter illam communionem quod repræsentant defunctum tolleratur quod alteri per alterum fiat iniuria, item quod soluant & repetant, contra dictam l. supra. §. cum apud ferocem, & quod fiat fictio inducens iniquum præsidium, uel quod innocens soluat pœnam, nam propter remedium repetendi subuentum est ei eo modo quo potuit, saluando tamen semper, & præferrendo utilitatem stipulatoris.

171 Nec obstat † dicta lex pœnales. §. Iulianus, quia illud dispositum fuit a prætoribus qui potuerunt corrigere leges ex alia æquitate per eos considerata, & facere quod unus solus obligetur ad pœnam sicut etiam fecerunt in l. iustissime. §. primo. ff. de ædilitio ædicto, & etiam procederet in statuto, si ita expresse statueret. Cato uero non potuit corrigere legem. 12. tabularum, & si potuisset, noluit, intendens tantummodo respondere sequendo regulas iuris, & eius responsio eis præsuppositis, fuit iusta, & æqua, & tenenda.

172 Quæ conclusio † ampliatur procedere etiam in promissione pecuniæ omnimodo diuiduæ, propter eandem rationem, & in promissione de parendo sententiæ lege quinta. §. fina. infra eodem, & infra declarabitur loco suo. Item ampliatur procedere etiam quod contrauemiens esset non soluendo, ut cohæredes nō possint recuperare quod soluissent. licet aliqui tenerent contrarium. uolentes quod illo casu cohæredes pacifici possint se tueri exceptione, nam tunc stipulator afficeretur magna iniuria, quod non admiserunt iurisconsulti, & cum aliquis eorum debeat remanere cum damno, probabilius est quod ipsi cohæredes remaneant cum damno quam ipse stipulator cuius utilitatem legislatores omnimodo præualere uoluerunt, & semper uerum est quod cohæredes repræsentant personam defuncti qui tenebatur ad integrum factum indiuiduum, & ex æquitate fuit inductum ut fingantur contrauenisse.

173 Tertio † ampliatur procedere etiam quod ipsi cohæredes pacifici parati essent cedere actionem ipsi stipulatori contra inobseruantem, ut per Alcia. hic numero 25. & Marianum, quia soluentibus pro remedio fuit subuentum ut habeant iudicium illud familiæ herciscundæ, & dicebat Maria. hic nu. 45. quia ipsi tenentur ex propria contrauentione, licet ficte dicantur contrauenisse, quo casu cessat ratio legis quod debetur. ff. de peculio, & per Bar. in l. 2. §. si. ff. si quis cautionib. & in l. cum fundum. §. seruum suum imprudens. ff. si cert. petat. item quia fideiussor habet regressum contra reum si soluit actione mandati. leg. ex mandato. & leg. si remunerandi. §. si passus. ff. Mandat. & tamen fideiussor non liberatur cedendo actiones. l. Lutius Titius. supra Mandati. & not. gloss. institu. in §. si quid autem. mandat. Tertio allegat quod uoluit Barto. in lege penultima. §. si me. ff. solut. matrimonio, & hoc etiam mihi placet, quia per prædicta apparet satis responsum esse adductis in contrarium.

174 Quare † remanet conclusio, quod decisio text.

nostri est æqua & tenenda, & de tribus opinionibus melior fuit. nam quod insolidum contrafaciens teneretur non potuit fieri, quia contradicebant regulæ iuris, & quod ageretur contra unumquemque insolidum, nimis durum & rigorosum fuisset, & sine actione contra unumquemque egisset stipulator, unde hæc media opinio apparet æquissima & iusta, subueniens utrique parti, & seruans omnes regulas iuris, & omnimodo tenenda.

Decimo notandum est ex eisdem uerbis, quod fingantur contrauenisse quod dicti hæredes tenentur soluere pœnam propter fictam contrauentio-
175 nem. † Vnde succedit, quod si statutum disponeret pœnam exigendam executiue contra contrafacientes non haberet locum in istis cohæredibus qui ficte dicuntur contrauenisse, per l. 3. §. hæc uerba. ff. de nego. gestis, & l. fina. ff. de iis qui ueniam ætatis impetrauerunt. & l. 1. §. is qui nauem. ff. de exerci. actione, & cap. odia, de reg. iur. in 6. quod tamen ego puto intelligendum quando statutum induceret nouā pœnam, uel induceret uiam executiuam pro pœna, recedendo a modo agendi de iure, iuxta l. si minor. 25. annis. ff. de Minoribus. sed si tantummodo diceret pœnam exigendam esse a contrafacientibus, tunc etiam comprehenderet hos fictos contrafaciētes, quia declaratur secundum ius commune, ut no. in l. secunda. C. de noxalibus, & per Barto. in l. omnes populi. in sexta quæstione principali. ff. de iusti. & iure. item intelligo quando uerba statuti dirigerentur ad contrafacientes, sed si dirigerentur ad eos qui sunt obligati ad pœnam, tunc comprehenderet etiam istos cohæredes, quia licet fingantur contrauenisse, tamen uere sunt obligati, quia ex fictione uerus actus procedit. l. cum præcario. §. primo. ff. de præcario, & no. in l. quod meo. ff. de acquir. possess.
176 ubi etiam dixi. † Item facit ad intelligentiam tex. in l. si quis maior. C. de transactionibus, quod qui contrauenit transactioni iuratæ cadat ab omni iure suo. nam intelligetur de iis qui directo contrauenerunt, non autem de contrauentione ex facto alterius per fictionem, quod confirmatur, quia dicta. l. si quis maior. requirit dolum ipsius contrauenientis ut periurium committatur, sed quando quis contrauenit ex facto alterius non dicitur ex dolo neque lata culpa contrauenisse, & ideo non poterit dici periurus, sed tantummodo obligatus ex iuramento alterius, ergo non incidit in pœnam, ut late dixi in dicta. l. si quis maior, post Iason.

177 Vndecimo † notandum est in uersi. at si de eo. quod in factis diuiduis pœna committitur contra contrafacientem pro portione sua tantum, & ratio colligitur ex isto text. quia potest fieri plena obseruatio pro parte eorum, unde ex contrauentione stipulator priuatur tantummodo in parte utilitatis & nō in totum, & ideo non est æquum quod ei concedatur actio contra alios obseruantes, & ipsi fingantur contrauenisse, cum legislatores non intendant, ut stipulator lucretur cum iactura alterius, & solum uoluerunt ei subuenire ut non patiatur damnum, & consequatur totam rem promissam uel per obseruātiam uel per subuentionem pœnæ, & cum plene ab aliis fuerit obseruata pro parte eorum, habet utilitatem pro partibus eorum, & solum damnificatur in parte contrauenientis, ideo solum ad partem pœnæ agere potest, & hæc decisio est naturalis, quoniam per l. 12. tabularum ipsa pœna est diuidua inter hæredes & tantummodo stipulatori competit actio contra singulos pro portione eorum, ideo ex regulis iuris tantummodo contrafacientem conuenire potest, & cum cessant rationes obligantes obseruantes tantummodo, ei remanet actio contra cōtrafacientem tantum pro sua portione.

178 Sed tamen † huic determinationi ita apparenter æque quatuor urgentissime uidentur obstare, & primo text. in lege quinta. §. fina. infra eodem. & in leg. hæredes. §. idem iuris. ff. famil. herciscund. ubi expresse dicitur quod si promissa fuit quantitas per testatorem quæ omnimodo diuidua est inter hæredes, tamen si unus non obseruauit, tota stipulatio committitur, & omnes tenentur pro hæreditaria portione, & additur aliud exemplum, quando quis promisit parere sententiæ arbitri, ut uno contrafaciente pœna committatur contra omnes, & ideo uidetur quod non sit differentia inter facta diuidua uel indiuidua, sed quod æqualiter tota pœna committatur contra omnes pro hæreditaria portione, gloss. hic in duobus locis respondet, quod illa lex procedit in obligationibus dandi, in quibus obseruatio debet fieri in totum, & pœna committitur contra omnes, hic autem loquitur in obligationibus faciendi, in quibus distinguitur inter facta diuidua & indiuidua ut hic in text. & rationem assignat, quia facilius quis potest dare pro alio quam facere, quæ tamen debilis uidetur, quoniam idem contingit in factis affirmatiuis, in quibus faciliter quis potest pro alio facere. l. si ita fuerit seruis. ff. de Manumiss. testamento. Item eandem difficultatem quis potest habere in obligationibus dandi si forsan tenetur dare rem alienam, argumento text. in l. non dubium. ff. de legatis tertio, cum sit necesse quod emat a domino, & expectet eius uoluntatem ut ibidem dicitur cum concordantibus, ideo secunda datur responsio per eandem gl. quod concordat, quia licet conueniantur omnes hæredes, tamen obseruantes poterunt se defendere per exceptionem, ut in. §. Item si in facto. in fin. supra eo. quæ etiam responsio est somnium, quoniam si obstaret exceptio cessaret æquitas & non fuisset necessarium inducere quod cohæredes fingantur contrauenisse, & suffecisset actio contra non obseruantem pro parte, & dictus. §. item si in facto loquitur de hæredibus stipulatoris, & dictus. §. final. loquitur de hæredibus promissoris, unde apparet quod ille text. adhuc urgenter obstat huic conclusioni, confirmatur secundo, quia decisio illius text. est fundata super ratione, quod conditio pœnalis in stipulationibus est indiuidua. l. cui fundus, de condit. & demōstrationibus. & quod omnis dispositio conditionalis propter conditionē efficitur indiuidua, ut ibidē no. & insti. eodem. §. non solum, & no. in l. ita stipulatus. infra codē, quæ ratio militat etiā in stipulationib. pœnalib. appositis super

factis

factis diuiduis, quæ habent semper conditionem, & ideo dicta facta debent semper facere indiuidua, & per consequens pœna debet committi contra omnes pro portione hæreditaria, & licet in lege penultima. de conditio. & demonstrationibus, & in l. si plures. de conditio. inser. dicatur quod aliquando est diuidua, illud est, quia ab initio apponitur pluribus personis, sed quando unus est promissor, uel unus grauatus, semper est indiuidua, & facit dispositionem indiuiduam. dicto. §. fin. & dicto. §. idem iuris. Tertio etiam facit, quia contraueniens dicitur in dolo, & dolum committere. lege dolum. ff. Mand. & hæres committens dolum tenetur insolidum. l. in depositi. ff. depositi. Quartam rationem refert etiam hic Soccin. ex mente quorundam Modern. quod contrafaciendo unus hæres committit unum factum indiuiduum pro parte sua cum teneatur ad factum integrum non agendi pro parte, & cohæredes ad aliud factum integrum, & cum cohæredes non possint conueniri ad pœnam per commissionem eorum de facto. l. stipulatio ista §. quæsitum. infra eodem, ipse contraueniens tenebitur ad totam pœnam, ipsemet tamen Soccin. in quinto no. respondet huic ultimæ rationi, dicens quod non infertur, committitur de facto ergo ipse tenetur ad totam pœnam, quia si pro parte contrafecit tantum dedit damnum pro illa parte, ideo non debuit conueniri ad integram pœnam: item licet sit contrauentio insolidum in qualibet persona, tamen uersatur in parte tantum, & non damnificat nisi in parte, ut per eum, sed tamen licet hæc responsio procedere possit ad hoc ultimum, remanent tamen tria prædicta allegata in sua plena contradictione. †

179 Nihilominus † ego puto decisionem istius text. ueram esse, quod pro parte tantum contraueniens teneatur, per rationes supra adductas quæ ualidissimæ sunt, & concordat text. infra in uersi. uideamus, & in l. inter cohæredes. §. si quis stipulatus. ff. familiæ herciscundæ, Nec obstant contraria.

180 † Et primo text. in dicta l. quinta. §. final. quia responsio data per Docto. uera est, quod ille loquitur. in obligationibus dandi, & tenet Barto. inf. in octaua oppositione, & nos in obligationibus faciendi. sed solum Doct. non assignauerunt bonam rationem differentiæ, sed aliam magis concludentem potes allegare ex mente Petri & aliorum in dicta octaua oppositione.

181 † Quia si in factis diuiduis non liberaretur præstando partem suam, sequeretur quod ipse esset obligatus facere partem cohæredis, & sic obligaretur ad factum alienum, quod est absurdum in iure. l. stipulatio ista. in principio. infra eodem, & §. si quis alium. insti. de inutilibus stipulationibus, cum gloss. in fin. quæ dicit, quando aliquis promittit hæredi suo facturũ, tenet promissio, quia est eadem persona cum defuncto, quæ ratio non cadit in cohærede. Item cohæres si tenetur habere ratũ, uel amplius non agere, uel non impedire, unus cohæres non potest cohæredem cogere ut ratum habeat, uel non impediat, uel non agat, cum non sit in eius potestate, in obligationibus uero dandi hæres incipit teneri ad partẽ cohæredis diuiduam, quia lex ita uoluit eum obligari, & obligatio est efficax in dando pecuniam de suo, & etiam in dando rem alienam, quia difficultas non impedit obligationem. l. continuus. §. illud. & l. in executione. §. penultimo. infra eodem. & ideo nihil repugnat quod cohæres teneatur dare reliquam pecuniam de suo, uel præstare totam rem seu partem alterius, ideo conuenienter potest committi pœna contra omnes pro hæreditaria portione, & unusquisque fingitur non obseruasse partem suam, & difficultas in factis impedit commissionem pœnæ. argument. l. si uehenda. §. idem iuris, supra ad l. rhodiam de iactu. Nec obstat si dicatur quod imo quis potest facere pro alio opus expendendo de suo, sicut & dare, ut si teneatur facere monumentum uel ædificium potest totum edificium facere. l. si quis ita seruis, de Manumiss. testamento. quia procedit in casibus spetialibus, & text. ibidem dicit quod non semper habet locum si omnimodo requiratur industria alterius, ut in sequentibus. §§. dicitur, & in factis negatiuis semper procedit ratio supradicta. Non obstat quod in factis indiuiduis hæc ratio non impedit commissionem pœnæ ergo nec etiam in diuiduis, quia respondetur quod tunc cohæres non tenetur ad factum alienum sed ad factum proprium, quia unusquisque tenetur insolidum facere. l. in executione. §. secundo. infra eodem, & l. fideicommissa. §. fin. ff. de leg. tertio. quoniam representant personam defuncti insolidum, & insolidum tenentur ad integrum factum, quia lex non diuisit obligationẽ, nec obstat reprehensio Barto. facta in dicta octaua oppositione, quod in obligationibus dandi saltem deberet excusari a commissione pœnæ. per dictam. l. si uehenda. §. idem iuris. quia hoc non tenetur in obligationibus dandi per docto. in l. quod te. ff. si cer. pet. Nec obstat quod appositio pœnæ facit ut quis teneatur ad factum alienum, dicta lege stipulatio. §. alteri. infra eodem, quia uerum est in principali promissore qui apposuit pœnam, secus quando non promisit, hic autem hæres non promittit factum cohæredis, & non debet posse per pœnam obligari ad factum alienum, nam promissio pœnæ non potest operari duo, ut uideatur promisisse factum alienum, & quod efficaciter teneatur ad illud, sicut in simili dicunt Docto. de iuramento in capitulo cum contingat, de iure iurand. & in auth. sacramenta puberum. C. si aduers. uend. de minore iurante, & alia exẽpla ponit Bar. & doc. in l. 2. C. de rescin. uenditione, & ubicunq; est urgens ratio, cõditio obligationis mutatur. l. prætoriæ. §. incertã. de prætoriis. stipulatio. unde solutio tradita diuersificans obligationes dandi & faciendi redditur bona, quoniã rationes diuersitatis allegatæ concludũt pro ea. Ad secundũ de conditione quæ omnẽ conuentionem facit indiuiduã, respondetur eodem modo, quod facit indiuiduas obligationes dandi seu obligationes acquisitiuas, ut in dicta. l. cui fundus. siue promissiuas, ut in dicta leg. 5. §. final. sed non procedit in obligationibus seu conditionibus faciendi, per eandem rationem, quia hæc conditio non debet operari unionem obligationis factorum, ut unus obligetur ad

factum alienum, & propterea ut dicebat Alciat. numer. 32. uidetur inter partes actum ut hæredes non teneantur ad pœnam nisi pro parte sua, & hæc conclusio fortius procederet si duo principales promisissent, quia tunc conditio sui natura efficitur diuidua. l. cui fundus, & lege penultima. de conditio. & demonstrationibus, & l. si plures. C. de condi. insertis, & lege. reos. §. cum in tabulis. ff. de duobus reis.

182 Et sic habes † per istum textum restrictionem ad regulam dictæ legis. cui fundus, & ad regulam dictæ l. secundæ. §. fina. infra eodem, ut non procedant in factis in quibus distinguitur an sint diuidua, uel indiuidua, ut inquit hic glos. in uerbo solum pœnam ne cohæres obligetur ad factum alienum. Ad tertium de dolo, respondetur quod dolus ad non implendam promissionem uel obligationem nõ est indiuiduus sicut nec ipsa obligatio, sed ille dolus qui interuertit rem, & facit ut illa præstari non possit est indiuiduus, & dolum cõmittens & interuertens teneatur insolidum, dicta l. in depositi. & l. si duo, supra deposi. præterea ille tex. loquitur de primordiali obligatione, ut per Bar. infra in secunda & tertia oppositio. nos loquimur de secundaria obligatione ad pœnam.

183 Quare † habes firmatam conclusionem tex. nostri, quod in factis diuiduis pœna cõmittitur contra contrafacientem tantum pro portione sua, quia ad illam partem tantum tenebatur, & non contra omnes pro portione hæreditaria, quia cohæredes adimplendo partem suam dicuntur plene obseruare, & non possunt teneri. fallit in promissionibus dandi, in quibus hæredes obligantur pro hæreditaria portione, fallit quando ex iusta causa lex aliter disponeret. l. iustissime. §. primo. ff. de ædilitio ædicto. & per illum textum, idem etiam esset si statutum hoc disponeret. Bald. in l. prædium, columna fina. C. de ædilitiis actionibus, & Aretin. in l. quinta. §. final. infra eodem. Tertio fallit quando factum est cohærens personæ, quia requiritur eius spetialis industria, quia tunc unus adimplendo cum sua industria tantum non dicitur pro parte adimplere perfecte, argum. dictæ l. si ita fuerit seruis, de Manumiss. testamen. §. primo cum sequentibus. Quarto fallit in promissione de parendo sententiæ fauore litium minuendarum, ut in dicta l. quinta. §. final. in secundo exemplo, & per Bar. infra in secunda quæstione, & hic per Ias.

184 Duodecimo † notandum est ex isto text. quod stipulatio, amplius non agi, dicitur esse diuidua omni respectu, in quo tamen est duplex difficultas, una est, quare hoc sit. Alia est, quomodo & in quibus sit diuidua. circa primam gloss. hic dicebat spetiale esse in ea, quod est refugium miserorum. tres alias rationes adduxit Iason. supra in tertia quæstione, quas ipse tanquam imperfectas non tenet, & ipse adducit tertiam, quia in ea non potest refricari inconueniens. §. pro parte, quod etiam nihil est, ut statim dicetur. Aliam adduxit Soccin. hic, quod in factis indiuiduis cohæres potest pro parte sua perfecte adimplere. unde remanet, quod contrafaciens solum priuat stipulatorem commoditate suæ tertiæ partis, ideo non potest teneri nisi ad partem, item & alia, quia in eis lex diuisit obligationem, quæ omnes rationes sunt ueræ sed non complent intentionem, ex eo quia adhuc stat dubitatio, quare est quod in eis cohæres possit perfecte pro parte adimplere & non in aliis, & quare præstant utilitatem in parte sicut in toto.

185 Ideo † Cumanus hic, ut refert Soccin. in septimo nota. in fin. dicebat rationem esse, quia quædam sunt facta uisibilia, & quædam inuisibilia. facta uisibilia sunt, per te non fieri, operam facere, & alia similia, quia uidentur homines facere, & ista dicuntur esse indiuidua, quia actualiter diuidi non possunt, & intellectualiter non diuiduntur, facta inuisibilia sunt, amplius non agi, & rem ratam haberi, quia ipsum factum agendi, & ratificandi non uidetur, licet uideatur libellus dari, & acta fieri, & ista dicuntur esse diuidua, quia intellectualiter diuidi possunt, & sunt iuris, & lex diuidit ea quæ sunt iuris tantum per partes intellectuales, & inuisibiles, non autem diuidit per partes discretas inuisibiles, quia per partes intellectuales fit diuisio uniformis ut hic latius refert Soccinus & sequitur, qui postea per eam conatur reducere ad concordiam multa iura, sed tu dicas quod hæc ratio cum tota opinione Cuman. fuit inuisibilis & non perceptibilis per intellectum, & demonstrauit quod ipse neque Doctor. fuere resoluti a quo principio debeREmus assumere cognitionem quando facta sunt diuidua uel indiuidua, & ipse omnia sua præsupposita falsa facit.

186 † Nam primo præsupponit, quod facta sint uisibilia aliquando, quod est falsum, quia nullum factum in mundo est uisibile neque tangibile, sed omnia facta sunt incorporalia, & bene uidentur homines facientes, sed ipsa facta non uidentur, unde operæ seruorum & rusticorum non uidentur licet operantes uideantur. lege prima. de oper. libertorum, & l. libertus. §. operarum. eodem titulo. & homo loquens & legens uidetur, sed loqutio, & lectio non uidetur, & homo impediens ire & agere uidetur, sed ipsum factum impediendi non uidetur, ut plene dixi in lege prima super quæstione an possessio sit iuris uel facti. ff. de acqui. possess. & in tracta. meo de differentia, & multiplici signi. iuris & facti.

187 Secundo † ipse præsupponit quod res corporales non recipiant diuisionem intellectualem, quod penitus falsum est, cum facilior sit quam actualis, & non corumpat spetiem, ut patet in fratribus uel sociis habentibus bona communia, & in testatoribus instituentibus hæredes pro parte hæreditatis, uel legantibus res pro parte.

188 Tertium quoq; præsuppositũ est falsum, quod res incorporales recipiant diuisionem intellectualem, nam licet hoc aptitudine naturæ & secundum philosophiam permittatur, & etiam aliquando secundũ legem, tamẽ quando tractatur de præiudicio alterius, tunc nec etiam res incorporales diuiduæ dicuntur quando non habent aptitudinem ad diuisionem

sionem actualem, quoniam tunc non possunt partes habere aliquam utilitatem ex tali diuisione, ut plene dixi in præcedentibus præmissis in secunda quæstione, quando dedi theoricam, an res omnes de mundo diuidi, uel quomodo diuidi possunt.

189 Propterea † reiectis aliis rationibus, dicas stipulationem, amplius non agi, esse diuiduam ex generali theorica posita supra in quinto præmisso, & sæpius repetita, quod quando facta exercentur circa res existentes in rerum natura tunc efficiuntur accessoria ipsarum rerum, & ab eis regulantur sicut apparet in datione, & ideo dicuntur diuidua uel indiuidua secundum naturam ipsarum rerum quibus adhærent. argumen. l. stipulationes non diuiduntur, infra eodem, & cum stipulatio, amplius non agi, contineat factum exercendum circa rem existẽtem in rerum natura, ideo iudicatur diuidua uel indiuidua secundum naturam rei cui accedit, & in tex. nostro intelligitur quod facta fuit de re existente in rerum natura, & diuidua, ut statim declarabitur.

190 Vnde † secunda est dubitatio, quomodo hæc stipulatio sit diuidua, & omnes conueniunt quod si fuit apposita super negotio pecuniario omnimodo sit diuidua, tum quia pecunia est omni respectu diuidua, tum quia in ea per solutionem pœnæ non possumus deuenire ad inconueniens. l. in executione. §. pro parte. infra eo. similiter conueniunt Do-

* cto. communiter quod si stipulatio, amplius non agi, apponatur super seruitute uel alia re indiuidua, ut est uenditio, tunc sit indiuidua propter naturam rei cui accedit, & licet Petrus teneret quod etiam hoc casu esset diuidua, Bartol. eum reprehendit, uolens quod imo sit indiuidua, excepto uno casu infra in quinta quæstione, sed ego ibi dixi, quod imo semper est indiuidua, tamen ex alio ibi cõclusi quod nunquam pœna committatur contra cohæredes, & ibi ampliaui etiam istum textum, quando non esset agendum ad rem indiuiduam ut ibi late dixi, per l. si per imprudentiam. ff. de euictionibus, & infra etiam tangam in ultimo no.

191 Solum autem † est difficultas, quando stipulatio, amplius non agi, est facta de certa spetie, ut non agere ad domum uel fundum & aliam rem similem, & Barto. infra tenet quod tunc efficiatur indiuidua solutione, ex eo quia duobus cohæredibus obseruantibus stipulator habet partem eorum qui liberati sunt, præstando illam partem, sed si unus agat & impediat stipulatorem habere rem, consequetur per actionem pœnalem pecuniam, & ita habebit solutionem in diuersis rebus, & militabit inconueniens dictæ l. in executione. §. pro parte. ideo restringebat hanc stipulationem, amplius non agi, & illam, rem ratam haberi, ad negotium pecuniarium, & uolebat quod si fierent tales stipulationes super rebus uel super aliis spetiebus, quod dicerentur indiuiduæ solutione, sicut dicitur de obligatione rem restitui uel rem tradi, quæ tamen restrictio licet per aliquos teneatur qui melius dicere non ualent, tamen plærisque displicet, quia est uiolare istum textum, & contra generalitatem ipsius, & licet Soccin. conetur confirmare per simile de pœna, ut ipse dixit in primo not. eius defensio non est bona, cum præsuppositum eius sit falsum, ut dixi ibidem.

Vnde secunda datur solutio, quod inconueniens. §. pro parte, non habet locum in hac stipulatione neque etiam, rem ratam haberi, quoniam implicant clausulam de non mouendo controuersiam, & pactum de non petendo, ut probatur in hoc text. in. uersi. uideamus. in fin. ubi spetialiter notabo, & ipse stipulator potest uirtute pacti facere quod contraueniens non possit obtinere partem quam petit se recte defendendo, & ideo ipse habebit semper solutionem in eadem re, & si ipse per negligentiam nesciet se defendere, & permittat eum habere illam partem, sibi debet imputare, quia consequitur pecuniam ex culpa sua, & aliud pro alio uolenti creditori solui potest. lege secunda. §. mutui datio. ff. si cer. pet. & est bona responsio.

192 Secunda † etiam generalior datur, faciendo regulam, quod in stipulationibus negatiuis non habet locum dictus. §. pro parte, sed solum loquitur in obligationibus affirmatiuis, in quibus cohæredes tenentur dare uel facere, & licet aliqui reprehendant ut infra suo loco dicetur, tamen ego puto eam omnino ueram, ex eo quia in istis stipulationibus negatiuis stipulatores reperiuntur in possessione, & tractant de retinendo rem ipsam, & quando hæredes promissoris non obseruant dicuntur auuocare rem, & quando tractamus de auuocatione non consideratur illa ratio quod fiat solutio in diuersis rebus, quia tunc non est solutio sed est auuocatio, & non uerificantur uerba posita in dicto. §. pro parte qui loquitur de solutione, ut non possit fieri solutio in diuersis rebus, non autẽ loquitur de auuocatione, & cum ille text. sit exorbitans inducens nouum modum faciendi rem indiuiduam, debet procedere in terminis suis solutionis, non autem in terminis auuocationis, & erit generalis regula, quod quando agitur de auuocatione non consideratur inconueniens. §. pro parte, neque propter illud res diuidua efficietur indiuidua, unde remanebit quod istæ duæ stipulationes cum multis similibus erunt generaliter diuiduæ, siue apponantur negotio pecuniario, siue aliis spetiebus uel rebus corporalibus, dummodo non apponantur rebus sui natura indiuiduis, ut in seruitutibus, & aliis rebus similibus.

193 Contra quam † conclusionem adhuc instabat hic Soccin. quia stipulatio, rem ratam haberi, est affirmatiua & requirit factum affirmatiuum. l. quo cum. §. primo. infra rem ratam habe. & tamen esset diuidua, & obstaret dictus. §. pro parte, nec consideratio supra posita uidetur probabilis, quod in iis stipulationibus tractetur de retinendo, seu conseruando rem, per præcedentem conuentionem habitam, & non uideantur conuenire termini dicti. §. pro parte, quia imo in effectu conuenire uidentur, quoniam ille cogitauit se habiturum totam rem non partem rei, ne incideret in communionem. argument. l. si non sortem. §. si centum. ff. de condictione indebiti, & l. si quis aliam. infra de solu.

& in stipulatione de defendendo etiam agatur de confirmatione & retentione ne res euincatur, & tamen est indiuidua, quod nõ est ex alia causa, nisi propter illud inconueniens l. cum ex causa. infra eodem, ipse tamen met Soccin. a prima obiectione saluat, dicens quod dicta stipulatio, rem ratam haberi, habet inclusam negatiuam, scilicet controuersiam non moueri. argum. l. stipulatio ista. §. sed quatenus. infra eodem, & est bona responsio, dummodo intelligas non mouere controuersiam ad rem ipsam, non respiciendo personam stipulatoris, quia tunc efficeretur indiuidua propter personam quæ est indiuidua, & contineret factum indiuiduum, ut infra dicam in alio notabili. item etiam dummodo non respiciat ipsum contractum, quia contractus ipse est indiuiduus ex intentione contrahentium qui uolunt eum etiam in omni sui parte obseruari, ut probatur in dicta l. cum ex causa. infra eodem, & quod contineat clausulam, non moueri controuersiam, probatur ex isto text. qui uult quod quis dicatur contrauenire stipulationi, rem ratam haberi, petendo rem ipsam, & sic per factum affirmatiuum, & si ipsa esset affirmatiua non posset contraueniri per factum affirmatiuum, & ideo opportet quod uirtualiter contineat clausulam negatiuam de non mouendo controuersiam, seu quod in dicta re non debeat molestari, quoniam finis stipulatoris est quod ratificetur actus ut perpetuo duret & res apud ipsum remaneat. Nec obstat quod etiam in restituendo uideatur cogitasse ne fiat solutio in diuersis rebus ne incidat in communionem, quia dato quod esset uerum, tamen semper habet exceptionem, per quam potest defendere ne illa pars a se auferratur, & cum postea recte non se defendat, ex culpa sua consequitur illud damnum, & ideo sibi debet imputari. lege quod alicui. de reg. iur. in 6.

194 Iterum † tamen contra dictam solutionem opponebat hic Marianus numero 54. quia uidetur quod stipulatio, amplius non agi, sit affirmatiua, cum quoddam affirmatiuum contineat, & breui manu uidetur soluere & ille acceptare. l. licet. §. quotiens. ff. de donatio. inter uirum & uxorem, & l. si quis obligatione. ubi gloss. de regul. iur. & idem in obligatione de rato. l. ratum. infra de solutionibus, & Corneus in consilio 247. incip. quidam. columna 4. lib. quarto. item facit secundum eum lex si procurator infra rem ratam haberi. ergo iste text. loquitur de factis affirmatiuis, & per consequens militat dictus. §. pro parte, & solutio communis non uidetur uera. sed defendendo eam responderi potest, fatendo quod habeant dictæ stipulationes quid affirmatiuum, quoniam concipiuntur ex diuersis clausulis ut dictum fuit in dicto. §. item si in facto, sed præualet negatiua, & continet in effectu promissionem facti negatiui, sicut accidit in illa stipulatione, tibi licere ire agere, cum clausula, per te non fieri, & in illa stipulatione, tibi licere habere rem, cum clausula, per te non fieri quominus liceat habere, & in illa stipulatione, dolum malum abesse, cum clausula, per ipsum non adhiberi dolum, ut plene declaraui in d. §. item si in facto.

Et propterea remanet firma prædicta conclusio quod stipulatio, amplius non agi, dicitur esse diuidua, siue apponatur in negotio pecuniario siue in negotio pertinente ad aliquam spetiem corporalem ut domum uel fundum, dummodo uerba referantur ad ipsam rem non ad contractus uel personam, & idem erit etiam in stipulatione, rem ratam haberi, ut in alio notabili sequentis partis declarabitur.

195 Aliam † tamen responsionem dabant alii, quod text. in dicto. §. pro parte, non habet locum in obligationibus faciendi, sed solum procedit in obligationibus dandi prout uerba demonstrant, & in obligationibus faciendi est dispensatum quod possit fieri solutio in diuersis rebus, & sic restringitur ad obligationem dandi, secundum Ruy. hic, qui uoluit in obligationibus faciendi dictum inconueniens nõ attendi, per rationem positam hic per glo. quia facilius quis potest dare quam facere pro alio, quæ tamen restrictio non tenetur communiter, neque uidetur bona, & est uiolare dictum. §. pro parte, ac ratio de faciendo difficilius non uidetur concludere, quoniam cum æquali difficultate quis impeditur dare rem alienam uel partem rei alienæ, item quis cum eadem facilitate potest pro alio facere quam dare, imo facilius operarius potest dare operam quam pecuniam. l. si ita fuit seruis. ff. de Manumiss. testam. & adimplementum unius prodest alii, ut infra dicetur in secunda quæstione Bartol. Hæc tamen responsio non est generalis, quoniam procedit tantum quando factum potest expediri per operam cuiuscunque æque bene sicut per debitorem, sed ubicunque non potest æque bene expediri per factum aliorum, sed requiritur omnimoda operatio debitoris, & tunc responsio Ruyn. uidetur procedere, quia difficilius est facere quam dare, quod procedit in istis stipulationibus, cum in stipulatione, rem ratam haberi, requiratur omnimodo factum domini in ratificando, & nullus alius potest ratificare, ut prosit, sicut facit ratificatio domini, & idem in stipulatione, amplius non agi, cum non possit unus obseruans cum tota sua operatione facere quod alter obseruet, & non agat si sibi placet agere, nisi dicamus, quod tunc per leg. fuit dispositum quod hoc factum efficiatur indiuiduum solutione, quoniam non reperitur dispensatum in dictis factis, æqua tamen est multum opinio, & responsio Ruy.

Alias responsiones ad dictum. §. pro parte, ponebat hic Marian. numero. 55. & uidetur stare in illa, quod loquatur de obligationibus dandi non faciẽdi, & concordabat cum Ruy. quia ille tex. loquitur in obligatione generis, quod reincidit in idem, tamen obstat multum illud quod habetur de stipulatione rem tradi, in qua secundum omnes militat ratio dicti. §. pro parte, ut per Bartol. infra in secunda oppositione, nisi dicas, quod illa stipulatio est sui natura indiuidua obligatione, non propter solum inconueniens ut dicebat Bartol. in dicta lege stipulationes. infra eodem, in octaua oppositione, tamen eius opinio est dubitabilis ualde, ut dicam in dicta secunda, oppositione. Vnde secunda responsio supra tradita iuncta cum prima melior uidetur, &

subiecta

subiecta minoribus obiectionibus. Aliam quoque solutionem tu potes ultra alios addere, & dicere quod dictus §.pro parte, habet locum quando solutio diuersæ rei fieret, ex primitiua obligatione seu ex obligatione prouenienté ab eadem stipulatione, ut est interesse & factum promissum, secus quando alia res soluitur ex diuersa stipulatione, ut est pœna quæ semper requirit nouam stipulationem, ut dictum fuit in quarto.no. maxime, quia nouat præcedentem obligationem. l. ita stipulatus.in fi. infra eodem, nisi sit apposita clausula, rato manente pacto, & conditio pœnalis non facit indiuiduam promissionem in factis, ut dictum fuit in præcedenti notabili, unde tacite uidetur esse actum, ut possit fieri solutio in diuersis rebus. secunda tamen iuncta primæ magis generalis uidetur.

196 Sequitur † uers. uideamus, in quo Paulus tradit tres suppletiones ad dictum Catonis, unam de stipulatione, rem ratam haberi, aliam in hæredibus promissoris. Aliam in hæredibus stipulatoris, quartam in principalibus, determinando quòd stipulatio, rem ratam haberi, sit sempre diuidua in hæredibus promissoris ut solus contrafaciens teneatur, & in hæredibus stipulatoris, ut solus impeditus possit agere, sed in ipsis principalibus dicitur esse indiuidua, & hic est communis intellectus & uerus, licet Alcia. supra conaretur probare quod imò hæres teneatur insolidum, & hæres stipulatoris agere possit ad solidum, quod tamen ipse non probauit, & falsam esse eius opinionem in omnibus demonstraui.

197 Vnde † decimotertio notandum est ex. §. uideamus, quod stipulatio, rem ratam haberi, in ipsis principalibus dicitur esse indiuidua, quantuncunque sui natura sit diuidua, & ideo principalis promissor tenetur totam ratificationem facere, & si in minima parte non faciat incidit in integram pœnam, quia nihil fecisse uidetur, & est ratio, quia obligatio non diuiditur in uno principali, & solum lex duodecim tabularum diuisit eam in hæredibus quando multiplicantur personæ, in una uero persona nõ reperitur quod lex diuiserit obligationem, ideo succedit, quod non tantum procedit in hac stipulatione sed in omnibus aliis stipulationibus factorum diuiduis, & etiam in stipulationibus certæ pecuniæ uel certarum specierum, etiam quod non sit apposita stipulatio pœnalis, nam promissor pecuniæ tenetur soluere totam quantitatem promissam usque ad unum numun, & uno deficiente non liberatur à parte soluta. l. quidam estimauerunt. ff. si cert. petatur. l. tutor. §. Lutius. ff. de usuris, & quotidie practica obseruat, quia creditor dicit, nolo partem pecuniæ sed uolo quod integram eam mihi soluas, & licet offerat debitor, tamen non liberatur, ut not. in dicta l. quidam estimauerunt, per illam rationem, quod in ipso principali omnis obligatio est indiuidua, & fortius procedit quando est apposita pœna, quia tunc conditio sui natura indiuidua facit ipsam stipulationem indiuiduam, dicta l. quinta. §. fi. infra eodẽ. & l. hæredes. §. idem iuris. ff. familiæ herciscundæ, fallit tamen quando ipse creditor acceptauit partem, quia tunc uidetur acceptando renuntiasse huic iuri, & uoluisse debitorem liberari a parte sortis, & etiam a parte pœnæ, quod potuit facere per l. si quis in conscribendo. C. de pactis. Secundo fallit quando una pars esset certa & alia esset dubia & probabilior negata, quia tunc debitor soluendo partem certam potest liberari saltem ope exceptionis, ut nota. in dicta l. quidam estimauerunt. Tertio fallit quando esset facta diuisio in ipso contractu, ut annua, bimma trima die solueret, quia tũc seruaretur conuẽtio. Quarto fallit quando essent plures rei debendi, quia tunc in dubio uidetur inter ipsos promissores diuisa pecunia ut teneantur pro parte. l. reos. §. cum in tabulis. ff. de duobus reis. Alias etiam limitationes poteris dare positas in dicta l. quidam estimauerunt, & in dicta l. tutor. §. Lutius, ut nisi sint plura debita, uel nisi fauore tributorum, ut ibi per Bar. & quod dicitur de uno principali procederet etiam in unico hærede, quia cum esset solus, nec etiam per legem duodecim tabularum diuiditur obligatio.

198 Dubium † tamen est, quid si debitor principalis solueret partem pecuniæ, & postea quia non solueret aliam partem incideret in integram pœnam, uel pro parte ratam haberet & pro parte non, an possit consequi integram pœnam & partem ipsius rei, tamen communiter * docto. concludunt, quod in illo casu stipulator tenebitur partem facti uel pecuniæ imputare in ipsam pœnam l. rescriptum. §. si pacto. ff. de pactis, cum similibus, ut glo. in l. in executione. §. penul. in uerbo prodest, infra eodem, dicit quod ad hoc ut stipulator possit consequi totam pœnam est necesse quod restituat solutum, uel in pœnam compenset, & idem etiam tenet Paulus de Castro hic in ultima col. & Ale. in secunda. col. & alii Mod.

Alcia. tamen hic nu. 60. uidetur contrariam opinionem approbare, & dicit quod stipulatio, amplius non agi, proprie intelligitur de actione personali non autem reali, l. actio. supra ti. primo, & in actione personali habet duos effectus, unus est, quia facit actionem promissori competere ipso iure. l. si unus. §. pactus. ff. de pact. & etiam in totum si hoc actum est, Secundus est, quod obligat promissorem ad non monendam cõtrouersiam. l. ubi pactum. C. de transf. & in primo effectu pœna nihil operatur, quia actio extincta est, & in secundo effectu incidit in pœnam, quia contrauenit, tamen non poterit agere, quia actio est extincta. dicta l. ubi pactum, & in tali casu non procedit dictus §. pro parte, & idem est in stipulatione, rem ratam haberi, quia promissor dicitur ratum habere, ut dicam in ultimo no. sed si stipulatio, amplius non agi, interponeretur super actione reali, tunc non extingueretur actio ipso iure, etiam si agatur, quia per promissorem etiam re existente pœnes stipulatorem nõ transfertur dominium rei meæ, gl. in l. stipulatio ista. in principio, in uerbo successores, infra eodem. & facit l. si pro fundo. C. de transactionibus. unde in tali casu stipulatio amplius non agi, non impediret rei uendicationem competentem ipso iure debitori, ideo tali casu posset procedere communis opinio, ut hic latius per eum nu. 61.

Quæ sua consideratio potest procedere in dictis stipulationibus, sed quoniam ego posui notabile ge-

nerale, quod in omnibus promissionibus dandi stipulatio in principalibus est indiuidua, tunc dubitatio potest procedere secundum doct. tamen tu dicas, quod in stipulationibus dandi nec etiam erit opus dubitare, ex eo quia si debitor soluit partem & creditor acceptauit scienter liberauit eum a parte sortis & pœnæ, & non potest amplius exigere integram pœnam, si uero creditor noluit acceptare, & tunc res soluta remansit debitoris, non est opus dicere quod stipulator teneatur imputare in pœnam, quia res non est sibi acquisita, & debitor semper eam poterit habere, & creditor integram pœnam poterit exigere.

199 Decimo quarto † notandum est ex isto tex. quod in factis diuiduis si unus hæres stipulatoris impediatur ille solus agit ad partem pœnæ non autem ad integram pœnam, & ratio est eadem, quia diuisa fuit obligatio ab utraque parte. l. pro hæreditariis. C. de hæreditariis actionibus, & cum promissor satisfecerit aliis cohæredibus liberatus fuit ab illis partibus, & solum remanet debitor illius pro parte sortis & pœnæ, ideo si contraueniat ei competit actio ad partem pœnæ, sicut & etiam competeret ad partem sortis, quia in plus non interest eius, & si ageret sine actione ageret & idem procedit etiam in stipulatione, amplius non agi, & in quibuscunq; aliis stipulationibus diuiduis, unde in hac quoque parte suppletur dictum Catonis, quod loquebatur tantum modo de hæredibus promissoris, & etiam suppletur tex. in l. 2. §. item si in facto. supra eodem, qui dixit de hæredibus stipulatoris in factis indiuiduis quomodo agere possent, hic uero dicitur de hæredibus stipulatoris in diuiduis quomodo agere possint, & cõiungendo omnes istos §§. remanet decisio plena, quid iuris sit in ipsis principalibus, & quid in hæredibus stipulatoris, & quid in hæredibus promissoris.

200 Per quæ † apparet quod aliquando conditio obligationis mutatur in persona hæredum, cum stipulator semper possit agere insolidum contra promissorem, eius uero hæres potest agere pro parte tantum hæreditaria. Simile est in l. legatariis. de leg. primo. ubi legatarius non potest pro parte acceptare, & tamen hæres eius acceptat legatum, unde contra dicit tex. in l. secunda. §. ex iis. supra eodem, qui dixit quod sicut stipulator insolidum agit, ita etiam eius hæredes, in quo uariæ dantur solutiones, tamen illa est uera, quod mutatur conditio obligationis in hæredibus quando mutantur termini & rationes concedendi naturam, in hoc autem casu ideo stipulator agit insolidum quia obligatio nunquam fuit diuisa in stipulatore, ideo remanet unica & integra, sed in persona hæredum multiplicatæ fuere personæ, ideo mutata fuit ratio indiuiduitatis, unde & etiam conditio obligationis mutatur ex persona hæredum, & hoc patet, quia si sunt plures principales diuiditur obligatio, dicta l. reos. §. cum in tabulis, quia militat ratio diuisionis, & si esset unus hæres tantum, indiuidua remaneret, quia militat eadem ratio indiuiduitatis in dicto uero. §. ex iis, non mutatur conditio obligationis, quia indiuiduitas depen det a natura rei, quæ neque deberi neque peti potest pro parte. l. si libertus. §. operarum. ff. de oper. libertorum, & in persona hæredum remanet eadem natura, & quamuis multiplicentur personæ tamen semper durat ratio indiuiduitatis, & sic apparet quod conditio obligationis mutatur si mutatur natura rei uel ratio præstans illam naturam, & si non mutatur illa ratio neque conditio obligationis mutatur.

201 Decimo quinto † notandum est ibi, ille solus aget a quo fuerit petitum, quod in stipulatione rem ratam haberi, ille dicitur contrauenire qui petit, quod uidetur esse ualde alienum ab eo quod debetur, id est rem ratam haberi, cum uideatur contrauentio apta non ratificando, & non uidetur consistere in agendo, tamen saluatur tex. ex eo quia qui petit ratificationem intendit rem sibi datam uel possessam sine molestia retinere, & uult ratificationem fieri ut ille non possit eum molestare neque de facto neque de iure agendo, taliter quod in effectu agendo dicitur contrauenire, unde sequitur quod ista stipulatio & alia, amplius non agi, implicite continet hanc clausulam, controuersiam non moueri, & effectualiter efficitur stipulatio negatiua cui contrauenitur per factum affirmatiuum, quod etiam communiter tenetur per docto. licet non ponderauerint istum tex. qui hoc modo inductus eam optime probat.

202 Decimo sexto † notandum est ex isto tex. quod in stipulatione rem ratam haberi, solus hæres contrafaciens conueniri potest ad pœnam pro portione sua, concordat tex. in l. inter cohæredes. §. si stipulatus. infra eodem. & rationem adducit Soccin. hic, quia alii cohæredes ratum habendo dicuntur perfecte adimplere, cum ipsi non possint in totum obseruare, quoniam ius proportione alterius cohæredis eis non competit, ratificatio in iure alieno nihil operatur, ideo cum non possint pro parte alterius ratum habere neque incidunt in pœnam l. si uehenda. §. idem iuris. ff. ad l. Rhodiam de iactu, & in hoc differt a principali promissore qui est dominus totius rei & in totum potest ratificare, nimirum si incidet in integram pœnam, & est ratio concludens. Alia quoque assignatur in text. quia stipulator cum habeat factum plenum aliorum non priuatur commoditate nisi illius tertiæ partis. Item tertia est ratio, quia obligatio diuisa fuit in persona hæredum tam pœnæ quam facti, & ideo stipulator non potest ab illo cohærede agere nisi ad partem facti, ergo nec etiam potest agere nisi ad partem pœnæ, quia in plus non tenetur, & ageret sine actione, & ita tenent docto. communiter.

203 Sed contra † dictam conclusionem ita firmatam adducebat Alc. hic quinque in ultimo notab. numero. 55. & primo quia hoc modo uariatur obligatio de persona testatoris ad hæredes, cum principalis insolidum teneatur ut dictum fuit, & hæredes teneantur pro parte, doct. hic cõmuniter respondent, quod regula posita in d. §. ex iis, non habet locum in obligatione diuidua, sed Alci. reprehendit, quia imo illa

illa regula procedit generaliter, nec est restringenda ad casum in l. positum, per doctr. Bar. in l. regula. §. primo. ff. de iur. & facti ignorantia, ideo ipse respondet illud euenire ex præsumpta uoluntate contrahentium qui possunt facere actum diuiduũ uel indiuiduum ex eorum arbitrio, ut declarat Bar. in l. græce §. illud. infra de fideiussori. sed stipulator apponendo pœnam conditionaliter promissori uidetur egisse ut in totum pœna committeretur si ipse contra faceret, & in hæredibus quod teneatur pro parte hæreditaria, sed hæc ratio parum ualet, quia de tali præsumpta uoluntate contrahentium imo est credendum quod uoluerit stipulator in hæredibus æqualiter sibi prouidere cum hæredibus sicut cum stipulatore, ideo danda est solutio quam statim posui in hæredibus stipulatoris, quod tunc mutatur conditio obligationis in persona hæredũ quando mutantur termini uel causa inducendi illam conditionem, & quod dictum fuit ibi de hæredibus stipulatoris procedit etiam in hæredibus promissoris, ex quo sequitur secundum Ias. hic, quod grauius reputatur à lege si principalis fallit fidem propriam, quam si eius hæredes fallant, recte tamen considerando non est grauius in principali, quoniam hæredes simul iuncti repræsentant ipsum principalem, & in idem tenentur ad quod tenetur ipse principalis, secundo infert in practica, nũquid pœna legis si quis maior. C. de transactionibus habeat locum in hæredibus, & uidetur per istum tex. quod non, tamen dicendum est ut ibi plene no. ubi etiam ego dixi.

204 Secundo † contra dictam conclusionem opponitur, quia uidetur non esse necessarium quod deueniatur ad exactionem pœnæ, ex eo quia quando quis promittit ratificare, tacite uidetur ratificare, unde uidetur obseruasse, ut est tex. in l. si procuratorem absentem. cum glo. ff. de procuratoribus. Bal. in l. 1. in ultima oppositione. C. de procuratoribus. Areti. in cons. 100. In causa istarum Ioãnes And. in additionibus speculi in tit. de obligationibus. in principio. facit lex Paulus respondet per procuratorem. ff. de acq. hæred. & cum adimpleuerit non potest amplius incurrere in pœnam, arg. l. si quis hæredem. C. de insti. & substitutionibus, sed respondet Alcia. quod propter promissionem pœnæ uidentur contrahentes egisse ut ratificatio occularis & apparens fiat, & non sufficiat ratificatio illa tacita, ita quod obtenta illa ocularis habebit duas ratificationes & tacitam & expressam, uel forsan tunc cessabit tacita, quia expressum facit cessare tacitum. l. fin. C. de pactis conuentis, & satis potest procedere.

205 Tertio † opponit Alcia. quia uidetur quod hæc stipulatio, rem ratam haberi, debeat iudicari indiuidua saltem solutione, quia potest euenire inconueniens. l. in executione. §. pro parte. infra eodem, sed respondet ipse fatendo contrarium, quod tali casu stipulatio esset indiuidua, & ideo restringitur iste tex. ad ratificationem super negotio pecuniario, ut per Barto. in l. stipulationes non diuiduntur. in tertia quæstione. infra eodem. & uidetur sequi hic Alcia. respondendo contrariis, sed tamen negari potest quod efficiatur indiuidua, quoniam inconueniens. §. pro parte, non habet locum in stipulationibus negatiuis, & in specie in istis duabus, in quibus est implicitum pactum de non petendo, & clausula de non mouendo controuersiam, cum quibus stipulator potest semper obtinere integram rem, item supra dictum fuit quod dictus. §. pro parte, non habet locum quando tractatur de auuocando ab ipso stipulatore, sed solum procedit quando tractatur de satis faciendo ipsi stipulatori per affirmatiuam stipulationem, & ideo non obstat.

206 Quarto † contra dictam conclusionem instatur per eundem Alcia. quia imo uidetur quod hæc stipulatio sit indiuidua, quod probatur, quia in ea est implicita clausula de non mouendo controuersiam, ut statim dictum fuit, & in alio notabili præcedenti, ergo habet eandem naturam cum stipulatione, habere licere, quæ similem continet clausulam de non mouendo controuersiam. l. stipulatio ista, §. sed quatenus. infra eodem. sed stipulatio habere licere est indiuidua. l. 3. ubi diximus, supra eodem. ergo etiam & hæc stipulatio rem ratam haberi. Angelus & Soci. in dicta l. 3. dicunt quod stipulatio habere licere, est diuidua & indiuidua secundum naturam rei super qua interponitur, arg. no. per Bar. infra in quinta quæstione, & sequitur Raphael. Cumanus hic. Sed Alcia. reprehendit, quia nimis restringit dictam l. idem iuris, aliam quoque refert solutionem quam etiam reprehendit. Vnde ipse dat tertiam solutionem, quod de natura stipulationis habere licere, est ut interponatur super contractu emptionis & uenditionis, & probatur in l. habere. infra de uerborum significatione, & l. habere licere rem. ff. de euictionibus. Vnde ideo est indiuidua quia uenditionis indiuisa natura est, nec est uerisimile quod emptor partem emisset. l. aliam. ff. de solutionibus, & probatur in l. cum ex causa. infra eodem, sed & etiam ista non est tenenda, quia nimis restringit stipulationem habere licere, cum ipsa posit per se fieri, atque etiam apponi in omnibus aliis contractibus, & non est aliqua ratio diuersitatis quare magis uenditio sit indiuidua quam sit contractus transactionis & omnes alii contractus correspetiui. l. si non sortem. §. si centum. ff. de condictio. indebi.

207 Ideo tu † teneas primam solutionem, quod stipulatio habere licere, est diuidua quando apponitur super re diuidua, nam cum illud factum ueniat exercendum super re existente in rerum natura, sequitur quod regulatur a natura ipsius rei, secundum theoricam supra traditam in præmissis in quinta quæstione, nec obstat dicta l. idem iuris. supra eodem. quia & ibi potuisset esse diuidua ex sui natura, tamen effecta fuit indiuidua, quoniam apposita fit clausula, per te non fieri quo minus liceat habere, quæ indiuidua est, ideo ibi dixi quod in dictis iuribus tractatur de tribus stipulationibus factis cum duplici clausula, una affirmatiua, ut licere ire agere, & habere licere, & dolum malum abesse, alia negatiua pro confirmatione, ut per te non fieri quo minus ire liceat, & per te non fieri quo minus habere liceat, & per non adhiberi dolum. Vnde licet ipse stipulationes in conceptione affirmatiua posint esse diuiduæ respectu

rei cui apponantur, tamen propter aliam clausulam adiunctam negatiuam efficiuntur indiuiduæ, quia uerba, per te non fieri quo minus liceat ire uel liceat habere, respiciunt personam quæ indiuidua est, ut cui pro parte non potest obseruari, & ibidem diximus & probatur in hoc text. in §. differentiæ, ex quo sequitur quod si super stipulatione, amplius non agere, esset apposita alia clausula, & promisit non molestare ipsum stipulatorem, propter hanc adiunctam efficeretur indiuidua, & idem si haberetur, per te non fieri quo minus ratihabitio non sequatur, & ipsa propter adiunctum efficeretur indiuidua. Quare sequitur quod obiectio non stringit, quia datis paribus terminis omnes istæ stipulationes quatenus uerba referuntur ad ipsam rem dicuntur esse diuiduæ, quatenus uero per clausulas alias referuntur ad personam uel ad aliud indiuiduum efficiuntur indiuiduæ.

208 Quinto † etiam opponebat idem Alcia. quia imo uidetur quod hæc stipulatio rem ratam haberi, sit indiuidua, quia habet eandem naturam cum stipulatione de defendendo quæ indiuidua est, ut dicit tex. in l. in executione. §. insolidum, & dicta l. cum ex causa. infra eodem. respondent aliqui quod stipulatio de defendendo ideo est indiuidua quia posset resultare inconueniens dicti. §. pro parte. Vnde infertur, quod si unus ex hæredibus promissoris moueret controuersiam, sicut stipulatio amplius non agi remanet diuidua quia potest repelli ope exceptionis, ita & stipulatio de defendendo. Alcia. uero dicit rationem esse, quia uenditio est indiuidua, & defensio respicit uenditionem, ut dicit text. in dicta l. cum ex causa, quæ solutio est nimis particularis, quoniam & in aliis contractibus potest promitti de euictione & defensione, ideo tu respōde quod ibi stipulatio de defendendo efficitur indiuidua quia uerba ipsius diriguntur ad uenditionem in qua solet opponi clausula semper, quod promittit ipsum contractum habere ratum & gratum in omnibus suis partibus & in nullo contrafacere uel uenire, unde cum contractus ipsi efficiantur indiuidui, & promissio de defendendo referatur ad ipsum contractum qui ex intentione contrahentium est effectus indiuiduus, defensio quoque ipsa seu ipsum factum defendendi efficitur indiuiduum.

209 Quare † tu generaliter resoluendo totam materiam cognoscendi quando stipulationes sunt diuiduæ uel indiuiduæ, dicas quod cum in prædictis omnibus stipulationibus & in infinitis aliis similibus factum ueniat exercēdum super re deducta in esse, efficitur accessorium ipsius rei, & ab ea regulatur ut efficiatur diuiduum uel indiuiduum secundum naturam ipsius rei, ut dictum fuit in 5. præmisso, & sæpius repetii, & ideo si apponantur istæ stipulationes super seruitutibus & aliis rebus notorie indiuiduis, omni modo & ipsæ sunt indiuiduæ, si uero apponantur super rebus corporalibus quæ sui natura diuiduæ sunt secundum distinctionem positam in secundo præmisso, & tunc istæ stipulationes omnes dicuntur diuiduæ, quia res ipsa est diuidua, & quando sunt negatiuæ non habet locum inconueniens §. pro parte. fallit autem ubicunque uerba stipulationis diriguntur principaliter ad personam stipulatoris ut ipse non impediatur, quia tunc efficiuntur indiuiduæ, cum persona stipulatoris sit indiuidua, dicta leg. 2. §. item si in facto, ubi hoc dicitur expresse, & ibi etiam declaraui. Secundo fallit quando uerba diriguntur ad ipsum contractum transactionis uenditionis uel quemcunque alium, quia ipsi contractus ex forma concipiendi eos sunt indiuidui ex intentione contrahentium propter illas clausulas ordinarias, totum cum gratum habere & ratum & in omnibus eius partibus & in nullo contrafacere uel uenire, unde cum uerba referuntur ad ipsum contractum factum in stipulatione deductum efficitur indiuiduū, quoniam apponitur super re indiuidua, & sic apparet quod uarietas in modo concipiendi stipulationem facit eam diuiduam uel indiuiduam secundum quod uerba referuntur ad rem diuiduam uel indiuiduam, quæ bene nota, quia per docto. non declarantur, quoniam hæc principia non penetrauerunt.

210 Gloss. in uerbo † certæ pecuniæ, exponit id est pœna promissa, negligendo uerbum pecuniæ, unde uidetur uelle inferre quod pœna possit promitti de pecunia uel quacunque alia re, & sequuntur communiter * docto. per l. litigatores. §. 1. ff. de arbitris. sed Socci. reprehendit, dicens uerbum pecuniæ, cum ministerio positum & capi debere pro pecuniæ numerata, iuxta no. in l. talis scriptura. ff. de leg. primo. unde ipse in primo no. tenuit quod pœna non possit promitti in spetiebus, quia incurreretur inconueniens. §. pro parte, sed ibi ego tenui communem opinionem quod imo pœna potest promitti de omni spetie & de factis, arg. Rubr. & nigri. C. de iis quæ pœnæ nomine, & quia eadem causa militat in omnibus rebus, ut incitetur promissor ad obseruandnm, & subueniatur stipulatori de damno suo, & ad rationem Socci. responsum fuit quod tollitur faciendo obligationem principalem indiuiduam, ut ibi plene.

211 Glo. in uerbo † fecerit, exponit tex. dicens, & sic obligatio cœpit ab hærede, & ideo uidetur præsupponere quod pœna incipiat ab hærede, prout uolebat Alcia. quando esset facta mentio pœnæ, per l. stipulatio ista. §. si quis ita infra. eodem. sed supra reprobaui, quia imo obligatio pœnæ transit ad hæredes titulo hæreditario, & incipit in persona stipulatoris quam hæredes ipsi repræsentant. Vnde intelligi debet glos. quod cœpit obligatio ab hærede, id est ipse hæres fuit causa quod obligatio pœnalis comittatur, tamen non incepit ab eornm persona, sed transiuit ad eos iure hæreditario.

212 Glo. in uerbo † non fieri, exponit tex. in illo uerbo negatiuo, non fieri, dicens importare stipulationem, per te non fieri, ut illa uerba non fieri & illa per te non fieri sint unum & idem, sed tamen postea opponit, quia in uersi. uideamus, dubitatur an ipsa stipulatio, non fieri, debeat æquiparari illi per te non fieri, ergo diuersæ sunt, quia nullum simile est idem. l. mercis. ff. de uerb. signifi. & l. quod Nerua. ff. depos. sed postea soluit, quod similitudo fit ad illa uerba affirmatiua, iter fieri, quæ differunt, & hanc dicit sibi placere, secundo exponit ut uerbum non fieri,

ri, denotet aliquod particulare, id est non plantare arborem in præiudicium seruitutis, & stipulatio, per te non fieri, denotet facere generaliter aliquod impedimentum seruituti, & differunt tanquam genus & speties, sed hanc non tenet, & stat in prima, postea quærit in quo differat stipulatio, iter fieri, a stipulatione per te non fieri, & respondet quod prima denotat constitutionem seruitutis, secunda per te non fieri, denotat constitutam conseruari & non impediri stipulatorem, taliter quod in effectu concludit in hoc tex. duas fuisse stipulationes, unam affirmatiuam, iter fieri, id est seruitutem constitui, & aliam negatiuam, per te non fieri, & sequuntur communiter Docto. & quia uerbum, fieri, obstat, addit Alex. quod seruitus promissa fuit cum facto implicito cum patientia, & de sternendo iter. sed Ias. reprobauit & Alcia. quia hic non possumus tractare de stipulationibus affirmatiuis neque de seruitutibus, quoniam sumus in materia factorum, ideo Ias. exponebat, iter fieri, id est sternere iter, & non fieri, id est non sternere iter. arg. l. si iter. ff. de seruitutibus, sed Alcia. reprehendit, quia uerbum fieri, non conuenit actui sternendi locum, ideo ipse dicit quod iter fieri est proprium ire, & qui uadit Romam dicitur facere iter Romam, & hanc ego tenui supra, exponendo tamen ut uerbum, iter fieri, denotet stipulationem licere ire agere, quod idem est quod per te iter fieri, sed postea addidi sequendo communem, quod uerbum non fieri, denotat stipulationem, per te non fieri, quæ tamen conceptiones simul iunctæ denotant unam perfectam stipulationem, quia parum prodesset affirmatiua clausula nisi esset addita negatiua cõseruatiua, & hæc opinio confirmatur ex litera pisana quæ tantum modo habet uerba, iter fieri, & in §. differentiæ habet uerba, illam stipulationem per te non fieri, quæ demonstrant unicam fuisse stipulationem, iter fieri & per te nõ fieri, taliter quod in dicto Catonis fit mentio de unica stipulatione indiuidua, quæ est illa, iter fieri & per te non fieri, & de unica stipulatione diuidua, amplius non agi, & redditur tex. multum clarus & sine difficultate, intellige tamen quod uerba, ire licere agere, denotant merum factum & non seruitutem, quoniam hic sumus in materia factorum, si tamen haberemus uerba clara denotantia seruitutem, tunc etiam esset unicum exemplum, quia de seruitute fieret mentio occasionaliter, quoniam propter eam solet apponi illa stipulatio, per te nõ fieri, nec est mirum quod ponatur exẽplum de ea, sicut etiam per Paulum in §. item si in facto, quia hoc erat peculiare iurisconsultorum, ut patet in l. stipulatio ista. §. si quis ita, & in. §. ii qui, & in l. Iulianus, & l. in exequtione. §. quod si stipulatus, cum uiginti aliis similibus, atque aliis infinitis.

213 Gl. in uerbo † factum, mitigat rigorem tex. quod unus puniatur ex facto alterius, quia tollitur rigor, cum omnes habeant regressum ad illum contrauenientem qui fuit causa mali, & bene loquitur, ut supra confirmatum fuit, postea addit pro concordanti tex. in l. de pupillo. §. si plurium, de noui oper. nuntiatione, qui tamen contrariatur, & Bar. pro contrario allegat in quarta oppositione. sed saluat Maria. qui allegat in primo dicto, tu potes aliter saluare, dicendo glo. intellexisse quod ibi pœna committatur, sed uel habeant exceptionem uel repetant ab eo qui edificauit, tamen intellectus non est uerus, & ideo Bar. in dicta quarta oppositione allegat pro contrario, & soluit quod ibi domini non conueniebãtur propter factum defuncti, hic uero conueniebantur propter personam defuncti quam representabant.

214 Glo. in uerbo † diuisione, dicit spetiale esse in stipulatione amplius non agi, quod ipsa sit diuidua, quoniam omnia facta sunt indiuidua. l. 2. supra eodem. quam spetialitatem etiam extendunt ad stipulationem rem ratam haberi, sed ego supra dixi esse generale quod stipulationes factorum sunt indiuiduæ, & quod hic ponantur duo exempla quæ non restringunt regulam. l. damni infecti quidã. ff. de damno infecto. & ad cognoscendum quando fuit diuidua uel indiuidua tradidi theoricam in præmissis, & in spetie in fi. ultimi notabilis, & ideo dic ut ibi. glo. in uerbo agi, notabiliter dicit, quod certi condictio spetialis nascitur ex mutuo rex stipulatione, & est cõmunis * opinio, de qua tamen late per doc. insti. eodem in principio, & in Rub. supra eodem & in l. 1. ubi dixi supra eodem, & habetur in l. certi condictio. ff. si cer. petat.

215 Glo. in uerbo † & si de eo, & in uerbo solum pœnam committere, opponit contra decisionem text. de lege quinta. §. fin. infra eodem. ubi in stipulatione pecuniaria quæ omnino est diuidua pœna insolidum committitur contra omnes hæredes pro hæreditaria portione, soluit ipsa limitando tex. nostrum, ut procedat in stipulationibus faciendi, & dicit quod dictus. §. fi. loquitur in stipulationibus faciendi, & rationem differentiæ assignat, quia facilius unus hæres potest obseruare stipulationem principalem dando pro alio quam faciendo pro alio, aliam etiam assignat, quod ibi obstat exceptio, & in effectu concordat cum isto tex. arg. l. 2. §. item si in facto. supra eodem. sed hanc ultimam reprehendunt omnes, quia uiolat tex. nostrum qui clare ponit suam decisionem, & uiolat etiam tex. in dicto. §. fi. qui etiam clare loquitur, & l. hæredes. §. idem iuris. ff. famil. herciscund. & tex. in dicto. §. item si in facto loquitur de hæredibus stipulatoris in quibus est alia ratio, quam in hæredibus promissoris, ideo cõiter tenetur prima ratio, quam ego late confirmaui supra in notabilibus, & licet aliqua obiiciantur quæ potius in effectu restringerent rationem quam destruerent, potest dici omnia resoluendo, quod hæc fuit ratio impulsiua faciendi has duas decisiones diuersas, ut clarior doctrina daretur, nam cum a communiter accidentibus unus non possit obligari ad factum alienum, & non possit adimplere, & non possit quis facere quod ab alio est fiendum, moti fuere legislatores ad disponendum quod in obligationibus factorum generaliter hæres conueniatur pro sua portione tantum, non considerando quod in aliquibus spetialibus casibus possit, & cum a communiter accidentibus quis possit pro alio dare cum maiori facilitate quam facere, posita fuit regula genera-

lis, quod in obligationibus dandi pœna committatur contra omnes pro hæreditaria portione, non habito respectu quod in aliquibus casibus cùm difficultate quis possit dare pro alio, & cum facilitate facere sicut dare, arg. tex. in l. 1. §. sexus. ff. de postuland. ubi propter Calfurniam improbam mulierem prohibitæ fuere omnes aliæ mulieres honestæ postulare, quamuis cessaret illa ratio, & hoc modo cessabunt omnia contraria.

216 Glo. in uerbo † peccari, præsupponit hic esse uerbum præstari, seu refert aliam literam habere uerbum præstari, & sequuntur quidam mod. hic, tamen litera peccari melior est & tenenda ut supra dixi, quia hic tractatur de stipulationibus negatiuis in quibus contrauentio fit per factum affirmatiuum, unde qui uult contrauenire non potest priuare stipulatorem pro parte utilitatis in factis indiuiduis, sed est necessarium quod uel in totum contraueniat eum priuando, uel in nihilo contraueniat, & sic permittatur, & ideo uerbum peccari, optime, conuenit, & exponitur, peccari nisi insolidum, id est non potest contraueniri nisi insolidum, cum contraueniendo in parte priuet stipulatorem commoditate totius, & uerbum præstari, conuenit stipulationibus affirmatiuis in quibus fit adimplementum solum præstando totam rem. l. secunda. §. ex iis, supra eodem.

217 Glo. in uerbo † sed uideamus, ponit multos intellectus ad istum tex. & causa istorum intellectuũ est, quia est multiplex litera affirmatiua & negatiua, item quia Paulus reuocat in dubium de natura certarum stipulationum an huic uel illi assimilentur, & non exprimit postea de qua fiat similitudo, unde necessario insurgunt tot intellectus quot stipulationes possunt assimilari, reducuntur tamen ad tres modos intelligendi prout ego supra dixi in præmissis huius §. primus est modus intelligendi, quod Paulus reuocet in dubium de natura stipulationum nominatarum a Catone an sit uera earum similitudo per ipsum facta, & diuersitas, non excedendo alias, & diuiditur in multos intellectus propter multas stipulationes, sed iste modus legendi reprobatur ab omnibus, quia non est probabile ut Paulus reuocet totum dictum Catonis in dubium, cum eius authoritatem allegauerit, & potuisset si dubitasset, non allegare, secundus est modus intelligendi, quod reuocet in dubium an stipulationes positæ per Catonem habeant similitudinem, uel dissimilitudinem cum stipulatione rem ratam haberi, quam nouiter addidit Paulus præsupponendo clarum esse in iure quod ipsa sit diuidua, & unus est intellectus quod reuocet in dubium an stipulatio, iter fieri, sit eadem cum stipulatione, per te non fieri, uel potius sit eadem cum stipulatione rem ratam haberi, & respondet non esse idem cum illa, sed esse idem cum stipulatione per te non fieri, quia utraque est indiuidua, uel e contrario quæratur an stipulatio, per te non fieri, sit eadem cum stipulatione, per te non fieri, uel cum illa rem ratam haberi, & eodem modo determinetur non esse idem cum illa rem ratam haberi, quia ipsa est diuidua & illæ duæ sunt indiuiduæ, & hoc si litera est negatiua, sed si est affirmatiua dicit dubitationem dirigendam esse ad stipulationem amplius non agi, ut quæratur an illa sit idem cum alia, per te non fieri, uel potius cum illa, rem ratam haberi, & respõdet idem esse stipulatio, amplius non agi, cum illa rem ratam haberi, quia utraque diuidua est, & aliæ sunt indiuiduæ, & omnes isti intellectus uidentur communiter approbari, quia in effectu reincidunt in unum finem, quod stipulatio amplius non agi, & illa rem ratam haberi, sunt diuiduæ, & illa iter fieri & per te non fieri, sint indiuiduæ, tamen unum obstat huic modo intelligendi, quia præsupponit Paulum habere pro firmo stipulationem rem ratam haberi, quod non bene probatur, atque etiam quod reuocet in dubium naturam stipulationum, positarum a Catone, & decisionem suam, quod non uidetur probabile, cum eius authoritatem tanquam ueram allegauerit.

218 Vnde † tertius est modus intelligendi, quod præsupponatur pro firma tota decisio Catonis, & solum dubitatio fiat de natura stipulationis, rem ratam haberi, an sit diuidua uel indiuidua, & quomodo in ea debeat committi pœna contra hæredes & in persona hæredum, & ideo quærit Paulus an ipsa stipulatio rem ratam haberi, sit eadem cum stipulatione, per te non fieri, uel potius sit eadem cum stipulatione, amplius non agi, & respondet non esse idem cum stipulatione per te non fieri quæ indiuidua est, sed esse idem quod in stipulatione, amplius non agi, quia diuidua est, & si habes literam affirmatiuam, quæstio formetur an sit idem cum stipulatione amplius non agi, uel potius cum stipulatione, per te non fieri, & respondet esse idem cum stipulatione, amplius non agi, quia utraque est diuidua, & probat postea per literam sequentem quæ clara est & iste modus intelligendi est magis probabilis, tamen ei obstat structura literæ in uerbo quod, & ibi debes facere punctum, & referre illam stipulationem Catonis ad quam fit similitudo, & post uerbum uideamus, debes assumere, quia uerba illa in stipulatione rem ratam haberi, & omnia erunt plana, quicunque tamen intellectus teneatur, & quæcunque sit litera non inter est, dummodo tu per eos concludas semper quod illæ duæ amplius non agi, & rem ratam haberi, sint diuiduæ & assimilentur, & illæ duæ, iter fieri & per te non fieri, sint indiuiduæ & assimilentur, & cum habes effectum non debes curare de modo. l. Gallus. §. si eius. ff. de lib. & posthum.

219 Glo. in uerbo † non potest, opponit primo contra text. de lege si procurator. infra rem ratam haberi, ubi in persona principalis committitur pœna pro parte tantum, quod est contra ultima uerba Pauli, una solutio est quod ibi pœna non erat apposita, ideo non committitur, sed solum committitur obligatio ad partem interesse, quia in plus non interest, sicut in simili dicitur de hærede stipulatoris in dicta leg. secunda. §. item si in facto, & ita habes unam limitationem ad regulam positam supra in 13. not. quod principalis non liberatur nisi præstando totum, quia est uerum si uellet soluere ipsum principale, sed si non soluit & succedit obliga-

tio ad interesse in qua uenit solum illud quod interest tantummodo soluit quatenus interest, & si non interest nisi in parte non potest peti nisi illa pars, & si nihil interest, nihil peteretur. argumen. institu. eodem. §. final. ubi aliquando æstimatum interesse reducitur ad parum uel nihil, de quo tamen infra dicemus cum Bar.

220 Secundo † gloss. allegat iura concordantia, & dum allegat legem pœnales. §. Iulianus. ad legem falcidiam. ibi probatur quod stipulatio de defendendo committitur pro parte, & contradicit legi cum ex causa. infra eodem. Sed respondetur quod in dicto. §. Iulianus. stipulatio erat prætoria in qua mitius proceditur, & in dicta l. cum ex causa. est conuentionalis. item in defensione distinguitur, an propter culpam unius nihil est defensum & tota pœna committitur contra omnes quia caret tota utilitate. aut uero una pars plene fuit defensa & alia non, & tunc committitur pro parte tantum. leg. ex mille. ff. de euictionibus. & per Paulum in dicta lege. cum ex causa, uel plenius dicas ut ego posui in ultimo not. in fin. ut considerari debeant uariæ conceptiones istius stipulationis ad quid uerba dirigantur. nam si referuntur uerba ad rem quæ petitur, seu spetiem, quia ipsa diuidua est, stipulatio quoque est diuidua, & ideo non committitur nisi pro parte. dicta lege pœnales. §. Iulianus. & l. ex mille. ff. de euictionibus. Si uero uerba referantur ad ipsum contractum, stipulatio de defendendo efficitur indiuia, quia contractus est. indiuiduus, & in omni parte seruari debet secundum intentionem contrahentium, & per clausulas consuetas apponi, & tunc committitur insolidum, dicta. lege. cum ex causa, & leg. in executione. §. insolidum, infra eodem. si uero uerba dirigantur ad personam, & tunc quia persona est indiuidua, & non potest præstari defensio in brachiis & non in aliis membris, & tunc similiter est indiuidua, dicta lege secunda. §. Item si in facto, & hæc sufficiant pro quadam generali cognitione terminorum materiæ, cætera plenius dicentur cum commento Bar. eius ordinem sequendo.

221 Nunc uenio † ad commentum Barto. cuius uestigia in omnibus sequemur, & primo contra dictum Catonis opponit, dum uoluit quod in factis indiuiduis pœna committatur contra omnes pro hæreditaria portione, opponitur, quia imo uidetur quod debeat committi contra omnes insolidum ut singuli teneantur insolidum, & singuli hæredes stipulatoris agant insolidum, per lege. secunda. §. ex iis. supra eodem, & leg. hæredes. §. an ea. supra familiæ herciscundæ, & leg. in executione. §. speties. infra eodem, soluit ipse quod contraria loquuntur de primitiua obligatione per quam agitur ad rem promissam in principali stipulatione, nam tunc quia petitur ipsum indiuiduum quod non potest pro parte præstari singuli hæredes tenentur insolidum, & singuli insolidum agunt, nos autem loquimur in secundaria obligatione quæ dependet a stipulatione pœnali, & in qua petitur pecunia quæ omnimodo est diuidua, unde illa licet committatur insolidum, tamen postea diuiditur obligatio, & solutio inter hæredes ut omnes teneatur pro hæreditaria portione, & istam solutionem sequuntur omnes hic, & ibi, ex qua habes quod aliud seruatur in primitiua obligatione quæ nascitur ex principali obligatione, aliud in secundaria quæ nascitur ex stipulatione pœnali.

222 Sed in contrarium † adducit hic Alciat. quia imo uidetur quod secundaria obligatio debeat sequi naturam principalis, cum stipulatio pœnalis reguletur a natura principalis ut inquit Barto. in l. fin. in secunda quæstione, uersi. tertio dico. infra de duobus reis. & facit, quia accessorium imitatur naturam principalis, regula accessorium, de reg. iur. in sext. & subrogatum sapit naturam illius in cuius locum subrogatur. l. si eum. §. qui iniuriarum. ff. si quis cautionibus. & §. fuerat. institu. de actionibus. Soluit ipse negando quod stipulatio pœnalis sit accessoria ad principalem, quod probat, primo quia stipulatio pœnalis nouat principalem. l. ita stipulatus. in fi. infra eodem, & l. obligationum fere. §. fi. supra titulo primo, & accessorium non solet extinguere principale. clem. prima. de probationibus, & l. cum principalis. de regul. iur. secundo probat, quia pœnalis confirmat principalem. l. stipulatio ista. §. alteri. infra eodem. & accessorium non confirmat principale. l. quod per manus. ff. de iur. codicillorum. Tertio, quia accessorium non potest stare sine suo principali. l. prima. ff. de penu. leg. hæc autem stat sine principali, quia commissa mora nouat eam, & ipsa pœnalis sola remanet, dictis iuribus, ideo cessat totum contrarium, quia non inconuenit quod duæ principales habeant diuersam naturam. item non proprie subrogatur loco principalis, quoniam si excedit totam estimationem rei & interesse nihilominus debetur. l. prædia. ff. de actionib. empti. & quod dicitur in l. ubi pactum. ff. de pactis, quod est accessoria intelligitur quantum ad conceptionem, quoniam sine principali non solet fieri, & principalis potius dat occasionem faciendi eam quam quod efficiatur accessoria, ut hic latius per eum, qui bene loquitur, & potes addere quod non semper accessorium sequitur naturam principalis, ut not. per doctor. in Rubric. ff. de legat. primo, ubi ponuntur plures speties accessorii, item non inconuenit quod alia sit natura accessorii, & trahat ad se principale, ut habetur in l. si ita stipulatus. §. Chrisogonus. infra eodem.

223 Habes igitur † duas conclusiones in stipulationibus indiuiduis, una est quod in primitiua obligatione agitur insolidum contra singulos hæredes, & singuli insolidum agunt, & in secundaria obligatione agitur contra omnes hæredes pro hæreditaria portione, quæ licet uideantur ualde probabiles, tamen recipiunt multas difficultates singulariter examinandas, & quod in primitiua agatur insolidum obstant multa.

224 Secundo † igitur opponit Bart. quod imo in primitiua obligatione non agatur insolidum contra

hæredes sed potius pro hæreditaria portione, probatur, dicit ipse, quia stipulatio, rem tradi, est indiuidua.l. stipulationes. infra eodem, quæ expresse hoc dicit, ergo idem est in obligatione rem restitui, & in spetie probatur de ea in l. si duo. Secundo respon. infra eodem, & tamen si commodatarius uel depositarius decedat relictis pluribus hæredibus singuli tenentur pro parte hæreditaria in illa primitiua obligatione quando petitur res deposita uel commodata.lege tertia.§.hæres.ff.commod.& per glos. in lege prima.§. si apud duos. supra depositi. quæ dicit, quod ille tex. procedit quando actum est inter partes, sed quando non est actum, tunc petitur res deposita ab hæredibus uel principalibus pro parte. Soluit ipse quod cōtraria procedunt in indiuiduo solutione tantum sed obligatione & contractu diuiduo, ut est obligatio, rem restitui, sed in indiuiduo omni respectu uel in indiuiduo obligatione, & solutione in quibus agitur insolidum, ideo ipse distinguit triplex indiuiduum, omni respectu, duobus respectibus, & unico respectu, ut per eum, addit etiam quod in obligatione, rem restitui, agitur insolidum quando tractatur de dolo, & quod obligatio, rem restitui, differt a stipulatione rem tradi, & de ratione se remittit.

Sed postea contra solutionem opponit, quia imo in obligatione, rem restitui, agitur insolidum contra possidentem tantum, dicta lege tertia.§.hæres. in fi. soluit quod spetiale est ibi quando hæres conuenitur per actionem bonæ fidei, quia tunc tenetur possidens insolidum, secus in actionibus stricti iuris. Sed adhuc contra suam solutionem opponit, quod imo etiam in actionibus stricti iuris solus possidens conuenitur. l. si plures. ff. de ui & ui arma. respondet ex mente Dyn. quod ibi concurrebat cum actione personali ad restituendum rei uendicatio, nā tunc quando possidens tenetur rei uendicatione, & actione personali, tenetur insolidum. dicta l. si plures, sed adhuc contra solutionem opponit, quia imo reperitur obligatio, rem restitui, sine concursu rei uendicationis, ut si fur commodauerit rem alienam l.nam & si fur. ff. commodati. uel si quis spoliauerit possidentem rem alienam, & tamen dicta l. si plures, & dictus. §. hæres. uolunt quod agatur contra possidentem tantum, soluit ipse, quod in actione bonæ fidei non curamus an concurrat rei uendicatio propter naturam actionis bonæ fidei & exuberantiam officii iudicis, sed in actionibus stricti iuris fit hæc distinctio, dicta lege si plures, nec obstat quod possidebat rem alienam, quia semper uiolentus spoliator potest conueniri rei uendicatione a spoliato, quia non potest opponere exceptionem. l. si quis emptionis. §. sed & si quis. C. de præscriptio. triginta, uel quadraginta annorum, ubicunque uero non competit rei uendicatio, & possessor tenetur sola actione personali, tunc non potest conueniri nisi pro parte. l. si tibi homo. §. si fundus. ff. de legatis primo. iterum opponit de lege si quis ex argentariis. §. primo. ff. de edendo. soluit, quod ibi est alius casus in quo tenentur hæredes insolidum, quando conueniuntur officio iudicis, unde postea distinguendo dicit, aut est unus principalis, & conuenitur insolidum secundum omnes, aut sunt plures principales uel hæredes unius principalis, & tunc in indiuiduo omni respectu, uel indiuiduo obligatione & solutione conueniuntur omnes insolidum, pro indiuiduo uero solutione tantum conueniuntur regulariter pro parte hæreditaria, quamuis unus possideat. l. si tibi homo. §. cum fundus. ff. de legatis primo. fallit primo, quando unus possidet tantum & potest conueniri actione bonæ fidei. fallit secundo, quando cum actione personali potest concurrere rei uendicatio. fallit tertio, quando hæredes conueniuntur officio iudicis, quia tunc solus possidens insolidum tenetur, ut hic latius per eum.

225 Ex cuius dictis † colliguntur multæ conclusiones, prima est conclusio, quod indiuiduum consideratur tribus modis, indiuiduum omni respectu, indiuiduum obligatione & solutione, & indiuiduum solutione tantum, quam conclusionem sequuntur communiter * Docto. & de ea feci mentionem in quarto præmisso, tamen dubitatio est postea de exemplis, nam quædam exempla secundæ spetiei indiuidui non dicuntur esse bona taliter quod remanet dubium cum deficiant exempla, an reperiatur illa spetics media, tamen quia aptitudine possunt reperiri istæ tres speties indiuidui, conclusio Bartol. est tenenda, maxime quia etiam exempla sua communiter tenentur, licet recipiant urgentes contradictiones.

226 Secunda † est conclusio, quod exempla de indiuiduo omni respectu ponuntur in seruitutibus quæ sui natura sunt indiuiduæ, ut habetur in l. stipulationes non diuiduntur, infra eodem, cui tamen conclusioni obstant multa quæ posuit Barto. ibi in quatuor oppositionibus subtilissime examinando hanc materiam, & finaliter concludit, quod in substantia seruitutes dicuntur esse indiuiduæ omni respectu, sed ratione usus uel commoditatis recipiunt diuisionem, fallit tamen in usufructu qui dicitur esse omnino diuiduus. l. prima. §. si usus fructus. ff. ad leg. falcidiam, & quod seruitutes diuidantur per commoditatem, probatur in l. prima. §. Lutio. ff. de aqua quotidiana & æstiua, uel per commoditatem temporis, ut unus eat de die alius de nocte. cap. primo. de iur. patronatus, & l. uia. ff. de seruituti. rusti. prædiorum, uel per diuisionem fundi seruientis, & idem etiam est in usu. l. usus pars. ff. de usu. & habitatio. ut late per Bar. in d. l. stipulationes. in 2. & 3. oppositione, & ratio quare seruitutes in substantia sunt indiuiduæ, assignatur in l. hæredes. §. an ea. ff. fam. her. quia lex duodecim tabularum non potest diuidere obligationem, ꝙ uidetur mirabile secundum Rippam, quia hic agitur de diuisione intellectuali, quæ potest fieri de omni re non tantū a l. sed ab homine & quocunq; priuato, cum & cœlum diuidatur ab astronomis, & homo etiam. l. qui hominem, in principio. ff. de solutionibus.

227 Sed non † debuit mirari, si bene cognouisset quomo-

modo res sint diuiduæ uel indiuiduæ, prout ego declaraui supra in prin. in 2. præmisso, & dixi quod omnes res corporales & incorporales possunt diuidi per intellectũ secundum naturam secundum philosophos, & secundum legem quando non tractatur de præiudicio alterius seu in materia dispositiua, sed in materia dispositiua quando tractatur de præiudicio alterius, tunc res secundum legem alio modo diuiduntur, quia tantummodo recepit illas diuisiones quæ faciunt rem afferre utilitatem in parte respectu partis sicut in toto respectu totius, & ideo ad hoc ut per intellectum res possit diuidi secundum legem, opportet, quod sit aptitudo ad diuisionem actualem, uel aptitudo ut ex tali diuisione res possit afferre utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, seruitutes autem diuisæ per intellectum in substantia non possunt afferre utilitatem in parte sicut in toto, tum quia non recipiunt propter hanc causam diuisionem actualem, tum etiam quia non possunt afferre utilitatem in parte sicut in toto respectu corporis euntis, cum non possit ire cum uno pede sine alio, uel cum uno membro sine alio, neque etiam respectu loci per quem itur, cum non possit medius homo ire, seu per medium locum tam per longum, quam per transuersum. unde cum utilitas aliqua non possit resultare ex ista diuisione intellectuali, ideo non est considerabilis a lege, & appellantur seruitutes omnimodo indiuiduæ etiam per diuisionem intellectualem quæ solum permittitur ratione commoditatis & usus, quia tunc utilitas in parte respectu partis potest considerari sicut in toto respectu totius, unde apparet quod bene dictum fuit in dicto. §. an ea, legem duodecim. tabularum non potuisse diuidere neque seruitutes neque obligationem, & remanet quod ipse seruitutes faciunt bonum exemplum de indiuiduo omni respectu, & bene in hoc dixit Bartol. tamen non declarauit, an hoc indiuiduum omni respectu possit habere locum in factis, & uidetur sentire quod non, tamen non bene dixit, ut statim subiiciam.

228 Tertia est † conclusio, quod omnia facta sunt diuidua contractu & obligatione, & solutione indiuidua, & quod sint diuidua contractu probat, quia facta ab initio possunt diuidi per contractum promittendo partem, ut tradere medium fundum. l. locus. ff. de acquir. possess. uel facere mediam insulam, seu mediam foueam, uel purgare. lege secunda. §. primo. ff. de acqua quotidiana & æstiua, & quod sint indiuidua obligatione & solutione probat text. in l. stipulationes non diuiduntur, qui postquam dixit quod stipulationes non diuiduntur rerum quæ diuisionem non recipiunt, posuit exemplum de seruitutibus, & de factis simul fossam fodere, insulam fabricare, & rem tradere, & sequuntur communiter * Docto. sed Marian. hic dicebat hoc dictum uideri impertinens quod facta sint diuidua contractu, quia quando pro parte deducuntur in contractu non dicitur stipulatio diuisa sed una stipulatio integra, & una obligatio integra, & antequam deducatur in esse non potest dici pars stipulationis, uel obligationis, cum solum procedat postquam est deducta in esse, & si est deducta in esse nunquam potest diuidi, sed ab ista obiectione potest defensari Bartol. quia æquiuocatio est, nam non dixit quod stipulationes factorum sint diuiduæ contractu, quia tunc militaret contradictio, sed dixit quod facta ipsa sunt diuidua contractu, quia pro parte possunt deduci in stipulationem, & cum utilitate, & in hoc differunt a seruitutibus quæ pro parte non possunt deduci in stipulationem, nec promitti, neque deberi, neque solui. unde secundo, & melius opponit, quia non est uerum quod una pars possit deduci in stipulationem, quia si quis stipulatur partem domus fieri, uel foueæ dicitur stipulari unum integrum factum restrictum ad certos limites, & erit totum indiuiduum, cum possit uolens facere domum stipulari ab uno ut faciat parietes, & ab alio ut faciat tectum, & ab alio ut faciat columnas, & ab alio ut faciat fenestras & ornamenta, prout experientia demonstrat, in quibus omnibus casibus etiam si stipularetur unum solum lapidem poni dicitur stipulari unum factum non autem medietatem facti uel aliquam partem ipsius, & solum potest imaginari pars promissa habito respectu ad intẽtionem, quia dominus intendit facere unum totum, ut domum uel castrum, sed in ueritate dicuntur plura facta integra deducta in stipulatione restricta ad certos limitos, & in hoc satis bene dixit, sed imperfecte.

229 Propterea † plenius resoluendo tu dicas quod omnia facta respicientia rem fiendam dicuntur esse indiuidua omni respectu, neque possunt pro parte deduci in stipulatione, considerando ea ut pars totius, & probatur, quia non reperiuntur in rerum natura tempore quo promittuntur, & solum possunt esse in rerum natura quando sunt perfecta, & acceperunt formam quæ contingit ex ultima consumptione, ut inquit text. in leg. si is qui quadringenta. §. quædam. ff. ad leg. falcidiam, & facit text. in l. fideicommissa. §. penultimo. ff. de leg. tertio, & cum non sint in rerum natura non possunt recipere diuisionem neque intellectualem neque actualem, quia non entis nullæ sunt partes. leg. eius qui in prouincia, prope finem. ff. si certum petatur. unde nec etiam pro parte imaginatio fieri potest, ut promitti possit. Secundo facit tex. in leg. libertus. §. operarum. ff. de oper. libertorum, qui dixit, quod opera neque promitti pro parte, neque deberi, neque peti, neque solui potest, & sic expresse dicit quod non potest quis stipulari mediam operam, & per consequens nec etiam potest stipulari mediam domum fieri, & mediam insulam fabricari. Tertio etiam probatur in lege secunda. §. item si in facto. supra eodem. ubi illa stipulatio, per te non fieri, quæ est meri facti non potest deduci in stipulationem pro parte, ut impediatur homo pro parte ire uel agere. Nec obstant contraria, & tex. in dicta. l. locus, quia loquitur de factis exercendis super re deducta in esse, quæ sunt diuersæ naturæ, ut statim dicam, nec obstat dicta

leg. secunda. §. primo. de aqua pluuia arcen. quia non probat quod quis possit stipulari mediam foueam fodi uel purgari, faciendo partes quotitatiuas, quia hoc est impossibile, sed solum loquitur quod quis possit unam certam partem foueæ limitatam ad certum locum stipulari, fodi, uel purgari, quo casu erit integrum unum factum restrictum ad certos limites, & idem esset si quis stipularetur mediam domum fieri per partes quotitatiuus, quia similiter est impossibile, sed bene potest stipulari per partes integrales, dicendo promittis facere parietem uel tectum, restringendo ad certos limites, & tunc erit unum integrum factum, cum infinita integra facta certo modo limitata per partes singulas, uel integrales possint promitti, & idem esset si quis stipularetur destrui domum quamuis esset factum de re existente in rerum natura, nam si stipularetur destrui medietatem domus per partem quotitatiuam, stipulatio esset inutilis, & opporteret ut ualeret, quod diuideret domum in partes simplices, dicendo destruas in parte superiori uel inferiori usque ad certos limites, & tunc esset unum factum limitatum. Quare concludas generalissime, quod omnia facta respicientia rem fiendam sunt indiuidua contractu obligatione & solutione, & ideo non possunt poni pro exemplis istius secundæ spetiei indiuidui, sed debent poni pro exemplis primæ spetiei simul cum seruitutibus.

230 Solum † autem est dubitatio utrum hæc secunda species indiuidui possit exemplificari in factis exercendis circa rem existentem in rerum natura, & uidetur quod sic, per illud exemplum de stipulatione, rem tradi, in qua factum exercetur circa rem deductam in esse, quod factum postea regulatur a natura ipsius rei, & efficitur diuiduum, uel indiuiduum secundum naturam rei, ut supra sæpius dictum fuit, in hoc tamen casu reperiuntur quoque facta omni respectu indiuidua, ut si quis promisit non impedire aliquem ire agere per talem fundum, uel non offendere hominem, uel amplius non agere ad seruitutem, nam tunc etiam non possunt deduci in contractum pro parte, & remanent indiuidua omni respectu, & faciunt exempla ad primam spetiem, & si ista facta exerceantur ad rem penitus diuiduam efficiuntur omnimodo diuidua, ut si exerceantur circa pecuniam, & tunc non faciunt ad propositum indiuiduorum, solum ergo est dubitatio, quando hæc facta exercentur circa spetiem aliquam, an possint esse diuidua contractu, & aliquando, nec etiam sunt, ut si quis promittat destruere domum pro media parte quotitatiua, quia non poterit uerificari in actu, & erit exemplum de prima spetie, sed si quis promisit mediam domum tradere, uel medium fundum etiam respectu partis quotitatiuæ promissio ualebit, & tunc secundum communiter * doctores stipulatio erit indiuidua obligatione & solutione, sed erit diuidua contractu, quia nihil impedit quod quis promittat tradere totam domum uel aliquam partem pro indiuiso, sicut nec tradere locum. l. locus. ff. de acquir. possesio. & per dictam legem stipulationes, infra eodem, & sic uides quam pauca exempla potes reperire in hac secunda spetie indiuidui, quinimo nec ista pauca exempla sunt uera, quia tunc non reputabuntur indiuidua obligatione, ut uoluit Barto. & communiter * docto. sed erunt tantummodo indiuidua solutione, & erunt exempla tertiæ spetiei, ut statim subiiciam.

231 Quarta † est conclusio Bar. quod stipulatio, rem tradi, dicitur esse diuidua contractu & indiuidua obligatione & solutione, ponendo eā in secunda spetie indiuidui, & eam probat per d. l. locus. coniuncta dicta l. stipulationes, infra eodem, & sequuntur communiter * docto. hic, & ibi, & conueniunt quasi omnes quod sit diuidua contractu per d. l. locus. item cōueniunt quod sit indiuidua solutione ad similitudinē stipulationis, rem restitui, quia potest resultare inconueniens, sed solum discordant an sit diuidua uel indiuidua obligatione, & Cy. & Petrus in l. pro hæreditariis. C. de hæreditariis actionibus, & in auth. hoc ita. C. de duobus reis, tenent quod dicatur diuidua obligatione, & quod debeat poni in tertia spetie indiuidui quæ continet exempla rerum factorum diuiduorum contractu & obligatione, & indiuiduorum solutione tantum, & hanc opinionem tenuit Paulus de Castro & Alex. hic & ibi, & plærique moder. hic, & in dicta l. stipulationes non diuiduntur, & rationes sunt urgentes ab utraque parte, quib. tamen respondetur ut articulus efficiatur dubitabilis, & effectus est maximus, quia si est indiuidua obligatione unusquisque hæredum poterit conueniri insolidum, & sufficiet stipulatorem agere contra unum solum & uincere eum, sed si est diuidua obligatione, opportet agere contra singulos hæredes pro hæreditaria portione, & singulos facere condemnari, quamuis postea unusquisque eorum teneatur soluere totā rem, quia præstando partem non liberabitur sicut inquit Bart. de stipulatione rem restitui.

Communis * igitur † est opinio, quod stipulatio
232 rem tradi sit indiuidua obligatione, & sufficiat stipulatorem agere contra unum hæredem insolidum, qui postea cogetur totam rem quoque tradere, per tex. in dicta l. stipulationes. infra eodem. ibi, si quid faciendum stipulatur stipulatio nō diuiditur, ut rem tradi, fossam fodi, insulam ædificari, et cum omnes consentiant alia facta ibi enumerata esse indiuidua obligatione, idem quoque debet dici de stipulatione rem tradi. arg. l. iam hoc iure. de uulg. & pupil. & l. prima. ff. de rebus dubiis, sed respondetur tenendo aliam partem, quod non sequitur, enumeratur inter alias res indiuiduas ergo est indiuidua omni respectu, nam ibi Iurisconsultus enumerauit exempla, sed non æquiparauit, quod patet, quia seruitutes secundum omnes sunt indiuiduæ omni respectu, & facta sunt diuidua contractu secundum eosdem, & tamen simul enumerantur, ergo eodem modo stipulatio rem tradi poterit esse diuidua obligatione, quamuis connumeretur cum aliis, sufficit enim quod conueniant in uno quod solutione sint indiuidua, imo hoc factum fuit cum ministerio, ut Iurisconsultus poneret exempla omnium spe-

tierum indiuiduorum, & sic apparet quod principale fundamentum per communi opinione adductum non stringit, secundo etiam adducitur ille tex. ponderando in rationem ibi, earum diuisio corrumpit stipulationem, quæ uerba uidentur concludere de obligatione, cum in solutione non corrumpatur substantia stipulationis, & solum uideatur corrumpi diuidendo obligationem quæ immediate descendit ab ea, sed respondetur quod imo corrumpitur stipulatio per solutionem, quoniam illa fit ad finem solutionis, & si corrumpitur finis uidetur corrumpi stipulatio arg. l. si quis nec causam. ff. si cer. petatur. & sic satis uerificatur illa ratio in diuiduitate solutionis, maxime quia in aliis exemplis illa ratio in totum potest uerificari.

Tertio adducitur ratio Socci. quia per talem diuisionem induceretur communio quæ propter discordias prohibetur l. cum pater. §. dulcissimis. ff. de leg. secundo. & l. si non sortem. §. si centum. ff. de condictione indebiti, quæ communio etiam induceretur per diuisionem obligationis, sed tamen respondetur quod ratio communionis solum consideratur in ipsa solutione, quia tunc deducitur ad esse, non autem consideratur in obligatione quando solutio totius rei est fienda, & ideo satisfactum est huic rationi, ex hoc quod sit indiuidua solutione, cum ante eam stipulator non sit Dominus. l. traditionibus. C. de pactis.

Quarto adducitur ratio de inconueniente. §. pro parte, quia in stipulatione, rem tradi, cum sit meri facti, succedit obligatio ad interesse, unde si diuideretur obligatio fieret solutio in diuersis rebus, quod est reprobatum, dicto. §. pro parte, sed respondetur, quod huic rationi satisfactum est quod sit indiuidua solutione, quoniam illud inconueniens causatur per solutionem tantum diuersarum rerum, non autem per diuisionem obligationis. l. 2. §. & harum. supra eodem. & l. si duo. supra depos.

Quinto inducitur ratio per locum a consequenti destructo, nam si obligatione esset diuidua, sequeretur etiam quod solutione esset diuidua, cum obligatus ad partem liberatur tradendo partem, quam solam debet, cum solutione illius quod debetur tollitur omnis obligatio, ut inst. quib. mod. tollit. obligatio. in princ. sed consequens est falsum ergo & antecedens, ut not. in l. 2. §. primo. ff. si cert. peta. sed huic rationi respõdet Ias. hic in prin. qui dicit quod imo clarum est in iure quod stante obligatione diuidua solutio potest esse indiuidua, ut patet in obligatione generis, & alternatiua. l. 2. §. & harũ. supra eod. & dicta l. in executione. §. pro parte. infra eod. & ex iuribus infra in materia allegandis in obligatione rem restitui. l. si duo. ff. deposi. & l. qui hominẽ, infra de solutionibus, nec obstat dicta regula posita insti. quibus modis tollit. obligatio, quia illa procedit quando solutio perfecte fit, & perfectam affert utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, sed quando non affert dictã utilitatẽ in parte sicut in toto, uel aliter res non est perfecte soluta, tunc non inducitur liberatio, quia non dicitur soluta res. leg. si rem meam. ff. de solutionibus, & sic apparet quod adducta pro communi concludenter non probant de obligatione indiuidua, cum solum uideantur inferre indiuiduitatem in solutione.

233 Contrariam † autem opinionem tenuerunt, Petrus & Cyn. in dicta authentic. hoc ita. & Paul. de Castro hic, & Alexand. hic & in dicta lege. stipulationes non diuiduntur. dicit eam esse ueriorem, quod stipulatio rem tradi, dicatur esse diuidua obligatione sicut. & rem restitui, & plerique moderni uidentur sequi, pro qua adducitur regula. lege prima. C. si cert. petatur, & leg. pro hæreditariis. C. de hæreditariis actionibus. sed tenentes communem respondent, quod illa regula procedit in diuiduis non autem in indiuiduis, quia in eis habemus regulam in contrarium iuxta lege. secunda. §. ex iis & dictam legem. hæredes. §. an ea. & dicta leg. stipulationes, cum similibus.

Secundo adducitur ratio per locum a simili, quia rem restitui & rem tradi, æquiparantur, quoniam in utraque requiritur factum traditionis respicientis rem ipsam, sed rem restitui, est diuidua obligatione, ergo & stipulatio rem tradi, sed respondet Bartol. in dicta lege stipulationes. in octaua oppositione, argumentum non procedere, quia militat diuersa ratio, nam obligatio, rem restitui, habet naturam obligationis, rem dandi, quoniam præcise potest cogi restituere. leg. qui restituere. ff. de rei uendicatione, & solum potest soluere æstimationem quando res est perempta. leg. in re furtiua, de condictione furtiua. Ideo quandam mediam naturam assumit inter obligationem dandi, & rem tradi, ut cum participet de obligatione facti, in casu quo succedit obligatio ad interesse, æquiparetur obligationi rem tradi, ut efficiatur indiuidua solutione, & cum precise possit cogi participet de natura rem dari efficiatur diuidua obligatione, sed in stpulatione, rem tradi, succedit obligatio ad interesse statim post moram, & habet propriam naturam facti, ideo retinet naturam factorum, ut obligatione efficiatur indiuidua.

Tamen replicatur quod imo urget similitudo, quoniam etiam in obligatione, rem restitui, re perempta succedit obligatio ad interesse. dic. l. in re furtiua. ff. de condictio. furtiua. Duplicari potest quod imo est dissimilitudo, quia in illa lege non dicitur quod succedat obligatio ad interesse, sed tantummodo quod durat conditio æstimationis sicut in aliis obligationibus dandi. l. si seruum. §. fin. infra eodem, & l. hæredes. §. an ea. ff. famil. hercisćund. Triplicatur, quod imo est similitudo, quia in ea iuratur in litem, & sic deuenitur ad interesse, dicta l. qui restituere. ff. de rei uendicatione, tamen quadruplicatur, quod illud iuramentum in litem facit succedere obligationem ad æstimationem secundum ueritatem uel affectionem iuxt. no. in l. actionib. ff. de in litem iurand. non ad interesse, unde illud iuramentum procedit etiam in obligationib. dandi, ut no. in d. l. in actionibus, & d. l. hæredes. §. an ea, in fi. Quincuplicatur, ꝙ imo sit similitudo, quia imo in obligatione, rẽ

tradi, quis præcise cogitur in contractu uenditionis secundum ueram opinionem Martini quando habet facultatem tradendi, ut no. in §. aliæ. insti. de donationibus, & l. 1. ff. de actio. emp. ergo idem quod in rem restitui, per dictam l. qui restituere. Sexcuplicatur, quod imo sit dissimilitudo, quia illud de actione in contractu uenditionis est accidentale, & procedit solum quando habet facultatem rei tradendæ, si alienat antequam tradat non cogitur amplius tradere, & condemnatur ad interesse, dicta l. 1. de actionib. emp. & consideratur primordialis natura. l. item ueniunt. §. cum prædiximus. de petitione hæredit. & in rem restitui plærunque præcise cogitur dicta. lege. qui restituere, & sic apparet quod hæc similitudo non probat concludenter contra communem, & tanto magis, quia aliqui dicunt quod est, & obligatio rem restitui est quoque indiuidua ut statim dicemus.

Tertio inducitur per Ruy. hic. l. eandem. in principio. infra de duob. reis, ubi in cōmodato & deposito efficiuntur duo rei, si præstans secutus fuit fidē utriusque, iuncta doctrina Barto. in 2. & tertia quæstione eodem titulo, inducendo ut per Ruyn. sed ipsemet etiam respondet quod dicta l. eadem, non procederet in emptione ut ex hoc solo quod sequeretur fidē utriusque efficerentur duo rei, & quamuis uellit etiam in emptione posse effici duos reos, tamen non dicit illud, sed intelligitur eo modo qui potest conuenire ut expresse hoc agatur. Secundo respondet Marianus, quod aliud est dicere insolidum teneri, quo casu procedit argumentum doctrinæ Bartol. allegatæ, aliud quod quis sequatur fidem utriusque insolidum, quia tunc exprimitur quod tacite inest.

Quarto adducitur secundum Ruynum, quia cum uenditores tradere teneantur. l. ex empto. ff. de actio. emp. & traditam conseruare. l. ratio, in principio, eod. titulo, eodem modo debet teneri ad unum sicut ad aliud, sed plures non tenentur insolidum defendere secundum eum. l. cum ex causa, in fin. & l. in executione. §. insolidum. infra eodem. ergo nec etiam tradere insolidum tenentur, & hoc argumentum dicit multum concludere. Sed respondet Marian. quod quilibet tenetur præstare partem si non defendat quando consistit in quantitate quæ omni respectu est diuidua, sed traditio est facti & indiuidua, dicta l. stipulationes. ergo pro parte præstari non potest, quod nihil est, quia ibi defensio fit in cōtractu uēditionis, & necessario defenditur res, cum pecunia non uendatur. unde secundo respondet, negando quod defensio posit fieri pro parte, & cum imo debeat fieri insolidum. dicta l. cum ex causa, quamuis si hoc non faciat deueniatur ad pecuniam, & condemnatur in parte pecuniæ, ut clare dicitur in dicta l. cum ex causa, & est uerus intellectus, quo stante retorquetur contra communem, sed tunc respondetur, quod licet teneatur tradere pro parte, tamen insolidum tenetur ad defendendum, quoniam si non defendatur pars, nunquam poterit fieri solutio plena, quæ semper est indiuidua, ideo defensio debet esse indiuidua propter solutionem fiendam de tota re, non autem propter obligationem, & sic apparet quoque quod fundamenta contra cōmunem non probant concludenter, & quod articulus est disputabilis.

234 Marianus † uidetur distinguere, aut consideratur traditio prout est factum, & tunc stipulatio dicitur indiuidua etiam obligatione, dicta lege stipulationes, non cauillando literam, qui eam ponit in primo exemplo, aut consideratur prout res debita, ut consideretur stipulatio rem tradi, tanquam continens obligationem ad tradendum, & tunc dicatur diuidua sicut obligatio est diuidua, quinimo dicit ipse posse teneri quod tunc esset diuidua etiam solutione, quia affert utilitatem in parte sicut in toto, & debet liberari soluendo quod debet, dicto §. primo. Instit. quibus Mod. tollitur obligatio, ut hic latius per eum, quæ distinctio uerbalis est & nullam substantialem differentiam adducit, quia unaqueque stipulatio, rem tradi, potest considerari ut facto promittatur, & quod ipsa res promittatur, sed tamen quia uere factum appositum super re existente in rerum natura efficitur accessorium ipsius rei, & nunquam consideratur per se, in effectu uidetur concludere quod omnis stipulatio, rem tradi, sit omnino diuidua, & sic text. in dicta l. stipulationes, reducitur ad nihilum, cum una res non posit considerari pluribus modis, lege eum qui edes. ff. de usucapionibus, alioquin & stipulatio dandi esset indiuidua, cum dare sit facere. lege in facto. de conditionibus & demonstrationibus. & ideo non est bona.

235 Sed tu † pro resolutione inuenienda contra communem opinionem facias urgentem oppositionem. nam si tenemus quod stipulatio, rem tradi, sit indiuidua obligatione, & contineat merum factum, prout innuit text. in dicta l. stipulationes, & ipsemet Bar. uellit quod obligationes factorum habeant hāc naturam ut ex primitiua obligatione agaur insolidum contra omnes hæredes & singuli hæredes stipulatoris insolidum agant, dicta lege. 2. §. ex iis, & dicta lege hæredes. §. an ea. ff. famili. her. sequitur unum magnum inconueniens in stipulatione, rem tradi, quia si quis promisit tradere fundum, uel domum & moriatur relictis pluribus hæredibus poterit unusquisque hæredum conueniri insolidum ad tradendum, sicut possunt cōueniri insolidum ad præstandam seruitutem ut eam dupplicato modo accipiat stipulator, cum non sufficiat eam integram habere ab uno si alter contradiceret, lege est receptum ff. communia prædiorum. Item econtrario si moreretur stipulator relictis pluribus hæredibus, singuli hæredes possunt agere ad indiuiduum insolidum ut etiam quod sint decem, singuli insolidum illud indiuiduum consequantur, cum si unus solus uel duo habeant non est satisfactum eis nisi & ipsi seruitutem insolidum consequantur, ut clare dicit gloss. Bartol. & alii in dicta lege secunda. §. ex iis, ergo eueniret quod hæredes promissoris tenerentur bis tradere dictam rem uel fundum, sicut

tenen-

tenentur tradere bis seruitutem, quod est absurdissimum & contra intentionem contrahentium & iurium. item è contrario si essent plures hæredes stipulatoris, & obligatio esset indiuidua, unusquisque necessario haberet actionem insolidum, & esset necessarium quod promissor decies præstaret rem tradendam, & insolidum unicuique daret, sicut tenetur dare seruitutem & aliud factum indiuiduum ut æqualem utilitatem insolidum unicuiq; hæredi præstare debeat.

236 Et simile † est de stipulatione, per te non fieri, quam omnes hæredes promissoris insolidum obseruare tenentur, & singuli quoque hæredes stipulatoris in solidum agant ut conseruetur res promissa, & nullus ipsorum molestetur in aliqua parte, quod etiam est plusquam absurdum, ut qui promisit tradere unum fundum propter hæredes teneatur decies eundem præstare, & propterea uidetur necessario dicendum quod talis promissio, rem tradendi, sit diuidua obligatione, ut hæredes promissoris in primitiua obligatione pro parte hæreditaria tantum conueniri possint, licet non possint liberari nisi unus eorum uel simul præstent insolidum, & econtrario in persona hæredum stipulatoris quoque dicatur obligatio diuidua ut unusquisq; eorum pro parte hæreditaria agere possit contra promissorem uel eius hæredes, sed tamen solutio nulli satisfaciet, nisi unus eorum uel omnes simul insolidum præstent, dicta l. 2. §. & harum, & dicto. §. pro parte, & si dicatur, hæc ratio uidetur apparens, sed non est existens, quoniam non est absurdum quod uterque hæredum conueniatur insolidum, quoniam uno satisfaciente & integram rem præstante alter liberatur, ut duo tutores, iuxta tex. in l. 1. §. si apud duos. ff. depositi. similiter econtrario si unus hæres stipulatoris agat insolidum, & stipulator illi soluat, liberatur ab omnibus perinde ac si essent plures rei stipulandi, cum unicuique possit soluere, ut no. in dicta authen. hoc ita ideo postea alii cohæredes repetent portiones suas ab eo qui insolidum accepit, tamen respondetur, quod imo ualde urget, & primo, quia non procedit dictum Bart. qui simpliciter uoluit singulos insolidum agere ad exemplum seruitutis, dum allegauit dictum. §. ex iis, & docto. sequuntur, item tunc etiam urget inconueniens quod uideatur recessum ab ordinaria natura obligationum, quæ diuiditur inter hæredes, dicta l. pro hæreditariis, & quod dicitur ut solutione liberetur unus hæres, procedit quando nullo modo potest res præstari pro parte, ut est promissio de faciendo monumentum, uel de faciendo aliud opus. dicta l. 3. §. penul. ff. de leg. 3. quod nec etiam in omnibus procedit, per l. si ita fuerit seruis, de manumis. testamento. sed ubicunque factum pro parte præstari potest, prout est quando explicandum est super re deducta in esse, tunc quis non potest conueniri insolidum & habere hoc incommodum nisi actum fuerit, ut probatur in l. uxorem §. agri plagam. ff. de leg. 3. ubi hæres erat grauatus uendere fundum, & sic rem tradere, & tamen non obligantur hæredes nisi pro parte, quamuis obligentur insolidum in edificio, dicta l. fideicommissa. §. pen. similiter inconueniens adhuc militat in hæredibus stipulatoris ut unusquisque possit agere insolidum, quoniam si ipsi rem pœnes se haberent tantummodo pro parte retinere possent, cum diuiderent inter eos, ergo eodem modo debet dici quod singuli tantum modo possint petere partem ipsos tangentem, cum in plus non intersit eorum, & si teneremus quod esset indiuidua, opporteret dicere quod obstaret exceptio agenti si plus peteret quam sua interesset. l. 2. §. item si in facto, supra eodem. & est magis rationabile ne fiat circuitus ut postea alii repetant, cum directo in plus non intersit, ut not. in dicto. §. item si in facto. supra eodem, & etiam supra uidimus in reddendo rationem de stipulatione amplius non agi, & rem ratam haberi, præterea fortiter obstat, quod supra dictum fuit de stipulatione amplius non agi & rem ratam haberi, & aliis diuiduis, in quibus promittitur merum factum, & tamen quia fit de re diuisibili obligatio efficitur diuidua, & tantummodo solutio efficitur indiuidua quando potest deueniri ad solutionem in pluribus rebus, & dicitur indiuidua solutione tantum.

237 * Quare † resoluendo dicas, quod stipulatio, rem tradi, sui natura dicitur diuidua obligatione quando fit de aliqua spetie ut domo uel fundo, per theoricam supra sæpius traditam, quia in ea promittitur factum exercendum circa rem existentem in rerum natura, unde efficitur accessorium ipsius rei, & per consequens efficitur diuiduum uel indiuiduum secundum naturam ipsius rei, igitur si quis promittat tradere seruitutem uel aliam similem rem, hæc stipulatio erit in totum indiuidua, & procedet in ea decisio posita in dicto. §. ex iis. si uero promissio de tradendo fiat de pecunia, tunc omni modo erit omni respectu indiuidua. argum. l. si duo. ff. depositi, ubi hoc est in deposito pecuniario & non pertinet ad quæstionem nostram, si uero sit promissio de tradendo domum uel fundum uel aliam spetiem, & tunc quoniam dictæ res sunt regulariter diuiduæ per diuisionem quotitatiuam intellectualem, ipsa stipulatio quoque reputabitur indiuidua contractu & obligatione, & solum per accidens efficietur indiuidua solutione, quoniam propter moram succedit obligatio ad interesse, & potest contingere solutio in diuersis rebus, dicto. §. pro parte. & sic apparet quod opinio communis non potest procedere, si tamen essemus inter ipsos principales, tunc esset hæc stipulatio omnimodo indiuidua, quoniam inter principales nunquam lex diuisit obligationem etiam pecuniariam, per istum tex. & dictum fuit in 13. no. & in hoc solo casu & in primo casu potest saluari communis opinio, uel etiam si tu uelles nimis instare cum communi, necessario opportebit fateri quod in persona hæredum stipulatoris omni modo obligatio sit diuidua, quia est nimis magnum inconueniens facere quod insolidum agant, & opinio communis poterit sustineri in hæredibus promissoris, cum si unus insolidum tradat liberabitur alter, & postea

postea soluens repetet, argu. dicti §. si in facto, & satis probabile erit ne in practica recedamus a communi, in puncto tamen iuris omnimodo puto opinionem contra communem ueriorem de iure.

238 Sed dubium † succedit quid iuris sit in obligatione, rem tradi, quæ descendit ex contractu uenditionis, nam uenditor non tenetur transferre dominium rei uenditæ, sed tantummodo tenetur tradere l. ex empto. ff. de actio. empti. & ideo cum obligetur ad factum tradendi succedit obligatio ad interesse, & non tradendo condemnatur ad interesse. l. 1. ff. de actio. empti. sed Martinus uoluit quod si uenditor habet facultatem rei tradendæ cogatur præcise tradere & non liberetur soluendo interesse, quæ opinio præualuit per totum mundum ut no. in l. 1. ff. de actio. emp. & in §. sed aliæ. Insti. de donatio. unde succedit, quod uenditor licet obligetur ad rem tradendam tamen precise cogitur, & illa traditio continet causam bonorum, quia transfert dominium si uenditor est dominus & participat de obligatione dandi.

Igitur dubitatur utrum hæc obligatio ad tradendum sit diuidua uel indiuidua, & Imo. uolebat quod esset diuidua & mutaret naturam suam, & æquipararetur obligationi rem restitui, quæ similiter participat de obligatione dandi, ut per Barto. in d. l. stipulationes, in octaua oppositione, quia tunc non potest sequi inconueniens. §. pro parte. nec etiam in obligatione, & confirmabat per tex. in l. uxorem. §. agriplagam. ff. de legat. secundo. sed Socci. hic generaliter tenet communem opinionem ut semper obligatio ad tradendum sit indiuidua, etiam quod descendat in contractu uenditionis, & cogatur præcise tradere, per dictam l. stipulationes, quæ generaliter dicit stipulationem rem tradi indiuiduam, secundo etiam, quia non affert tantam utilitatem in parte sicut in toto etiam quod promissor cogatur tradere. unde non efficitur magis diuidua. l. fideicommissa. §. pen. ff. de leg. tertio.

239 Nec obstat † quod præcise possit cogi, quia hoc non uenit ex originali natura contractus sed ex accidenti, cum teneatur ad interesse. l. 1. ff. de actio. empti. & originalis natura actus attenditur, non autem accidentalis. l. certi condictio, cum gloss. ff. si certum petatur. nec obstat dictus §. agriplagam. quia loquitur in obligatione quæ incipit a persona hæredum per quasi contractũ aditionis, nos loquimur in obligatione quæ incipit in persona defuncti, & transit ad hæredes, ut hic per eum.

240 Sed mihi † magis placet opinio Imolæ, quod imo sit diuidua dicta obligatio rem tradi, tum quia supra conclusimus generaliter obligationem, rem tradi, esse diuiduam, & solum esse indiuiduam solutione, per inconueniens supra adductum, tum etiam quia si teneremus ibi communem opinionem propter dictam rationem alterari deberet quod præcise cogatur tradere, & non possit succedere inconueniens dicti. §. pro parte. & participet de obligatione dandi. unde conueniens est ut mutetur eius natura sicut in obligatione rem restitui, & probatur etiã in dicto §. agriplagam, quoniam ibi testator grauauit ad factum uendendi & tradendi, & tamen est diuiduum, sed si grauat hæredes ad factum indiuiduum, licet incipiat in persona hæredum, obligatio remanet indiuidua, ergo apparet quod in hoc casu sui natura est diuidua. Non obstat quod hæc coactio ueniat ex accidenti, quia imo uenit ex natura contractus quod obligetur ad tradendum, & ita promittit, quæ traditio transfert dominium etiam ex natura contractus ex intentione contrahentium obtenta opinione Martini, cum ut plurimum uenditor habeat facultatem rei tradendæ. unde accidentale est postea quod succedat obligatio ad interesse, & hæc est tutior & æquior opinio.

241 Si tamen † omnino uelles adhærere communi opinioni, quod sit indiuidua, posses concordando ita dicere, aut uiuunt ipsi principales, & tunc omnis obligatio est indiuidua, quia nulla obligatio in persona principalium diuiditur, per tex. nostrum in fin. & diximus in 13. nota. si uero mortuus est promissor uiuente stipulatore adhuc potest dici quod obligatio remaneat indiuidua, quoniam uidetur esse utile ipsi stipulatori, & non est damnosum ipsis hæredibus si stipulator unum insolidum conueniat, quoniam omnimodo est necessarium quod ipse integram rem tradat secundum omnes, si uult liberari. unde erit necessarium quod omnino procuret habere facultatem tradendi, & per consequens parum sua intererit an conueniatur insolidum uel pro parte, & ita potest procedere opinio communis & Socci. si uero mortuus est stipulator pluribus hæredibus relictis uiuente promissore, & tunc opinio Imolæ omnimodo tenenda uidetur, quia resultat maximum inconueniens quod unusquisque hæredum agat insolidum, & omnibus insolidum uenditor teneatur respondere, & si ipsi hæredes possiderent rem nõ possent eam tenere nisi pro parte hæreditaria, unde inconueniens est quod agant insolidum, cum tantummodo sint uel futuri sint domini pro parte, & non potest facta solutione uni agenti contingere solutio in diuersis rebus, & etiam quod alteri hæredi solueretur interesse. & pro hac distinctione ut not. infra hac l. §. fin. & in l. ita tamen. in §. si tamen plures. iunc. fin. ff. rem rat. hab. & l. quod si nolit. §. si plures. ff. de ædil. ædi. & faciunt ea quæ infra dicemus in q. de eo qui uult redimere. & posuit ibi Alci. numero 78. unde concludendum uidetur quod ex parte stipulatoris in eius hæredibus obligatio dicatur esse diuidua & utraque opinio saluari potest, ut etiã supra dixi in generali quæstione.

242 Plus dicebat † Ang. quem sequitur hic Ruy. quod non tantum obligatio tradendi in contractu uenditionis erit diuidua, sed etiam erit diuidua solutione, propter dictam rationem, quia attenta opinione Martini participat de obligatione dandi, quæ omnimodo diuidua est. l. 2. §. & harum. supra eodem, & non potest sequi inconueniens dicti §. pro parte. cum singuli præcise cogantur. sed Imol. impugnabat, quia imo etiam post moram tunc succedit obligatio ad interesse, ut l. 1. supra de actio empti. igitur

potest

potest, sequi inconueniens dicti.§.pro parte, sed Socin. respondet, quod tunc resultaret inconueniens facto creditoris petentis interesse qui poterat præcise cogere, unde non est in consideratione, ut arg.l. secundæ.§.primo. ff. si certum. petatur. dicit tamen quod fortius stringit, quia obligatio, rem restitui, quæ similiter participat de obligatione dandi, nihilominus est indiuidua solutione, ut hic per Bar. sed replicari potest, quod imo & illa est diuidua ut infra dicetur, potes tamen concordando eodem modo distinguere ut supra, quia aut sumus in ipsis principalibus, & omnimodo est indiuidua, aut in hæredibus stipulatoris, eodem modo remaneat indiuidua, per rationem supradictam, & quia potest in persona stipulatoris ressultare inconueniens. §. pro parte. si unus solueret partem & alter faceret quominus haberet facultatem rei restituendæ, sed in hæredibus stipulatoris remanebit omni modo diuidua, quia singuli hæredes sunt habituri partem tãtum modo pro portione hæreditaria, unde si unus agat contra uenditorem & ille soluat partem, quia præcise cogitur, amplius non interest sua, & licet postea desinat uenditor possidere & soluat interesse aliis cohæredibus non militabit inconueniens, quoniam non procedit in diuersis personis, & sufficit quod singulis hæredibus sua portio in una re tantummodo sit soluta, & hæc uidetur opinio multum applaudens auribus & intentioni contrahentium, & in practica seruanda, & hæc de obligatione rem tradi.

243 Quinta † est conclusio Bar. quod obligatio, rem restitui est diuidua obligatione & indiuidua solutione, cum hic obligatio uariis modis contingere possit, nam potest contingere in contractu commodati, depositi, & locationis, & in contractu matrimonii, iuxta.l. si constante.ff.soluto matrimonio, & extra contractum in rei uendicatione l. qui restituere. ff.de rei uendicatio, & in fure.l.in re furtiua, cum l. sequenti.ff.de condi.furtiua, & in interdicto de ui & ui arma.§.restituendæ. instit. de interdictis, & in l. aquilia certo casu.iuxta l.si plures, cum glo. ff. arb. fur. Cæsarum, & generaliter, quãdo uirtute alicuius statuti uel alicuius contractus iuberetur, in qua restitutione ipse possessor non tenetur ad dominii translationem, cũ regulariter non sit dominus, & solum hoc contingit in contractu matrimonii, unde tenetur ad simplex factum restituendi.

Propterea dubitauerunt Docto. an hæc obligatio sit diuidua uel indiuidua, & Barto.hic concludit quod dicitur esse diuidua obligatione & indiuidua solutione, & de obligatione probat per tex.in l.3.§. hæres.ff.commod.qui expresse hoc dicit in contractu commodati, & in l.1.§.si apud duos.ff.depositi, qui licet uideatur ambiguus & potius contrarium probare, tamen glo. ibi dicit quod plures depositarii tenentur pro parte, nisi actum fuerit quod teneantur insolidum. unde idem probat in contractu depositi, & idem probat tex.in l.eandem.de duobus reis. dum uult in dictis contractibus posse fieri duos reos ergo regulariter non tenentur insolidum, & de condictione furtiua est tex.in l.in condictione.ff.de condictio.furti.& de rei uendicatione est tex.in l.secunda.§. final. infra de prætoriis stipulationibus, per quæ iura multum concludenter uidetur probari quod sit diuidua obligatiõe, & quod sit indiuidua solutione. probat per text. in d.l. si duo uersi. quod si lancem.in fi. ibi, & nisi pro solido res non potest restitui si extaret quia non esset interuersa, & opinionem Bar. sequuntur communiter Docto. hic, & in l. stipulationes non diuiduntur. in octaua oppositione.infra eodem.& ampliatur procedere etiam quod unus hæredum possideret, cum obligatio sui natura sit diuidua l. si tibi homo.§. si fundus.ff. de leg.primo.& dicta l.secunda.§.fin.de prætoriis stipulationibus.exceptis tribus casibus, quando unus hæres possideret solidum, & conueniretur actione bonæ fidei. dicto.§.hæres.in fi.uel quando concurreret rei uendicatio.leg.si plures. ff. de ui & ui arma.uel quando conueniretur possidens officio iudicis. l. si quis ex argentariis.§.primo.ff.de edendo.

244 Fulgosius † tamen in l.si ut certo.§.si duobus uehiculum.ff.commod.& Cumanus in l. stipulationes.infra.eodem.& Castellionus ut ibi refert Ias.col. 12. tenent, quod ne dum sit indiuidua solutione sed quod etiam sit indiuidua obligatione, sicut est stipulatio rem tradi, secundum communem opinionem, quoniam æquiparantur, cum in utraque quis teneatur ad solum factum tradendi, & maius est factum tradendi in restitutione, quia illa nunquam transfert dominium, & in traditione aliquando transferratur.l.ex empto.ff. de actio. emp. ideo debet seruare integram naturam factorum, dicta l. stipulationes. infra eodem. nec attendi debet quod re extante possit præcise cogi, quia hoc non facit desinere obligationem indiuiduam, cum ex tali restitutione nullum ius addatur, & lex quando facit indiuiduum, considerat an interueniat factum, non autem an præcise possit cogi, ut per Bar. in dicta l. stipulationes. in 5. & 6. quæstione. & ibi Ias. col. 13. ad illud tamen respondetur communiter per Docto.negando quod ex hoc solo quod interueniat factum obligatio sit indiuidua, cum uideamus multa facta diuidua, ut in hoc tex. item factum tradendi est diuiduum secundum opinionem supra traditam, unde requiritur aliud, quod non possit habere utilitatem in parte sicut in toto, uel quod possit deueniri ad illud inconueniens, ut etiam in datione consideratur, sed in obligatione, rem restitui, partes possunt afferre utilitatem sicut in toto, ergo factum reputabitur diuiduum nedum obligatione sed etiam solutione per istum tex.quia hoc fundamentum destruit.

Secundo pro ista opinione adducitur simile de stipulatio rem tradi quæ est omnino indiuidua, sed illud negatur ut in præcedenti conclusione, sed etiam concedendo assignantur multæ dissimilitudines, cum in obligatione, rem tradi, non cogatur præcise regulariter, & ex sola mora succedit obligatio ad interesse, in obligatione uero rem restitui, quis cogitur præcise, & nunquam succedit, re extante, obligatio ad interesse, sed solum re perempta, quod etiam contingit in obligatione dandi.l.si seruum.in fin.infra.eodem. & l.hæredes.§.an ea, familiæ herciscundæ. in fin. & idem dicitur de iura-

mento in litem dicta l. qui restituere. ff. de rei uendicatione. item in obligatione rem restitui, interesse uenit officio iudicis, & in rei traditione uenit iure actionis, ut not. in dicta l. stipulationes coniuncta dicta l. in re furtiua.

Tertio adducitur text. in leg. prima. §. si apud duos. supra deposi. quem inducit hic Socci. tribus modis, primo quia dicit in principio quod aduersus unum quemque agi potest, ergo insolidum, quia si pro parte diceretur agitur uel agi debet, secundo quia dicit, si cum altero agatur non liberatur alter, quia electione non tollitur sed solutione, ergo insolidum, quia si solueret tantum partem non posset ilberari neque caderet electio. Tertio inducit, quod si alter minus possit deuenitur ad alium, ergo insolidum, quia in pluribus obligatis pro parte non cadit illa electio neque secunda conuentio. quarto quia dicit exemplo tutorum qui conueniuntur insolidum, & in fine dicit, si unus est liberatus quia dolo non fecit deuenitur ad alium, quæ uerba omnia demonstrant quod plures depositarii insolidum tenentur, ergo obligatio ad restituẽdum est indiuidua, & declaratio ibi gloss. est destructiua tex. sed respõdetur ad has inductiones, & primo ad illud de tutore quod loquitur de secundaria obligatione, quia dicit si ambo dolum commiserint, ergo est secundaria obligatione, & ad illã ꝙ unusquisq; conuenitur, & electione non tolluntur, respondet ibi gloss. magna, procedere quando actum fuit ut tenerentur insolidum, & si dicatur quod est diuinatio & truffa, ut per Bar. in dicta l. stipulationes, respondetur per alias leges declarari, & dum dicit uterque potest conueniri, intelligitur pro parte & non insolidum, & dum dicit quòd non liberatur electione, illud est quia opportet quod tota res soluatur ut liberetur, & dum in fin. dicit uno liberato deuenitur ad alium, loquitur de secundaria obligatione propter dolum ad quam tenetur solus dolum committens, ut hic per Ias. qui non ita pueriliter errauit ut dicit Maria. nam ille tex. probat in principio dum dicit quod contra unum quemque agi poterit, & debet intelligi pro parte, quia non addidit insolidum, nec quod sint duo rei, nec quod eandem rem debeant quæ faciunt insolidum teneri, ut per Barto. in leg. secunda. in principio. in secunda quæstione infra de duobus reis, ergo probat quod duo principales conueniuntur pro parte, & dum dicit ibi electione, procedit quando habetur respectus ad solutionem quam unusquisque insolidum facit, & sic cadit electio, & si ommittit unum qui non poterat liberari nisi soluendo totum & uadit ad alium qui similiter non poterit liberari nisi soluendo totum, & sic patet quod imo probat opinionem Barto. in reliquis partibus loquitur de obligatione secundaria ratione doli & non probat contrarium.

Quarto inducitur lex si duo. ff. deposi. per Maria. ibi, ac si ipsi seruandam suscepissent, inducendo, quia si tenentur ac si suscepissent, ergo principales insolidum tenentur, ergo obligatio indiuidua, sed ipse respondet quod intelligitur de secundaria obligatione, ut melius intelligatur quando actum fuit, quia dicit seruandam suscepissent, ergo ex pacto spetiali.

Quinto inducitur tex. in l. in rem mihi. §. in exercitu. ff. comod. ubi contubernalibus commodauit uasa communi periculo & conueniuntur pro cuiusque parte, quasi actum fuit ut teneantur pro parte, ut declarat gl. in d. l. si ut certo. §. si. in fi. ergo si non est actum tenentur insolidum, sed responderi potest quod ibi ageretur insolidum pro custodia commissa quando rem non haberent, si uero rem haberent in integram conuenirentur, sed restitutionem pro parte facerent quamuis non liberarentur nisi tota res fuerit restituta, & sic apparet quod fundamenta contra communem non concludenter probant.

245 Verumtamen † quia & multa allegantur pro communi opinione quæ tamen & ipsa per multas responsiones euitari possunt ideo de earum responsionibus uidendum est.

246 Et primo † pro communi inducitur tex. in d. §. hæres. qui expresse dicit quod hæres pro parte tenetur, illi tamen respondent plærique, quod loquitur de secundaria obligatione, sed replicatur quod est diuinare. Item & secundo quod non conueniunt uerba, cum in secundaria obligatione teneantur insolidum. dicta l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. cõmo. & l. 1. §. si apud duos. uersi. proinde. supra. depositi. Dupplicatur quod duplex est secundaria obligatio, una quæ uenit ex dolo defuncti, & ad hanc hæredes tenẽtur pro parte. l. in depositi. supra depositi, alia quæ uenit ex dolo hæredum, & ad hanc unusquisque tenetur insolidum, dicta l. in depositi, & dicta l. si duo. uers. quod si lancem. Ad propositum dicitur quod in principio ille tex. loquitur de secundaria obligatione quæ uenit ex dolo defuncti, propterea duplicatur uerum esse quod hæredes tenentur in solidum ex secundaria propter dolum ipsorum hæredum, sed ille tex. intelligitur de secundaria obligatione descendente ex dolo defuncti. d. l. in depositi. ff. depositi, ut hic per Socci. triplicatur quod non potest intelligi de dolo defuncti, quia loquitur de hærede qui habet facultatem restituendæ rei, & sic erat in rerum natura & non interuersa à defuncto, sed quadruplicatur, quod in prima parte loquitur de dolo defuncti, & in secunda de dolo hæredis, quod probat Socci. quia tex. dicit, nisi habeat facultatem rei restituendæ, & non restituat, ergo loquitur de secundaria in persona hæredis, ergo & in regula etiam loquitur de secundaria, & ut differat, opportet quod sit secundaria defuncti, & exceptio declarat regulam in casibus non exceptuatis. l. nam quod liquide. ff. de penu. leg. Quincuplicatur quod in secunda parte non intelligitur de secundaria, quia solum dicit nisi habeat facultatem rei restituendæ, & conuenitur insolidum, & intelligitur ad ipsam rem restituendam primitiuam, cum secundaria re exstante non posit habere locum, item dicebat Ruynus. si intelligitur de secundaria hæredum in secunda parte ergo & etiam in prima, quo casu non posset teneri pro parte. argument. leg. primæ. ff. de rebus dubiis, alio etiam modo respondebat Claudius ĩ dicta l. stipulationes, quod ille tex. loquatur

loquitur in commodato, in quo obligatur hæres ex dispositione legis per traditionem rei, & re contrahitur. §. item is. instit. quib. mod. re contrahitur obligatio. ideo lex suam promissionem diuidit. l. 1. C. si aduersus uenditionem, cum glos. secus in alio casu, sed hæc ratio solum excluderet furem non autem alios contractus qui re contrahuntur, ut est depositum, pignus, & similes, unde non ualet, cum igitur intellectus illius text. sit ita uarius, & intelligentia quod loquatur de secundaria confundatur quia lex præsupponit rem extare integram & etiam sit diuinare quod dolo defuncti sit interuersa, ac etiam sit diuinare quod propter dolum hæredum sit interuersa, cum possideret usque ad executionem, sequitur quod prima pars nullo modo potest intelligi de secundaria, & per eam interueniant tot anfractus, melius est intelligere text. ut iacet, quod loquatur de primitiua obligatione, & sic probat concludenter communem opinionem & generaliter.

247 Secundo † pro communi inducitur dicta lex in condictione, de condictione furtiua, quæ expresse etiam dicit, si sunt plures hæredes teneri pro parte, respondetur secundum Socci. quod loquitur de obligatione secundaria, sed quia hoc est diuinare, ideo secundo respondet quod loquitur de actione legis aquiliæ, & quia hoc est magis diuinare, neque bene conuenit, respondetur tertio. secundum glos. ibi & Fulgosium, quod loquitur de condictione furtiua, quæ competit ad dandum. § sic itaque. insti. de actioni. & natura obligationis ad dandum est ut sit diuidua omni respectu, dicta leg. secunda. §. & harum. supra eodem. sed replicatur, quod quantum ad ipsam rem datur ad restituendum, quia domino competit, & solum competit ad dandum respectu æstimationis, dicto. §. sic itaque, ubi est spetiale, quòd condictio detur ad dandum rem propriam, & si agens nón est dominus, illa traditio non facit accipientem dominum nisi in æstimatione, quia in effectu habet naturam restitutionis, ideo & ipsa concludenter probat quod datur pro parte respectu restitutionis contra hæredes.

248 Tertio allegatur † text. in leg. secunda. §. fina. de prætoriis stipulationibus, ubi quis conueniebatur rei uendicatione, & postea interposita fuit stipulatio iudicatum solui, quæ in effectu continet promissionem de restituendo, & idem est in quasi contractu, qui inducitur ex litis contestatione, & tamen datur contra hæredes pro portione hæreditaria, & sic est diuidua obligatione, respondetur quod loquitur de secundaria obligatione ut uidetur sentire Barto. ibi, quæ tamen responsio non est uera, quoniam uult quod si conuentus moriatur ante litis contestationem, solus possessor conueniri potest, ergo agitur de primitiua obligatione quatenus conuenitur ad rem, & facit tex. in leg. si possessor. ff. de rei uendicatione, unde secundo potest responderi, quod ibi loquitur de promissione adhibita super rei uendicatione, unde sequitur naturam suam, iuxta leg. si cum. §. qui iniuriarum. ff. si quis cautionibus. tamen nec hæc responsio est sufficiens, quoniam non apparet concludenter quod illa stipulatio haberet contrariam naturam, unde etiam probat communem.

249 Quarto † allegatur tex. in leg. eandem. ff. de duobus reis. a contrario sensu, ubi si actum est ut teneantur insolidum efficiuntur duo rei, & tenentur insolidum, ergo a contrario si non est actum tenentur pro parte, sed respondetur secundum Maria. quod illud ibi est propter naturam contractus, & ex natura contractus ibi efficiuntur duo rei, & tenentur insolidum, quod tamen nihil est, quia non tenentur tanquam duo rei nisi actum sit, ergo non uenit ex natura contractus, & dum tex. dicit, utriusque fidem secutus, accidētale est, quod sequatur fidem utriusque insolidum, & probatur in dicta leg. si ut certo. §. fin. ff. commodati, quicquid dicat Marian. hic, ideo probat.

Quinto inducitur ratio Socci. hic, qui dicit quod in debito, rem restitui, nunquam potest esse uarietas solutionis, cum re extante possidens teneatur præcise, & semper in eadem re contingit solutio, unde cessat ratio faciendi eam indiuiduam, sicut contingit in obligatione rem tradi, in qua succedit obligatio ad interesse per moram, & potest esse uarietas, sed tu potes negare quod fiat uarietas obligationis in stipulationibus factorum, cum post moram duret obligatio ad ipsa facta, sed succedit noua obligatio ad interesse, ut illud præstando liberetur, sed si placeret ei potius facere factum quam soluere interesse ipse posset hoc facere, & ideo datur actio ad interesse cumulatiue cum principali, non priuatiue secundum Barto. in dicta l. stipulationes, in octaua quæstione. præterea potest eadem uariatio fieri ante solutionem in alia parte, quo casu non erit plena uarietas, ideo sequitur quod non potest induci incon ueniens. §. pro parte. in fi. per solutionem, & illa uarietas non inducit seu non potest facere obligationem esse diuiduam uel indiuiduam, & indiuisibilitas sumitur aliunde, ut supra dixi, quando non præstat utilitatem in parte sicut in toto, & hic Maria. tenet multis uerbis per tres columnas, & sic non probat hæc inductio. uere tamen ex aliis optime fundatur communis opinio.

250 Propterea † resolutiue teneas communem opinionem, quod obligatio, rem restitui, sit diuidua, & solum potest effici indiuidua solutione, quæ opinio confirmatur per ea quæ dixi in præcedentibus de stipulatione, rem tradi, quæ quoque est diuidua obligatione ut ibi probaui, ergo & fortius hæc obligatio ad restituendum erat diuidua, ut hæredes solum possint conueniri pro parte hæreditaria, & condemnari, quamuis postea soluendo partem non liberentur nisi & integram rem præstent, per dictam. l. si duo. §. quod si lancem. supra depositi.

251 Si tamen † tibi placeret opinionem contra communem inquantum potes saluare, concordando ita debes distinguere, aut enim sumus in principalibus, & tunc absque dubio obligatio rem restitui, est indiuidua omni respectu, quia nulla obligatio diuiditur inter principales ut in hoc tex. in fi. & dixi in 13. no.

si uero promissor obligatus ad restituendum mortuus est relictis pluribus hæredibus uiuente stipulatore seu creditore, & tunc potest teneri quod adhuc sit indiuidua obligatione, & ideo stipulator possit conuenire unumquemque hæredum insolidum, & cum intersit sua non agere contra tot personas, arg. l. 5. §. fi. infra eodem. ibi, siue iniuria stipulatoris, nec est præiudicium ipsi hæredi conuento, quoniam omnimodo liberari non poterat nisi totam rem præstaret, unde parum offenditur quod ipse insolidum côueniatur & condemnetur, & ita potest procedere opinio contra communem, si uero moriatur stipulator relictis pluribus hæredibus uiuente stipulatore, tunc omnimodo erit diuidua obligatione, & singulis hæredibus stipulatoris poterit competere actio pro parte tantum contra promissorem, cum si esset indiuidua obligatio ageret contra promissorem insolidum, & multum grauaret quod singulis hæredibus insolidum teneretur respondere sine utilitate hæredum stipulatoris quorum non interest habere totum, cum tantum modo partem retinere possint quæ ipsis est acquisita pro hæreditaria portione, & ubicunque non interest stipulatoris, legislatores noluerunt grauare promissorem, ut dicitur in leg. 2. §. item si in facto supra eodem. propterea opportet dicere, uel quod ipsi possint agere tantummodo pro sua parte hæreditaria, uel si agant insolidum repellantur exceptione quia in plus non interest eorum, ut dicitur in dicto. §. item si in facto. Et pro hac distinctione facit tex. infra. ea. l. §. fi. & l. ita tamen. §. si tamen plures. ff. rem ratam. hab. iunct. fin. & l. quod si nolit. §. si plures. ff. de ædi. ædi. & lex prætoriæ. §. incertam. infra. de prætor. stipul. & faciunt ea quæ dicuntur supra in q. an retrouenditio debeat fieri insolidum a pluribus hæredibus. in leg. 1. & quæ ibi dixi post Alcia. num. 78. ideo communis opinio est omnimodo tenenda in hæredibus ipsius stipulatoris, quamuis contraria in hæredibus promissoris sustineri possit per prædicta.

252 Tertia est opinio † in totum contraria præcedenti, nam præcedens uolebat quod esset indiuidua obligatione & solutione, hæc uero uult totum contrarium quod sit diuidua & obligatione & solutione, quam ponebat hic Imola, & in dicta l. stipulationes, & eam tenet etiam Ruy. hic, & mouentur, quia si est diuidua obligatione ut admittunt Docto. ergo est etiã diuidua solutione, quia hæc est natura obligationis ut solutione illius quod debetur tollatur obligatio. §. primo. insti. quibus modis tollitur obligatio, quæ tamen ratio parum stringit ut dicebat Alex. in dicta l. stipulationes, & Ias. hic in principio. quia consequentiam destruit text. in dicta l. 2. §. & harum. supra. eodem. & leg. in executione. §. pro parte. infra eodem.

Secundo etiam adducebat, quia cum præcise possit cogi non potest deueniri ad illud inconueniens §. pro parte. quod facit solutionem indiuidam, sed nec etiam hoc stringit, quia saltem re perẽpta potest deueniri ad illud inconueniens. dicta l. in re furtiua. ff. de condictio. furtiua.

Tertio Marianus adducit tex. in dicta l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. supra commodati. uersi. sed est uerius. nam cum dicat quod dolum uel culpam seu diligentiam quilibet tenetur præstare insolidum, innuit a contrario, quod æstimationem ipsius rei, seu rem ipsam quilibet tenetur præstare pro parte, & loquitur de solutione propter uerbum præstare, & facit etiam lex in commodato. §. si ex facto. eodem titulo. ubi uidetur innuere quod extra casum illius textus hæres sit condemnandus pro parte, sed ipse respondet quod argumentum a contrario non debet summi ex dictis iuribus, cũ habeamus legem aliter dicentem in dicta lege si duo. ff. depositi. Item potest dici, quod argumentum procedit quantum ad obligationem, non autem quantum ad solutionem.

Quarto dicebat hic Alcia. hanc opinionem esse multum coloratam, quia idem est in obligationibus dandi, cui uidetur æquiparari cum præcise cogatur, sed nec etiam hæc stringit, quia in obligationibus dandi debitor tenetur transferre dominium, quod est ualde difficile, ideo habilitatur hæres ut teneatur tantum ad portionem suam, in obligatione uero, rem restitui, uenit simplex traditio quam facilius possunt hæredes facere si eam habent, & si non habent ex dolo defuncti liberantur ad suam portionem æstimationis, si ex dolo suo æquũ est ut in solidum teneantur de eo quod ipsi fecerunt, ideo apparet quod æquitas potior est ut teneantur insolidum ad restituendam rem extantem, sed quando teneantur ex contractu defuncti obligentur ad partem, per dictam l. pro hæreditariis, & ad partem conueniantur. dicta leg. 3. §. hæres, & sic adducta contra communem non probant.

Quæ communis uidetur multum probari per dictam l. si duo. ff. depositi. ibi, nisi pro solido restitui potest, & ibi, plane nisi integre rei restitutione eum cum quo actum fuit liberari non posse, & si non restituatur condemnandum esse quemlibet pro parte, quæ uerba demonstrant quod loquatur de primitiua obligatione, & mutent casum, ibi, nam nisi pro solido, quia præsupponit rem extare, & non conuenire quod loquatur de secundaria obligatione. Imol. tamen respondebat, quod totus ille text. loquitur de secundaria obligatione ratione doli, & a uersic. quod si lancem, usque ad finem perseuerat in eodem casu, quia semper facit mentionem de interuersione rei, & est magna uiolatio dicere quod ibi ponantur tres casus, unus de pecunia, alius de spetie in secundaria obligatione, & postea in uersi. nam si, & uersi. plane, mutet casum, & loquatur de primitiua obligatione contra seriem illorum uerborum, quæ demonstrant quod in tota illa lege in primo dicto loquente de interuersione, & postea confirmato per secundum, cum repetitione uerbi, de interuersione, uolunt loqui de secundaria obligatione aliquod dictum de primaria, & ideo dum text. postea dicit, & nisi pro solido res restitui posit, exponi debet, id est destrui uel interuersam pro parte restitui, & in eisdem

terminis

terminis semper loquatur, & licet Maria. dicat quod est uere destruere illum textum intelligere de secundaria obligatione, & non conueniant literæ, tamen clarum, uidetur esse quod ille text. semper loquitur quando res fuit interuersa, quia dicit (nam certum est unumquemque insolidum dolo fecisse) cum non possit nisi pro solido restitui, quasi dicat, quod licet dolus sit adhibitus in parte, tamen uidetur adhibitus in totum, cum si restitueret partem rei tantum propter deteriorationem non possit liberari quia non potest restitui nisi pro solido. ergo similiter destructa re pro parte dicitur destructa insolidum quantum ad effectum solutionis, & expositio tunc optime conuenit, atque etiam dicitur conuenire expositio, quod nisi integræ rei, idest incorruptæ rei restitutione potest liberari, & si dicas, imo mutat casum, uidetur magna destructio illius tex. dicere quod in uersi.& nisi,& uersi.nec tamen, mutetur casus, & dicatur quando non fuit interuersa, & si tu replicas, imo loquitur de primitiua obligatione, quia dicit, integre rei restitutione. ergo non erat interrupta, respondetur quod intelligitur de ęstimatione integra restituenda, ut in simili dixit tex. in l. in stipulationibus. §. primo. infra eod. sed tamen dupplicatur quod hoc non potest stare, quia tex. postea subdit, si res non restituatur condemnandum esse pro qua parte hæres sit, & intelligitur de æstimatione, ergo supra loqutus fuit de restitutione rei.

Quare tutior uidetur esse communis intellectus, quod ille text. in uersi.& nisi, mutet casum, & loquatur de primitiua obligatione, & probet plene communem opinionem, dicendo rem non posse restitui nisi insolidum, nec liberatur per restitutionem rei, ideo si nō restituunt integram deueniatur ad æstimationem, & non tenentur nisi pro portione sua, & ita in practica uidetur tenendum propter authoritatem communis opinionis, cum adductis in contrarium uideatur sufficienter responsum.

253 Nihilominus † quia communis opinio fundatur solum in dicta l. si duo. quæ recipit tot intellectus, & prima facie apparet uiolatio literæ quod non mutet casum, cum in principio & in medio semper replicet uerbum (de interuersione rei) nō uidetur sufficienter probari posse, & econtrario militant rationes, quod si est diuidua obligatione ergo & solutione, nisi quando potest deueniri ad inconueniens ut possit fieri solutio in diuersis rebus, dicta l. secunda §. & harum. supra eodem. In hac autem restitutione nunquam potest deueniri ad illud inconueniens, quoniam re extante semper possidentes coguntur restituere rem, & nunquam potest deueniri ad æstimationem, ut necessario tantummodo res ipsa etiam per partes diuersas ueniat restituenda, & si res perempta sit, tunc semper deuenitur ad estimationem, & in singulis hæredibus semper fienda est solutio de estimatione, & nunquam potest euenire cum sit perempta quod possit fieri solutio pro parte de re si non extat, & pro parte de æstimatione, & si tu præsupponis unum hæredem soluisse partem & liberatum fuisse, & si postea periret alium teneri ad æstimationem, & ita fieri solutionem in diuersis rebus, respondetur quod illo casu necessario tota dicitur esse perempta, quia sublata forma res desinit esse. l. Iulianus. §. sed & si quis. digestis ad exhibendum. & amplius non dicitur habere rem & ęstimationem, & si facta solutione fundi postea casmate uel alluuione alia pars periret, adhuc non contingeret solutio in diuersis rebus, quoniam & res ipsa quæ perit pro parte erat accipientis, cum solutio facta fuisset pro parte pro indiuiso, & pars quæ remansit tantummodo pro portione sua esset ei acquisita, taliter quod de eadem re semper secundario fieret solutio, cum ergo appareat quod nunquam potest contingere in uno casu solutio in diuersis rebus, sequitur quod non poterit res dici indiuidua solutione, sicut uidemus in obligatione dandi, in qua istud de peremptione rei contingere potest. l. si seruum. §. fi. inf. eodem, & tamen semper remanet diuidua omni respectu. dicto. §. & harum.

254 Et hanc † ego puto in puncto iuris ueriorem esse opinionem, concordando tamen potes distinguere ut supra, Aut sumus in principalibus, & semper est omnimodo indiuidua, ut in text. nostro. in fin. Aut sumus in hæredibus promissoris uiuente stipulatore, & tunc remaneat indiuidua solutione propter maiorem commoditatem stipulatoris, quæ multum considerata fuit a legislatoribus, dicto. §. item si in facto, & dicta l. 5. §. fin. si uero sumus in hæredibus stipulatoris, & tunc omnimodo tenenda sit opinio contra communem quod sit quoque diuidua solutione, quoniam singuli hæredes agere possunt tantummodo pro sua parte, & promissor soluendo partem dicitur plene satisfecisse ut amplius non intersit actoris, & si consequeretur totam rem haberet plus debito & teneretur illas partes restituere cohæredibus, ideo talis circuitus inutilis euitandus est. lege dominus testamento. digestis de condictione indeb. & not. in l. prima. digestis de leg. primo. & si postea alii cohæredes agant pro portione sua, tunc promissor liberaretur præstando uel partem rei uel æstimationem, si daremus casum quod euenire posset, & non incideremus in illud inconueniens propter diuersitatem personarum. unde cum omnimodo nihil intersit actorum, est necessarium dicere quod soluendo partem unicuique omnimodo liberetur, uel saltem agentes ad totum repellantur per exceptionem quod non interest, dicta. l. secunda §. item si in facto. supra eodem.

255 Quartam † opinionem refert Marianus hic numero 97. dicens quod si consideratur factum respectu sui dicitur esse indiuidua omni respectu, & si consideratur principaliter res ipsa tanquam debita, & tunc sit diuidua omni respectu etiam solutione, dicto. §. hæres. quod etiam similiter tradidit de stipulatione rem

tradi, sed tamen hæc solutio nihil noui affert, & potius confirmat opinionem quam supra dixi in puncto iuris ueriorem, quod semper sit diuidua omni respectu, ex eo quia nunquam consideratur factum principaliter, sed semper consideretur res ipsa, quoniam quando factum exercetur circa rem deductam in esse. semper est accessorium ipsius rei, & res ipsa principaliter per contrahentes deducitur in stipulatiouem, ut patet in datione, quæ licet sit merum factum. l. in facto de conditio. & demonstratio. tamen quia tẽdit ad dominii translationem ammittit naturam facti & incipit esse noua species separata ad obligatione faciendi, ut dictum fuit in l. ij. in principio. supra eodem, & repetitum in præmisis supra & in notabilibus.

256 Quintam † opinionem ponebat ipse Marianus distinguendo, aut loquimur in pluribus principalibus, & indistincte sit indiuidua obligatione & solutione, quia ipsi seruandam susceperint, & concedentes uidentur secuti fuisse insolidum fidem eorum, dicta l. j. §. si apud duos, secundum corticem uerborum quam ipse tenet, reiecta interpretatione glos. ibi, Aut uero loquimur in pluribus hæredibus, & tunc est diuidua obligatione & etiã solutione, dicto. §. hæres. & rationem assignat, quia principales ex proprio contractu tenentur, & ipsis imputetur, sed in hæredibus procedit regula. l. pro hæreditariis. Cod. de hæreditariis actionibus. & ad idem allegat dictam. l. eandem. infra de duobus reis. sed nec ista distinctio aliquid noui affert, & dum uult quod in hæredibus dicatur diuidua omni respectu, concordat cum præcedenti opinione quam in puncto iuris dixi esse ueriorem. dum uero loquitur de principalibus, conclusio sua non bene probatur in dicta l. si apud duos, & secundum communem intellectum in aliis partibus supra affirmatum & ueram ponderationem ipsi possunt conueniri pro parte si non est actum quod teneatur insolidum, cum & in pluribus principalibus natura contractus sit ut teneantur pro parte. l. reos. §. cum in tabulis. ff. de duobus reis. & ideo in tota hac materia non sit distinctio inter plures principales & plures hæredes, quia eadem est ratio diuidendi. dicto. §. cum in tabulis. & lege. j. C. si plures una sententia. & text. in l. si ut certo. §. si duobus uehiculũ. ff. com. addidit uerbũ (pluribus simul dedit) quasi unicuique insolidum dederit & ideo succedit distinctio ibi posita,

257 Sextam † ponebat distinctionem hic Alcia. dicens, Aut sumus in principalibus pluribus, & tunc semper tenentur insolidum, quia hoc tacite uidetur esse actum. dicta. l. eadem. quæ non potest aliter intelligi sine cauillatione. & dicta l. si apud duos. & si sine contractu contingat propter uiolentiam uel dolum, tenentur insolidum. l. j. §. quatenus. ff. de ui & ui arma. l. denique. §. fi. dige. quod ui aut clam. Si uero sumus in hæredibus & tunc si nõ interuenit cõtractus tenẽtur pro parte tãtum obligatione & solutione. d. l. in cõdictione. de condictione furtiua. si uero præcessit contractus, & tunc heredes obligantur pro parte, quia lex diuidit obligationem. dict. l. pro hereditariis. & creditor non est secutus eorum fidem, sed non possunt soluere partem propter damnum creditoris ni si sit debitum pecuniæ. dicta l. si duo, in principio. & in fi. sed tota hæc distinctio est falsa, quia si principales promittunt custodiam insolidum, eam etiam promisserunt per suos hæredes, & contrahentes cogitant de hæredibus sicut de principalibus saltem in factis transitoriis ad hæredes, ut in hac custodia ut per Alcia. supra in suo primo no. & fortius quando facta fuit mentio hæredum. & ex persona hæredum non debet mutari conditio custodiæ & doli, quia est indiuidua, ut in hac lege, in principio. dum loquitur de stipulatione dolum malum abesse, & tex, in dicta. l. si duo dicit quod hæredes interuertentes tenẽtur ex dolo suo ergo uenit ex natura promissionis sicut in principali. & si dicis esse de natura contractus, trãsibit etiam ad hæredes. item hęc opinio est contra tex. in dicta l. prima §. si apud duos. in principio, qui probat quod plures principales conueniuntur pro parte, dum simpliciter dicit contra unũquemque agi poterit. sed quia non potest liberati nisi soluat totum, ideo propter hanc causam subiecit quod neque electione liberantur, & sic non potest procedere, in eo tamen quod dicit hæredes teneri pro parte aliquando, concordat cum præcedenti opinione firmata.

258 Quare habes † quod opinio contra communem (ut semper sit diuidua omni respectu) in puncto iuris uerior est, & eam tenuerunt prædicti docto. & confirmauerunt in suis distinctionibus, & plene probatur in dicto. §. hæres. in principio secundum uerum intellectum, & in dicta l. in condictione, de condictione furtiua, & in dicta l. secunda. §. fi. infra de prætor. stipulationibus. non uiolando literam, & per rationem supra positam, quod nunquam potest contingere solutio in diuersis rebus, tamen si uis adhærere communi opinioni teneas septimam opinionem quam supra posui distinguendo inter hæredes promissoris & stipulatoris, quæ uidetur tutior & æquior opinio, & practicæ magis conueniens.

259 Tenendo † tamen communem opinionem in totum, quam propter eius authoritatem forsan multi in practica seruarent, ampliat eam Bart. procedere nedum quando plures possident rem restituendam, sed etiam quando unus insolidum possidet, quia ipse solus non conuenietur, sed cæteri hæredes conuenientur pro portione hæreditaria, quoniam diuidua est obligatio, per text. in l. si tibi homo. §. si fundus. digestis de leg. primo. ubi testator grauauit hæredes dare fundum qui erat unius hæredis tantum, & ideo legatario non competebat rei uendicatio, & tamen ipse solus possidens tenetur pro portione sua, & hanc ampliationem sequuntur Angelus, Aretinus, Soccinus, Bolognin. Alexandr. & Ias. qui dicit esse communem, tamen text. dicto. §. si fundus, in quo eam fundat Bartol. faciliter potest euitari, cum loquatur de obli-

obligatione dandi quæ omni respectu est indiuidua, ideo non uidetur probare in rei æstimatione quæ est saltem indiuidua solutione ut dicit Bart. in dicta l.stipulationes. in 8.oppositione. Secundo non probat, quia loquitur de obligatione quæ incipit ab ipsis hæredibus quæ semper inter eos diuidua est, hic nos loquimur de obligatione quę fuit indiuidua in persona defuncti, unde potuit transire cum sua natura ad hæredes. Tertio non probat, quia ibi manifeste constat testatorem uoluisse grauare pro parte, quia non direxit uerba ad ipsum possessorem sed direxit ad omnes hæredes grauando eos.arg. l. quæ conditio.de conditio.& demonstratio.hic uero uerba directa fuerūt ad principalem, & postea cum sua natura debuit transire ad hæredes,

Secundo pro ista opinione allegatur text. in l. cum ab uno.de leg. secundo. ubi est speciale quod actio detur insolidum, ergo in contrarium est regula communis.sed respondetur secundum Rippam quod ibi est speciale circa actionem de dote quæ competit ad retro dandum, & est omnino diuidua,nos loquimur in actione quæ datur ad restituendum,& est omnino diuidua.

Tertio allegatur regula dictæ l. pro hæreditariis, quæ generalis est,sed respondet Rippa quod loquitur quantum ad effectum, quoniam completo circuitu unusquisque tenebitur pro parte, tamen exercitium insolidum semper datur contra possidentem,sicut uidemus in dicto.§.hæres. in fi.

Quarto inducitur tex.pro communi in dicto.§. hæres,a,contrario sensu, dum dicit, congruit iudicio bonæ fidei quod detur contra possidentem, ergo in actionibus stricti iuris dabitur contra omnes.Respondet Rippa hic num.25.quod actio stricti iuris ad restituendum est arbitraria post sōtentiam, ut per Bartol. in l. in actionibus. de in litem iurand & ibi etiam dixi. ergo officium iudicis interponetur æqualiter, & idē dicitur in utraque actione, & sumitur argumentum a contrario, & tamen non negatur de aliis.

Quinto adducitur secūdum Bologninum, quia si quando concurrit rei uendicatio datur insolidum,dicta l.si plures.ff.de ui & ui arma.ergo a cōtrario si non cōcurrit non dabitur insolidum sed pro parte.capitulo cum cessante. de appellationibus. Respondetur secundum Rippam, quod non colligitur argumentum neque a cessante neque a contrario sensu, cum eadem æquitas sit in ipsa actione personali, quia possidet solidum, & quando est unita rei uendicatio uirtus fortificatur nō de nouo conceditur. Secundo respondetur quod ille tex,habet alium sensum ut infra dicetur super limitationibus istius ampliationis.

Sexto inducitur text. in dicta l.secunda.in fi. de prætoriis stipulationi. qui dicit expresse contra omnes agi debere etiam uno possidente, & ibi per contractum stricti iuris, uel qui inducitur ex litis contestatione, uel propter promissionem de iudicatum soluendo hæredes tenebantur restituere, sed respondetur infra super illa limitatione istius ampliationis, quod ibi illud euenit quia actio realis habet hanc naturam, & contractus super ea appositus sequitur illius naturam & sic apparet quod fundamenta adducta pro ista opinione concludenter non probant, licet Socci. in fi.per illa uidebatur eam tenere.

260 Qua propter†Roma.Paul.Ang. Barb. post Cy. quem refert Rippa tenebant contra istam ampliationem, uolentes generaliter quod in quocunq; iudicio tam stricti iuris quam bonæ fidei semper solus possidens teneretur ad rem restituendam,& insolidum conueniri debeat, & pro hac opinione adducebantur multa quæ refert hic Socci.

Et primo,quod obligatio ad restituendum habet naturam actionis realis,nam illa mortuo conuento ante litis contestationem facit hæredē possidentem teneri,si moriatur post litis contestationem omnes hæredes tenentur.l.possessor.supra de rei uendicatione,sed hoc totum seruatur in stipulatione iudicatū solui,uel cōtractu ex litis contestatione inducto,ergo habent eandē naturā & assimilantur.l.ij.§.fi.inf.de prætoriis stipulationibus.sed actio in rē datur solū cōtra possidentē, ergo & etiā actio ad restituendū. Respōdebat Alex. ꝙ similitudo non procedit,quia natura realis est dari cōtra possidentē.d.l.j.C.de aliena.iudi. mut. caus.facta.& natura personalis est quod detur pro parte.dicta.l.pro hæreditariis.& d. l.in condictione.Secundo respondetur, quod ibi stipulatio est accessoria & sequitur naturam sui principalis:regula accessorium.de reg.iur.in 6. Tertio dicitur, quod ibi contractus est factus super rei uendicatione, ideo sequitur eius naturam.l.si eum.§.qui iniuriarum.ff.si quis cautioni.& no.in rubr. supra eodem.uel quarto dicitur,quod ibi stipulatio nō committitur nisi sit noua instantia,ut per Paulum de castro ibi.uel quinto ille tex. nō dicit quod stipulatio prætoria detur insolidum,sed solum ipsa rei uendicatio,& tex.ille uidetur relinquere indecisum,& surda aure procedere,ut ibi dicit glo.unde concludenter non probat.

Secundo contra dictam ampliationem inducitur tex.in dicto.§.hęres.in fin. qui uidetur generaliter procedere,& non restringitur ad iudiciū bonæ fidei, sed respondetur quod imo loquitur in casu speciali, quia dicit conuenire bonę fidei iudiciis, & in præcedenti.§. etiam diuersitatem posuit inter contractus bonæ fidei & stricti iuris, præterea secundum aliquos ille text. loquitur de secundaria obligatione, ut dicetur infra super limitationi.Bartol.tertio ille text. dicit quod debet condemnari,non autem dicit quod possit conueniri seu obligatus sit, quia imo conuenitur pro parte,sed propter exuberantiam bonæ fidei condemnatur insolidum,& in hoc sit spetialitas.

Tertio inducitur text.in l. si plures. de ui & ui arma.sed respondetur quod ibi hęredes conueniūtur ex delicto defuncti,ideo non tenentur nisi quatenus ad ipsum peruenit, ut ibi not. Bartol. secundo respondetur quod ibi natura illius iudicii hoc facit, ut etiam ibi dicitur in principio, uel tertio responde, quod loquitur in actionibus personalibus in rem scriptis, quæ sui

natura dantur contra possessorem, ut dicetur in sua limitatione.

Quarto contra Bar. adducitur l. ij. C. si unus ex pluribus hæredibus. ubi unusquisque hæres insolidum conuenitur ad pignus, sed respondetur quod loquitur in actione hypothecaria, quæ est actio in rem, & datur ex sui natura contra possessorem, tātum. secundum Socci. hic. l. pius. ff. de pignoribus. & l. eos. C. qui potio. in pigno. habe. unde infertur quod si actio personalis intentaretur pro pignore quod daretur contra hæredes pro hęreditaria portione tantum ut inquit ille tex. in princi.

Quinto contra ampliationem allegatur, quia obligatio (rem restitui) est indiuidua, ergo non potest dari contra hæredes pro parte, quia indiuidua obligatio producit actionem in solidum cōtra omnes hæredes, sed respondetur negando cōtrarium, quia imo opinio uerior est quod obligatio sit diuidua, & secundum aliquas opiniones etiam est diuidua solutione.

Sexto inducitur, quia si hoc admittitur in actionibus bonæ fidei, idem debet esse in actionibus stricti iuris, quia non datur differrētia. ut per glo. in l. ad ea. ff. de reg. iur. sed respondetur quod ratio differrentię ponitur in illo tex. fundata in natura bonæ fidei iudicii, uel secundo ille tex. retorquetur secundum alium intellectum, quia ibi semper conuenitur hæres pro parte, ut infra dicetur in limitatione. quoniam solum dicit quod condemnatur, non autem quod conuenitur, & licet Soc. hic dicat quod nō possit procedere, quia sentētia nō esset conformis libello, tamē ibi respōdebitur.

Septimo inducitur ratio euitandi circuitū, cū si cōueniatur uterq;, opportet quod alter repetat a possessore ideo melius est ꝙ agatur directo cōtra possidentem. l. dominus testamēto. ff. de cōdictio, indebiti. sed respondetur quod circuitus utilis attenditur quādo fundatur in regulis iuris quæ multum uiolarentur, ut probatur in hoc text. & in dicto, §. itē si in facto, cum tota materia. ubi cohæredes non contrauenietes cōueniūtur. & soluūt, & solū restat sibi remediū repetendi ab eo qui contrauenit, itē illa regula procedit pluribus interueniētibus secundum terminos positos in l. cum fundus §. seruum tuum imprudens. ff. si cert. petatur.

Octauo inducitur ratio, quod in pluribus principalibus ille solus conuenitur qui possidet. glo. in l. Iulianus. §. non solum. uersi. proinde. ff. ad Macedonia. sed respondetur quod illa glos. procedit quando agitur cum pluribus principalibus, secus quādo agitur cum pluribus hæredibus unius principalis in quibus a lege xii. tabula. facta fuit diuisio, per l. pro hæreditariis, Codic. de Hæreditariis actionibus. propterea apparet quod etiam adducta contra ampliationem concludenter non probant, & quod articulus redditur disputabilis.

261 Nihilominus † quia allegata pro ampliatione fundantur in regulis iuris claris, quod omnes actiones diuiduntur inter hæredes quæ non impediuntur quando lex non impeditur ex eo quod præstari non possit, & multum text. stringit in dicta l. 3. §. hæres. non uiolando literam, & in dicta l. secunda §. fin. de prætoriis stipulationibus, cum diuidatur obligatio, est inconueniens quod agatur in plus quam fuerit obligatus, ideo tutior & probabilior est opinio Bar. quod nō possit conueniri hæres nisi pro parte, quamuis possideat, sed postea in exequtione, quia solidum possidet ex arbitraria actione, quę habet locum in obligatione rem restitui, interueniente iuramento in litem, exequtio fit insolidum. iuxta nota. in l. in actionibus. de in litem iurando. & in l. ij, digestis de eo quod cer. loc. ibi maioris pecuniæ fit condemnatio.

262 Hæc tamen † ampliatio ita firmata per Bar. limitatur per eundem non procedere in tribus casibus ptimus est, quando hæres possidet & conuenitur actione bonæ fidei, quia licet sit obligatus ad partem, tamen potest conueniri & insolidum condemnari, per dictam l. 3. §. hæres. in fin. & sequuntur communiter* docto. sed Raphael Cuma. & Castellionus & Socci. tenent contrarium, quod imo etiā in hoc casu non possit cōueniri hæres nisi pro parte, & sic limitatio non sit uera, & ampliatio generaliter procedat, quia quod sit actio bonæ fidei non facit quod hæres possit conueniri in plus quā fuerit obligatus, sed solum in actionibus bonæ fidei officium iudicis facit quod aliquando exuberantius condemnatio fiat, & quod quædam accessoria exigantur. l. quia tantumdem. ff. de neg. gest. & actio personalis sequitur obligatum. non ipsam rem uel possidentem. l. j. §. si hæres. ff. ad Trebellianum, & l. fi, §. fi. ff. de contrahend. emptione. regula legis pro hęreditariis generalis est ad omnes obligationes tam bonæ fidei quam stricti iuris, & sequitur ibidem Bal.

263 Nec obstat † text. in dicto. §. hæres. quia secundū istos & Aretinum, ille tex. loquitur de secundaria obligatione in quam incurrit hæres solus possidens quando iubetur restituere & non restituit, ut patet ibi in tex. in illo uerbo (& non facit) propter quam causam ex dolo suo tenetur insolidum nam ibi pręsupponitur quod fuerit interrogatus an possideret & dixerit dolose quod non possidet, uel etiam possidens non restituat. nam tunc propter istum dolum incidit in secundariam obligationem propter quā tenetur insolidum. l. in depositi. & l. si duo. uersi. quod si lancem. ff. depositi. & l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. commodati. quæ tamen responsio reprehenditur hic per Ias. in fin. conclusionis, quoniam ille text. præsupponit quod ille possidebat & ita res extabat, ergo non potest dici esse obligationem secundariam ex dolo, in quam solum incurritur quando interuertitur & destruitur res, dicta l. si duo. in principio, & in dicto. §. quod si lancem, ibi, aut lancem conflauerint uel passi fuerint ab alio conflari, uel alias speties dolo fuit interuersa, faciendo quod non possit præstari, & in dicta l. in depositi. quoque tenetur ex delicto suo. & in l. in commodato. §. si ex facto. & l. in rebus in principio. & §. primo, & l. rem mihi. §. primo. digestis commodati, quando autem quis habet

rem

rem, ex hoc solo quod non restituit non incurrit in obligationem talem quasi interuerterit, sed solum in contumaciam seu contrauentionem, & causatur dolus in non soluendo, de quo in l. dolus. digest.mand.qui non sufficit ut incurratur in obligationem secundariam per quam teneatur insolidum, & alter liberetur ut hic per Ias. & pro sua opinione facit text.in dicta l. si duo. in fin. qui dicit, quod si non restituat quilibet, condemnatur pro parte, ergo ex contumacia sola uel contrauentione seu ex dolo in non restituendo non potest teneri insolidum.replicant tamen quidam quod ibi erat res interuersa, quia ipse dicebat nō habere, & ocultauerat; & poterat ipse reperire si uolebat, sed quia dicebat non posse, ex dolo suo uidebatur interuersa tāquam si periisset,& dicitur non uelle quando captis pignoribus persistit in negando secundum Alexandrum in l. secunda §. ex iis. in glos. non mutatur. in fin. supra eodem. & sic res dicitur interuersa quando eam habet & negat se habere & non uult restituere. Duplicatur tamen quod hoc est nimis uiolare literam, quia text. præsupponit simpliciter quod possideret, & poterat restituere & non restituit, & ideo dicit, quia possidet condemnatur insolidum,& hoc etiam ego puto uerum,& supra etiam firmaui quod totus ille text. loquatur de primitiua obligatione tam in principio quam in fin. unde secunda datur responsio ad illum texrum per Iaso.quod ibi hæres non conuenitur nisi pro parte, sed tamen iudex condemnauit eum insolidum quia non poterat liberari soluendo partem suam cum insolidum possideret propter exuberantiam bonæ fidei, & ex natura actionis bonæ fidei condemnatur insolidum ad euitandos circuitus & expensas, nec obstat quod exceptio debet esse de regula, l. nam quod liquide. de penu.leg. ideo cum in principio conueniatur pro parte ergo exceptio debet esse quod conueniatur pro parte, quia respondetur quod iurisconsultus ulterius processit demonstrando quod uoluit facere exceptionem ad condemnationem non autem ad obligationem ut conueniat libello, qui intellectus originaliter fuit Francisci de Ramponibus prout refert Bald. in dicta l. pro hæreditariis. & Soccin. hic & Hieronymus torti, & Besutius, & probatur ibi quasi iudicis officio. argument. text. in l. ædiles. §. item sciendum.digestis de ædilitio ædicto, & in effectu sequitur hic Alcia. confirmans eum numero 71. quia per facultatem rei restituendæ non debet uariari conditio obligationis sed solum modus solutionis, argument. l. supra iter. §. apud Ferocem. digestis de aqua pluuia arcen. Nec obstat quod fiat condemnatio ultra petitionem, quia de iis quæ superuenerunt exuberantia officii iudicis potest fieri condemnatio. dicta l. ædiles. §. item sciendum ut hic per eum, & sequitur in effectu Maria.hic num.113.licet etiam defendere conetur quod loquatur de secundaria obligatione, quod tamen non est uerum,ut dixi.

264 Tu autem † potes concordando opiniones dicere,quod utrunque uerum est,& quod agatur ibi de primitiua obligatione,& conueniatur pro parte, & quod postea agatur de secundaria obligatione superueniente, & condemnetur insolidum, recurrendo ad ea quæ ponūtur in l.in actionibus. digest.de in litem iurand.ubi docto.post Bart. allegant dictum §. hæres.in materia iuramenti in litem, propter quod iuramentum qui conuenitur pro parte potest condemnari insolidum, & Bart. etiam & omnes docto.in dicto.§. hæres. tenent ꝙ procedat ille tex.in materia iuramenti in litem, ideo pro intelligentia debes præsupponere quod quando quis tenetur restituere, si conueniatur actione stricti iuris non potest deueniri ad iuramētum in litem nisi post sententiam si iussus restituere non restituit.l.qui restituere.ff.de rei uendicatione.si uero conuenitur actione bonę fidei, tunc ante sententiam potest interrogari an possideat, & iuberi restituere, & si non restituit in eadem instantia præstatur iuramentum in litem, & condemnatur in totam æstimationem quæ iurata fuit non tantum ad uerum ualorem rei.sed etiā ad ualorem secundum affectionem,ut habetur in dicta l.in actionibus.& ego ibidem posui nu.76.

265 Quo stante† dicas quod ibidem hæres ex primitiua obligatione conueniebatur in parte quamuis possideret totū, tamē postea fuit interrogatus an possideret,& iussus restituere,& cum nō faceret, iuratum fuit in litem,& condemnatus fuit insolidū pōa per iudicē ex natura actionis bonæ fidei,& sic apparet uerū esse ꝙ ibi conueniebatur ex primitiua obligatione ꝓ parte,itē uerū esse quod ibi postea condemnatur ex secundaria obligatione quæ superuenit propter dolū in nō restituēdo.&quod etiam est speciale in iudiciis bonæ fidei,quoniam in stricti iuris iudiciis non potuisset deueniri ad hanc secundariam obligationem nisi post sententiam,cum in bonæ fidei iudiciis tātummodo hoc seruatur quod ante sententiam potest peti condemnari ad hanc secundariam obligationem, unde apparet quod opinio Bart.non est uera simpliciter,& quod quantum ad obligationem non est differentia inter contractus bonæ fidei & stricti iuris, quia semper hæres conuenitur pro parte, sed tamen opinio sua saluari potest quātum ad illud accidēs quod ex fauore bonæ fidei potest ante sententiam deueniri ad secundariam obligationem, & condemnari insolidum,& in hac sola qualitate limitatio Bar.procedere potest.

266 Secundo†etiam limitatur per Bar.dicta conclusio ampliatiua,quando possessor conuenitur actione personali cum qua potest concurrere rei uendicatio,nam tunc ipse solus conueniretur & non alter cohæres.per l.si plures.digest.de ui & ui arma. secundū intellectū Dy.quē dicit esse uerum,ut ꝓpter unionem actionis realis & personalis inducatur illa uariatio.argumen. l. qui patri.digestis de acqui. hæredi. nam cum si conueniretur rei uendicatione solus possessor teneretur, ergo eodem modo si conueniatur actione personali insolidum debet conueniri, quod tamen argumentum debile est & confunditur per dictam l.ij.Co.

si unus ex pluribus.& simile de lege qui patri. est multum a remotis,

Ideo Areti.pro confirmatione allegat aliud simile ,quia quamuis in obligationibus dandi non succedat obligatio ad interesse,re exstante & etiã non extante , sed solum debetur estimatio.l.si seruum.§.fin.infra eodem , & l. hæredes. §. an ea.digest.famil.hercifcundæ.in fin.tamen quando concurrunt simul obligatio dandi & tradendi succedit.l.filio.digest.de donationibus caus. mor. ubi Bartol.& idem Bartol.in l.stipulationes.in 13.opposition.infra eodem.ex quo intellectu sequũtur duo secũdum Ang.hic quem refert Ias.quod actio personalis non diuidatur inter hæredes uno possidente,secundo quod actio personalis datur contra non obligatum.& eum qui pro parte est extraneus,ut p glo.in l.ij.§.fi.de prætoriis stipulationibus.ideo docto.uolentes Bartol.iustificare,dicunt quod intelligitur quando ab initio fuit hæc unio, & habuerunt ortum secundarium,communiter tamen docto.reprehendunt hunc intellectum Bart. ex multis , & glos.tenet contrarium in dicta l. in condictione,de condictione furtiua. primo, quia tempore dictæ l. si plures non erat adhuc remedium dictæ l. si quis emptionis.§.sed si quis.Cod. de prescriptio.30.ann. & sic non concurrebat ibi semper rei uendicatio , & hic per Alex. secundo, quia si consideratur dicta unio interdictum de ui & ui arma. competeret contra singularem successorem quod est contra l. cum a te. digest. de ui & ui arma.ut hic per Ias.item dicta l. si quis emptionis.procedit quia possederat per 30.annos,& acquisierat quasi dominium , & non procederet in prædone spoliato & alio possessore minoris temporis , ut hic Mari. licet dubius nu.116.

267 Et ideo † communiter docto.dicunt , quod illa lex si plures.procedit propter naturam illius interdicti, quæ est quod non detur contra hæredes nisi quatenus ad eos peruenit. l. j. in princip. & §. fin.digest.de ui & ui arma.& Abb. in capitulo secundo.de ordine cognitionum.colum.fin.& sequitur Maria.num.120. secundo dicit Areti. dictam l.si plures procedere quia agitur de delicto quando delinquens mortuus est, nam hæredes non tenentur nisi quatenus ad eos peruenit.l.j.Codic.ne ex delicto defunctorum . & §. penultim , insti. de perpetuis & tempor. actioni. ideo solus possidens ad quem res peruenit conueniri poterit, & facit dicta l. in depositi. in fin. cum leg. sequenti. digestis depositi , & est probabilis intellectus, Tamen tertiam rationem clariorem & tertium intellectum tu potes addere , quod ideo ibi solus possidens tenetur , quia illud interdictum quamuis sit personale.tamen est in rem scriptum, ideo datur contra possidentem tantum , sicut actio ad exhibendum , & cæteræ actiones in rem scriptæ, quæ in hoc sequuntur naturam realium , ut not. & etiam ego ibi dixi in rubric. digest. si cert. petat. unde sequitur quod hæc limitatio nedum procedit in illo interdicto , sed etiam procedit in omnibus aliis interdictis quæ sunt in rem scripta . lege secunda in fin. digesti de interdictis & in cęteris actionibus in rem scriptis, & ideo limitatio Bar.non est uera per suam rationẽ , quod concurrat rei uendicatio, sed quia remedium intẽtatum habet naturam actionis realis quia est in rem scriptum & datur contra solum possidentem.

268 Tertio†dicta ampliatio limitatur per Bar.hic , quando conuenitur possidens officio iudicis,quia tunc ipse tenetur insolidum. l. si quis ex argentariis.§.primo ff.de edendo.ubi hæres possidens libros argentarii conuenitur solus , & si possident omnes, simul conueniuntur, & rationem adducit Bar.quia datur contra non obligatum, cũ illi qui tenentur ex officio iudicis non sint obligati.l.qui per collusionẽ.ff.de actio.empti.unde assimillatur rei uendicationi quę similiter datur cõtra nõ obligatũ.§.j.insti. de actionibus, q̃ ratio debilis est ex eo quia q conuenitur officio iudicis licet nõ sit obligatus ex illo cõtractu,tamen ex aliqua alia causa obligatur, & semper officiũ iudicis præsupponit aliquam obligationẽ.l.j.col.3.per Bar.ff.de iurisdictione omniũ iudicũ.& ibi pręsupponitur obligatio descendens ex illo ædicto. unde secũda assignatur ratio,quia illud officiũ iudicis est in rem scriptum & datur contra possessorem contra non obligatũ ex natura illius ædicti,& hanc dicũt fuisse mentẽ Bar.dum dicit ad similitudinẽ rei uendicationis,sed uere nõ fuit intentio eius , quia dicit dari contra non obligatum sicut rei uendicatio , & remedium in rem scriptum præsupponit obligationẽ cum sit personale, ipsemet tamen Bar. in l.si tertius.§.si prius.uersi.si uero circa. ff. de aqua pluuia arcenda. dicit q est personale per tex.in l. quædam.§.iis autem.ff.de edendo. ubi datur contra legatarium ex æquitate.sed quicquid sit de natura illius ædicti, ueritas est quod limitatio non est ad propositũ,& ille tex.non loquitur in terminis,quia ibi nõ agitur ad restituẽdum aliquid,sed solũ agitur ad exhibendũ libros, seu ad dandũ copiã librorum,ut potius dicatur remedium ad exhibendum quam ad restituendum,& magis conuenit cum remedio actionis in rem ad exhibendum. Secundo etiam non facit, quia ille actus ad quem conuenitur non potest expediri nisi per possidentem,quoniam illa exhibitio librorũ nõ potest fieri nisi per possidentẽ ut prosit , neq; etiam copia rationum potest dari ab alio quam ab eo qui habet penes se libros,& propterea etiã quod loqueretur in terminis,probaret casum spetialem,quando actus non potest expediri nisi per possidentem propterea limitatio non est uera .

269 Ideo omnia†colligendo facias regulam,q hæredes plures uel principales non possunt conueniri nisi pro parte,& ampliatur procedere etiam quod unus solus possideat , fallit tamen hæc ampliatio quando possidens conuenitur actione bonæ fidei, & iuratur in litem , quia tunc potest condemnari insolidum ex natura arbitrariæ actionis succedentis. dicta l. 3. §. hęres.in fin.secundum uerum intellectum . Secundo limitatur quando placet actori qui habet hæredes obligatos intentare rei uendicationem , quia hoc ei permittitur ex natura actionis.l.officium.ff.de rei uendicatione, & dicta

d.l.2.C.si unus ex pluribus.Tertio limitatur quando ille qui possidet conuenitur per interdictum de ui & ui armat.uel aliud interdictum. quia sunt in rem scripta & habent naturam rei uendicationis,& idem esset in quacunque actione in rem scripta.l.j.in fi.ff.de interdict.& no.in rub.ff.si cer.pe. Quarto fallit quando conuenitur ex actionibus descendẽtibus ex dolo ipsorum hæredum, per ea quæ dicemus in sequenti oppositione.

270 Sexta postea†colligitur conclusio ex dictis Bartol. quod uiolenter spoliatus de re aliena potest agere rei uendicatione contra spoliatorem, quia non potest apponi quod nõ sit dominus. per tex. in l.si quis emptionis.§.hæc de illis.C. de præscriptione 30.uel 40.annorum.qui tamen tex.probat solum in illo casu quando ille possidens retinuerat rem per 30.annos & præscripserat,ut acquisiuisset quasi dominium ex illa præscriptione, ideo docto.hic,& in l.naturaliter.§. nihil commmune. ff.de acquir.possess.cõmuniter reprehendunt Bar. & omnes Mod.& ibi etiam ego dixi. Rippa tamẽ hic inquit posse saluari Barto.hoc colore,quod in rei uendicatione dicat se dominum,& ad probandum dominium alleget possessionem suã per quã præsumitur dominus,ut per Bar.in l.pe.ff. de condi.institu.& hæc præsumptio sufficiet si allegaretur dominium alterius tertii,uel ad alium finem, & hoc modo procedit dictũ Bar.ibi,sed si spoliãs diceret se dominum,& ageret remedio reali,tunc non sufficeret se posedisse,ut per hoc deberet declarari dominus, quia qui agit rei uendicatione, uel excipit se dominum ad finem ut declaretur dñs debet plene declarare dominium,&non sufficit allegare simplicem possessionem.l.unica.C. de aliena.indi.mutand.causa facta. etiam quod possedisset per 30.annos.& limitatur dictus.§. sed hæc de illis. quamuis aliqui uellent quod non audiatur spoliator in illo casu, quod puto dubitabile, quia tex.uidetur loqui de dominio tertii,sed si diceret spoliatorem esse priuatum suo dominio, & ipsi spoliato acquisitum,audiretur, tamen oportet quod petat per iudicem prius declarari eum priuandũ dominio,cũ ipso iure non acquiratur & requiratur sententia, ut per glo.& omnes in cap. pastoralis,in uerbo intẽtare,& in glo.facultatẽ extra de causa possessio. & proprietatis,& sequitur etiam Maria.hic.

271 Et prędicta † inferuntur ad quæstionem utilem per Alc.hic nu.74.duo fratres habẽtes fundũ pro indiuiso communem uendiderũt eũ Titio pro certa quãtitate,pacto apposito ut liceret eis redimere pro eodem pretio intra quatuor annos, modo unus corũ eueniẽte termino ante alium an possit redimere partẽ uel totũ & quomodo, & Bar. in l. cui ususfructus. ff. de usufructu leg. tenet ꝙ iste non poterit luere partẽ suã,tum quia natura uenditionis est indiuidua, dict.l. tũ quia emptor qui promisit retro uendere dicitur obligatus ad tradendum, quæ obligatio est indiuidua, unde non potest conueniri pro parte,& ita cõsuluit Bar. in consi.195.Angelotus,& est communis opinio, ut per Alex.in l.fraudati.ff. de pub.& Ias.in dicta l. stipulationes non diuidunt. Alcia. uero hic dicit tres opiniones fuisse in hac quæstione inter doct. tertia est quam ipse sequitur,quæ fuit Pauli de Castro in l.si quis aliam.ff.de Nouationibus,quod solus uolens redimere non audietur,quia dicet emptor non sum obligatus nisi utrique, uenditoris ambo,nec debet unus se impedire de iure alterius & comprobat ipse,quia isti uenditores agũt potius ad dandum, quia si dicamus quod agatur ad tradendum,allegaret turpitudinem suam.nec obstat ratio Bar.in dicta l.si quis aliam, quia illa lex fuit introducta fauore ipsius emptoris qui non esset pro parte empturus.l.tutor.§. j. ff.de minoribus.& l.quod si nolit.§.idem Marcellus.ff.de duobus reis.ut hic late per eum.

Cui tamen rationi obstat,quia secundũ Docto. obligatio ad restituendum est indiuidua; ergo unicuique hæredum stipulatoris seu unicuique principali competit insolidum actio, & ideo poterit eam totam retro eruere,sed tamẽ quia supra ego tenui quod obligatio,rẽ restitui ex parte stipulatoris omnino dicitur esse diuidua, sequitur; quod hæredes ipsius non poterunt agere nisi pro parte,ergo& similiter hæredes uenditoris nõ poterunt agere nisi pro parte,quia poterit excipere emptor quod non esset empturus nisi partem, unde sequitur quod poterit uenditor impedire ne unus agat,& nunquam tenebitur retrouendere nisi omnes simul agant,& hanc quæstionem latissime exanimaui post alios in dicta l. stipulationes non diuiduntur, & plenius ego dixi in uno cons. meo in statuto bononiensi mandante quod accipiens mulier insolutum bona mariti propter urgentiam ad inopiã quod teneatur restituere agẽtibus infra annum, nam ibi conclusi sequendo opinionem Alcia.hic nu.77.& 78.quod hæc obligatio ad restituendum ex parte actorum est diuidua & nullus solus potest agere ad restitutionem fiendam, & oportet quod omnes agant constituendo unum procuratorem, & unus solus reppellitur,ex parte uero possidentis dicitur esse indiuidua, quia non esset empturus partem & ideo non potest cogi restituere partem nisi restituat totũ arg.tex.in hac.l.nostra.§.fi. & in.l.iã tamen.§.si tamen plures.ff.iudic.solui.&.l.quod si nolit.§.si tamen plures.ff.de ædil. ædic.quia dicta.l.tutor facta fuit fauore emptoris, & quoniam quatuor ex principalibus erant exclusi a remedio statuti per lapsum termini, & remanebat solum unus pupillus qui non erat exclusus,dixi quod ipse solus nõ possit audiri, quia non habet actionem nisi ad partem,cum sit obligatio diuidua ex parte agentium,& ipsa mulier non potest cogi dare partem, quia non accepisset nisi totam, & reputatur indiuidua fauore ipsius possidentis,ut ibi latius dixi.

272 Veruntamen†quia prædictæ omnes oppositiones & solutiones uidentur aliqualiter inuoluere materiam,ideo Bar.ordinando eam posuit theoricam breuem distinguẽdo an sint plures principales uel plures hæredes,& an sit indiuiduum omni respectu uel duplici respectu uel unico respectu ut per eum,sed quia in multis supra reprehen

ſus fuit,& differentia inter hæredes & principales non inducitur niſi aliquando agatur ut principales teneantur inſolidum,ideo tu aliter ordinando & plenius quam ipſe faciat ita dicas.

Si quæratur igitur quomodo agatur cōtra principales uel hæredes in factis indiuiduis ex primitiua obligatione,diſtinguas, Aut ſumus in ipſis principalibus ſolis. Aut in pluribus principalib. ſeu hæredibus,ſi in ipſis principalibus, regula eſt quod obligatio dicitur ex omni parte indiuidua & promiſſor inſolidum tenetur in quocunque indiuiduo & etiam in diuiduis,per tex.noſtrum hic in fine.& per ea quæ dixi in decimotertio notabili.Si uero ſunt plures principales uel hæredes, & tunc aut actum eſt quod teneantur inſolidum, & ſeruamus naturam duorum reorum. per tex.in d. l.j.§.ſi apud duos.ff.depoſiti.&l.eandem.ff.de duobus reis.& ſi quæratur an tacite uideatur actū,recurras ad ea quæ habentur in d.l.eandem. & in authe.hoc ita.C.de duob.reis.ubi eſt locus ſuus. Si uero non eſt actum neque tacite neque expreſſe,& tunc diſtinguas, aut eſt indiuiduum uno reſpectu tantum,ideſt,ſolutione, aut duobus reſpectibus. aut omni reſpectu,Primus caſus pertinet ad theoricam ſupra poſitam & late examinatam, in qua facta fuit regula,quod plures principales uel hæredes debent conueniri pro parte, & creditores pro parte agere debent,quia obligatio ad rem reſtituendam eſt diuidua ſecundum communē* opinionem,ſaltem ex parte actoris ſecundum opinionem quam ego ſupra ultra alios poſui,quæ regula ampliatur procedere etiā quod unus ſolus poſſideat, quia non poteſt conueniri niſi pro parte. Limitatur non procedere quando poſſidens conueniretur actione bonæ fidei,& eſſet iuramentum in litem præſtitum.d.§.hæres. Secundo limitatur non procedere quādo ageretur rei uendicatione. l.officium.ff.de rei uendi.Tertio limitatur quando ageretur aliquo interdicto uel alia actione in rem ſcripta.d.l.ſi plures.Quarto limitatur quando eſſet talis actus qui non poſſet expediri niſi per poſſeſſorem.arg.dictæ.le.ſi quis ex argentariis.§. cogentur. ff. de edendo.& plene per Marian. hic nume.128.

273 Sin autem placet tenere† opinionem quā ſupra poſui,tunc iſta regula cum ſuis limitationibus,pcederet in hæredibus actoris,ſed in hęredibus promiſſoris ſeruaretur quod ipſi poſſent conueniri in ſolidum,& tanto fortius quando poſſideret.ſi uero eſt indiuiduum duplici reſpectu, ut in obligatione rem reſtitui,& tunc ſi tenemus communem opinionem,quod ſit indiuidua ab utraque parte, omnes poterunt conueniri inſolidum, & tāto fortius ille qui poſſideret.ſi uero teneremus opinionem quam in puncto iuris dixi eſſe ueriorē, quod ſtipulatio(rem tradi) ſit diuidua obligatione ab omni parte, & tunc idem dicendum eſſet quod ſupra poſitū fuit de obligatione(rem reſtitui) quia eadem ratio eſt.ſed concordando opiniones dixi, quod ex parte hæredum promiſſoris dicitur indiuidua,& ideo poterunt conueniri inſolidum, ſicut inſolidum ſoluere tenentur,& tanto fortius ſi poſſiderent,ſed ſi eſſent plures hæredes ſtipulatoris agere poſſent tantummodo pro parte contra promiſſorem etiam poſſidentem, cum prædictis tamē reſtrictionibus. Si uero ſumus in indiuiduis omni reſpectu,tunc regula eſt generalis ſecundū omnes,quod poteſt agi inſolidum contra plures principales& hæredes &a,pluribus principalibus & hæredibus.d.l.2.§.ex iis.ſup.eod.Sed tamen tu addas,quod ſi eſt tale factum quod obſeruatum in una perſona non prodeſt aliis uel per alios poteſt turbari,& tunc ſinguli principales & hæredes inſolidum multiplicatiue tenentur,& plures hæredes inſolidum multiplicatiue agere poterunt, ut in ſeruitutibus.d.§.ex iis.& etiam in ſtipulatione (per te non fieri)& in illa(hominem non offendere)& aliis ſimilibus. Si uero eſt tale factum quod obſeruatum in una perſona uel ab uno tantū prodeſt omnibus,ut eſt obligatio ad faciendum monumentum,uel ad faciendum certum edificium,& tunc inſolidum agitur contra unum tantum ſi ipſe obſeruauit, & alter eſt liberatus, & unus ſolus agere poteſt inſolidum,& ſi eſt ei obſeruatum cæteri repelluntur.ut in caſu l.fideicommiſſa.§.pe.ff. de leg.3.& hæc de primo articulo.

274 Secundus eſt† articulus principalis, quomodo in factis indiuiduis agatur contra plures hæredes uel principales ex ſecūdaria obligatione, qui proprie pertinet ad.§.noſtrum.quem expedit Barto. per tres alias principales oppoſitiones.

275 Obligatio autem† ſecundaria poteſt eſſe, uel quia ſuccedit obligatio ad intereſſe poſt moram, uel quia appoſita fuit ſtipulatio pœnalis, uel quia ex natura contractus tacite uel expreſſe tenetur ad cuſtodiam uel diligentiam, qua non præſtita deuenitur ad eſtimationem, uel quia poſt furtum uel rapinam res eſt perempta,uel poſt moram,uel quia per debitores interuerſa fuit res ut non poſſit præſtari, & propter eorum dolum deuenitur ad ſecundariam obligationem, de quibus omnibus uidendum eſt pro expeditione iſtius articuli.

276 Sed quia† in l.noſtra tractatur de obligatione pœnali,& implicite etiam de obligatione intereſſe,ponitur concluſio,quod ex facto unius tantū committitur tota obligatio ad pœnam& intereſſe,ſed tamen non tenentur poſtea niſi pro hæreditaria portione.Quarto Bar.opponit quod imo hęres contrafaciens inſolidum conueniri poteſt,per l.fi.ff.ad Sylleianum.& l.de pupillo.§.ſi plurium. ff.de no. oper.nunt.Soluit ipſe, quod ibi hæredes contrauenerunt ex facto ſuo in cauſa nonhæreditaria,ideo contrafaciens tenetur tantum, ſicut ſi unus ex hæredibus interfeciſſet hominem, & procedit ratio quod ex facto alterius nemo qui non facit teneri poteſt,hic uero unus hæres contrauenit actui deſcendenti ex cauſa hæreditaria, quem obſeruare promiſerat defunctus, ſed poſtea cōtra ſolutionem opponit,quia imo in actu deſcendente a cauſa hæreditaria ſolus contrauenienſ tenetur.l.in depoſiti.in fi.cum l.ſequenti. ſupra depoſi.qui clarius uidetur. ſoluit ipſe quod ille tex. loquitur quādo conuenitur ille contraueniens actione bonæ fidei, quia propter exuberantiam bonæ fidei

fidei solus debet puniri,&ampliat procedere etiā quod teneretur ex contractu stricti iuris informato tamen per actionem bonæ fidei,iuxta no. in le. iurisgentium.§.quinimo.ff.de pact. Secūdo soluit quod d.l.in depositi. loquitur de indiuiduo uno respectu tantum,hic uero tex.loquitur de indiuiduo omni respectu uel duobus respectibus,&utrāque solutionem dicit esse ueram,& propterea d.l. in depositi. loquitur in diuersis terminis, & non contradicit,sed potius limitat.Tertio contra solutionem opponit, quod imo in actionibus bonæ fidei omnes hæredes teneantur.l.si ut certo.§.si duobus uehiculum,prope finem.ff.commoda. & dicta l.j.§.si apud duos.& l.si duo.§.quod si lācem.ff. de posi.soluit ipse,quod illa iura loquuntur in indiuiduis omni respectu,quia adhibere custodiam & diligentiam est indiuiduum quod non potest pro parte adimpleri,ideo tenentur insolidū,nō tamē tanquam duo rei,quia tex.in dicto.§.si duobus. dixit,quodammodo duo rei. nam si uere essent duo rei tenerentur omnimodo insolidum.l.fina. C. de duob. reis. Sed tamen postea iterum opponit de tex.nostro,ubi non fit differentia an omnes hæredes contraueniant uel unus tantum,quia indistincte omnes tenentur sed pro hæreditaria portione,soluit ipse quod hic tex.l loquitur in contractibus stricti iuris,ibi in actionibus bonæ fidei, & sic istum casum etiam separat a tex.nostro.

Vnde in effectu decidit distinguendnm esse inter contractus bonæ fidei & stricti iuris,in cōtractibus bonæ fidei si unus contraueniat ille solus tenetur ad interesse & ad pœnam, in indiuiduis uno respectu tantum, & si sumus in indiuiduis omni respectu,tunc si unus contrauenit solus tenetur,si omnes contraueniunt insolidum tenentur, dictis iuribus,sed in actionibus stricti iuris in quocunque indiuiduo & siue unus contraueniat siue omnes semper agitur insolidum contra omnes ꝑ hæreditaria portione,& eius resolutionem sequūtur hic communiter doct.licet ualde disputent, potius moti ex quadam naturali inclinatione, ut malefaciens puniatur, & boni non molestentur, quam per leges,& uere Bar.cum hac distinctione inter contractus bonæ fidei & stricti iuris turbauit præcedentem articulum,& plenius nostrū qui sine hac distinctione clarissimi remanerent &non faticassent tm̄ doct.& quia ab una parte ratio naturalis urget & authoritas Bar.& ab alia parte urgent leges non facientes differentiam inter contractus bonæ fidei & stricti iuris recte intellectæ, &d.l.in depositi.non loquitur de facto descendente a causa hæreditaria,ideo articulus redditur disputabilis cum omnibns conclusionibus Bar.

277 Pro opinione:figit Bar.&eius magna restrictione & differentia inter contractus bonæ fidei & stricti iuris,allegatur d. le. in bonæ fidei. ff.depositi, quæ loquitur secundum Bar.ut hæredes teneren-tur ad custodiam & diligentiam, & uult quod si defunctus non custodiuit tenentur hæredes pro parte, sed si unus ex hæredibus non adhibuit curam uel diligentiam,ita quod non posit præstari,& deueniatur ad interesse, decidit quod solus contrafaciens tenetur & non alii cohæredes. Sed huic tex.per tenentes contrariam partem respondetur quod loquitur in diuersis terminis in obligatione ad interesse, nos autem loquimur in obligatione pœnali,inter quæ est magna differentia, ut per Bart.infra. 9. oppositione.& in §.item si in facto.cum interesse sit pœna legalis,& hæc cōuentionalis,ut per Bar.in l.cum stipulatus sim mihi a Proculo.infra eodem, & mitius agitur cum lege, quam cum homine.glo.in l.Celsus.ff.de arbitr. replicatur quod imo etiam loquitur de pœna, quia quod dicitur de interesse procedit etiam in pœna in hæredibus promissoris.d. §. item si in facto. & ita intelligitur etiam iste tex.& si dicas ut per Alcia.nu.83.quod in dicta l.in depositi.est aliud interesse,quia uenit mediate, cum præsupponatur alia stipulatio dolum malū abesse, ut etiam dicebat Paulus de castro in l.j.§.si conuenerit.supra depositi.respondetur negando quod insit illa stipulatio,sed imo illa obligatio uenit ex natura contractus.l.quod Nerua.& ibi no.ff.deposi. & l.contractus.de reg.iur.& contrahentes uidentur tacite promittere quod uenit ex natura contractus.l. cū quid.ff.si cer.peta.&.solum tenetur, quia prius uenit ex promissione expressa,ut in notabilibus dictum fuit,sed ille obligationes ueniunt ex dispositione legis concurrente tacita uoluntate contrahentium,sicut dicitur de iure accrescendi, in rub. & l.j.C.quando non petentium partes.item sequeretur quod si dolus fuit promissus per stipulationem uel pactum non procederet d.l.in depositi.& d.l.si ut certo.§.quod ex facto, quod est destruere illa iura quæ procedunt etiam quando in contractu promissus fuit dolus.d.l.j.§.si conuenerit.ff.depositi.& d.l.contractus.ff.de reg.iur.Vnde secundo respondetur, quod ibi agitur de interesse ueniente ex dispositione legis hic uero pœna uenit ex dispositione hominis,& est ratio, quia lex illū committentem dolum statim obligat insolidum sine circuitu obligationis hominis,ideo solus conuenitur,sed in dispositione hominis non possunt hæredes obligari neque conueniri nisi pro parte. l.cum a matre.C.de rei uendicatione.& d.l. si tibi homo.§.cum fundus.ff.de leg.primo. & Alcia. hic insistit nu.89.per duas columnas. nam dispositio hominis dignoscitur a dispositione legis,nam hic doct. præsupponunt quod clausula(dolum malū abesse)insit ex uoluntate contrahentiū,tamen hęc etiam per statim dicta responsio reprobatur,quia etiam illa(dolum malum abesse) ex dispositione hominis tacita uenit propter naturam cōtractus. l.cum quid.ff.si certum peta.& §.item is.insti. quibus mod.re contrahitur obligatio.& hic per Maria. & infra Soc.& Alc.Sed tu clarius potes respōdere,quod licet ueniat ex dispositione legis ex tacita mente contrahentium,tamen per hoc nō debet constitui differentia inter contractus bonæ fidei & stricti iuris,quia sicut interesse in contractibus stricti iuris quod uenit ex dispositione iuris debetur sicut pœna quæ uenit ex dispositione hominis ubicunq; adest,d.l.item si in facto. ita etiā in contractibus bonæ fidei deberi debet sicut pœ

na,non facta consideratione an ueniat ex dispositione hominis uel legis,ut hic latius per Marianum.num.135.

278 Tertiam etiam † potes dare responsionem clariorem ad dictam l.in depositi. quod loquitur de secundaria obligatione succedente propter dolũ adhibitum in interuersione,destructione, seu deterioratione rei depositæ,& hic est uerior intellectus.nam interesse æstimationis ex tribus causis potest deberi,primo ex dolo defuncti,& tunc hæredes tenentur pro parte,siue fuerit adhibitus in non præstando custodiam & diligentiam, siue in interuertendo rem,& de isto loquitur dicta le. in depositi.in princip.Secundo potest adhiberi dolus ab hæredibus propter custodiam uel diligentiam nõ adhibitam, taliter quod res perierit,iux.tex. in §.at is qui utendum.insti.quib.mod.re contrahit.obligatio. & in §. sequenti. dum loquitur de deposito,& tunc hæredes omnes tenentur pro hæreditaria portione, quia dicitur uenire ex causa hæreditaria,& est contrauentio contra promissionem defuncti,& de isto dolo nõ loquitur ille tex. Tertio modo potest adhiberi dolus ab ipsis hæredibus in interuertendo seu destruendo rem,& iste non dicitur prouenire ex causa hæreditaria,sed dicitur prouenire ex solo facto hæredum,& in eo solus delinquens tenetur,& alii cohæredes non tenentur.& de isto proprie loquitur tex.in d.l.in depositi.ut patet in illo uerbo(ex delicto hæredis) quod præsupponit factum separatum a contrauentione,& est obligatio continens æstimationem damni dati,sicut fit in l. Aquilia.ad quod damnum ille solus tenetur qui dedit, & omnes tenentur in solidum si omnes dederunt.l.item Mela. §. sed si seruus.ff.ad l.Aquiliam.& ibi glos. allegat multa concordantia.Vnde sequitur quod ille tex.non facit ad materiam nostram , & loquitur in diuersis terminis,cum hic tractetur de commissione pœnæ seu interesse propter contrauentionem factam in non obseruendo,seu propter moram , ut instit. de uerbo.obliga.§.fin. & tunc uno contrafaciente omnes contrauenisse uidentur,ut hic & in d.§. itẽ si in facto. & idem seruatur in contractibus bonæ fidei.l.cum ex causa.inf.eodem.& l.j.C.de luitio. pigno.& quando interesse uenit pro æstimatione damni dati petitur ab illo solo qui dedit damnũ, & ab omnibus insolidum si dederunt.d.l.item Mela.§.cum seruus,& ideo unum imputatur in alio, ut dicitur in l.unde quæritur.ff.cõmodati . ne bis interesse præstetur,& illud seruatur etiam in contractibus stricti iuris.d.l.quod si nolit.§.Pomponius.de ædi.edi.& l.j.ff.de præcario. coniuncta le. contractus.de reg.iur. propterea apparet , quod per illum tex.Bar.non debebat turbare totã materiam nostram,cum loquatur in diuersis terminis,sicut etiam loquitur tex.in d.l. si duo. uersicu. quod si lancem.ff.deposi.

279 Secundo pro opinione Bartol. inducitur ratio æquitatis seruandæ,quæ in bonæ fidei iudiciis seruatur,quia pœna debet sequi suos authores.l. sancimus.C.de pœnis. & factum unius non debet nocere alteri.sed respondetur quod ipsemet Bartol. hanc rationem destruxit,ex eo quia uult quod si plures contraueniunt omnes tenentur insolidum, & durius agitur in contractu bonæ fidei quã stricti iuris,cum æquius sit ut omnes teneantur pro hæreditaria portione, quam quod teneantur insolidum,ideo si æquitatis ratio considerata fuisset, debuisset committi interesse contra omnes pro hæreditaria portione,prout fit in stricti iuris iudiciis,& non contra omnes insolidum, quod durũ est,Secundo etiam respõdetur quod ista æquitas non est sufficiens ad faciendum quod ille qui non est obligatus nisi pro parte ad restituendum conueniatur in totum sine actione,quoniam bona fides non impedit quin omnes obligationes bonæ fidei diuidantur inter hæredes,per l. pro hæreditariis.C.de hæredita.action.ut patet in dicta le. si duo.in fi.& in d.l.3.§.hæres.& in omnibus titulis contractuum bonæ fidei.in quibus generaliter habetur quod hæredes pro parte obligantur.

Tertio inducitur,quia in contractibus stricti iuris unus hæres non potest obligari in totum,l. cũ qui.§.fi.infra eodem.& tamen in iudiciis bonæ fidei unus hæres potest obligari.l.cum ab uno.ff.de leg.2.Sed respondetur negando,quia idem potest fieri in contractibus stricti iuris in eisdem terminis.l.continuus.§.pen.inf.eodem.Item in dicta l. cũ ab uno. non est actus bonæ fidei. item ibi fit propter compensationem quæ faciliter fit ex mente testatoris.l.non amplius.in fi.de leg.j.

Quarto inducitur d.l.in bonæ fidei.põderãdo alio modo.nam uel admittamus quod illa clausula(dolum malum abesse)ueniat ex natura contractus tacite concurrente dispositione legis,nos uidemus quod committitur contra contrafacientẽ tantum,ergo eodem modo & pœna quæ est apposita ex dispositione hominis debet committi insolidum contra cõtrafacientem tantũ,ergo aliud est in contractibus bonæ fidei, aliud in contractibus stricti iuris.Sed respondetur uerum esse quod uenit ex tacita promissione hominis, sed non debet regulare promissionem pœnæ & alterius interesse prouenientis ex causa contrauentionis , & contumaciæ,quia illud interesse uenit ex causa hęreditaria, & potest assimilari pœnæ , sed hoc interesse uenit extra causam hereditariam , & non potest assimilari pœnæ , sed dicitur esse interesse damni dati, quod est separatum a contractu,& habet actionem non prouenientem a contractu , sed ex delicto hæredis, si tamen in contractu esset appositum pactum , quod depositarius , uel commodatarius promisissent non interuertere , & si interuerterent promisissent pœnam, tunc postea pœna regularetur ab illo interesse sed tamen tunc committeretur cõtra omnes pro hæreditaria portione, quia ueniret ex causa hæreditaria.unde tota difficultas resoluitur , & contradictio cum hac distinctione,An dolus ueniat ex causa hæreditaria ex promissione facta in contractu tacite uel expresse, & tunc committitur semper contra omnes pro hæreditaria portione,etiam in contractibus bonæ fidei , An uero æstimatio uel interesse debeatur ex delicto separato a promissione con-

tractus,

tractus, & tunc delinquentes soli tenentur, & si sunt plures omnes tenentur etiam in contractibus stricti iuris, iux. l. fi. ff. ad Sylleianum. & l. de pupillo. §. si plurium. ff. de no. oper. nunt. & facit tex. in l. si seruum. in princ. cum tribus sequentibus. infra eodem. Et sic apparet quod fundamenta adducta pro opinione Bar. non probant.

280 Quare contrariam † opinionem, & contra restrictionem Bar. & differentiam contractus bonæ fidei & stricti iuris tenuit Paul. de Castro. & Areti. hic, & pro hac opinione primo adducitur tex. in dicta l. hæredes. §. an ea, ff. fam. herc. ubi eadē quæ dicuntur in stipulatione habent locum etiam in legato quod habet naturam bonæ fidei. l. in minorum. C. de in integrum rest. minor. & l. si hæres. supra de eo quod cer. loco. respondet Socci. fatendo contrarium, tamen dicit quod actio ex testamento non est bonæ fidei, sed solum habet eius naturā in fructibus & expensis, & in reliquis est stricti iuris, dictis iuribus. tu uero potes replicare, quod si seruat naturam bonæ fidei in fructibus & usuris, ergo iura uolunt in ea seruari æquitatem bonæ fidei, ut detur ad ea quæ non sunt promissa, & cætera quæ non ueniunt in contractu stricti iuris, ergo & hanc æquitatem uoluissent seruari circa istū modum agendi. cum docto. fundent suam intentionem in hac ratione æquitatis.

Secundo adducitur ratio indiuiduitatis, quod non potest pro parte peccari, quin peccetur insolidum. Item in dicta l. in executione. §. pro parte. quamuis impediatur ab uno, tamen non pro parte prohibetur, & loquitur in indiuiduo solutione tantum. Item dicitur in l. inter cohæredes. §. quod si ex facto. quod cæteri tenentur quasi extiterit cōditio hæreditariæ obligationis. & l. 5. §. fi. inf. eo. dicitur quod aliter non potest fieri sine iniuria stipulatoris, & postea subsequitur hæc utilitatis causa ex æquitate recepta fuere, ergo æquitas est, quod contra omnes agatur, pro portione tamen hæreditaria. Vnde apparet quod omnia prædicta inducta fuere ex necessitate, non uolente lege aliter disponere, ut dictum fuit in notabilibus. & lex non potuit diuidere obligationem. dicto. §. an ea. quæ rationes æqualiter militant in actionibus bonæ fidei, & si cum tanta facilitate potuissent infringi dictæ rationes certe non fuisset tanta necessitas decisionis, neque fuisset opus fingere quod omnes contrauenisse uideantur, neque quod essent ex utilitate recepta. Respondet Socc. quod omnia illa procedunt per fictionem secundum rigorem iuris ciuilis, & stipulationum, & in contractibus bonæ fidei seruare debemus æquitatē & facere quod nemo ex facto alterius puniatur, replicatur negando hanc æquitatem, quia imo æquitas est in rationibus positis in decisione tex. ne fiat iniuria stipulatori, cum alias fictio sine æquitate non procederet, & præualet æquitas defendendi offensum idest stipulatorem quam quod delinquentem nos sustineamus. l. ita uulneratus. ff. ad l. Aquiliam, & non tollitur inductio quod non fuisset ex necessitate factum, cum lex potuisset cum maxima facilitate disponere quod solus contrafaciens teneretur insolidum. Item æquitas non admittitur ad impugnandum tot regulas iuris, & regulatiter uidemus in diuisione obligationum & in exequtionibus fiendis seruatam fuisse æqualitatem inter actiones bonæ fidei & stricti iuris. §. actionum. insti. de actio. Secundo potest responderi quod præ dictæ rationes militant in indiuiduis omni respectu, uel duobus respectibus, non autem in indiuiduis solutione tantum, de quibus loquitur dicta. l. in depositi. & Bar. posuit in secunda solutione. sed respondetur quod imo eædem rationes militant, quia decisio tex. nostri habet locum in omnibus indiuiduis ut infra dicemus, & declarat idem Barto. in 5. oppositione. Secundo respondetur quod æquitas illa considerata in bonę fidei iudiciis cōfunditur per eundem Bar. qui uoluit, quod durius agatur in eodem indiuiduo solutione tantum, ut teneantur singuli hæredes insolidum in eisdē terminis, ut statim declarabitur.

Tertio adducitur contra communem quod nō potest grauari unus hæres tantum. l. eum qui ita. §. j. infra eodem ergo etiam in contractibus bonæ fidei non poterit agi contra non obligatū. respōdet Socc. quod imo potest grauare uiuens. d. l. cū ab uno. ff. de lega. secundo. Replicatur feriendo Socc. suis armis, quod actio ex testamento non est bonæ fidei sui natura, uere tamen non facit per l. continuus. §. pe. inf. eo.

281 Quarto cōtra dictam † restrictionem facit l. cū ex causa. inf. eo. & l. cum executione. §. insolidum. inf. eo. ubi in contractibus bonæ fidei per contrauentionem unius agitur contra omnes pro portione hæreditaria, ad idē facit tex. in l. 3. sup. eo. quæ uult stipulationem habere licere committi cōtra omnes pro hæreditaria portione & tamen apponitur in contractibus bonæ fidei. l. habere. inf. de uerbo. signifi. & l. habere licere. ff. de euictionibus. & propter hoc Alcia. in ultimo no. num. 62. uersi. tu cogita. uoluit eam habere naturam bonæ fidei, ergo apparet quod in contractibus bonę fidei agitur contra omnes pro hæreditaria portione. Respondet Socci. inf. in 3. conclusione. & fatetur contrarium quod illa stipulatio pœnalis super cōtractu bonæ fidei apposita seruat naturam propriam ut committatur contra omnes, sed dicit conclusionem Bar. procedere quando pœna promittitur ex contractu bonæ fidei, uel exigitur ex actione bonę fidei, sed replicatur quod raro euenire poterit ut in contractibus bonæ fidei agatur ad pœnā actione bonæ fidei, cum non possit pœna promitti nisi per stipulationem, & quando promittitur per pactum nudum etiam appositum super contractu bonæ fidei exigitur. l. seruus ea lege. supra de seruis exportand.

282 Vnde apparet † quod ipsemet Bar. reduxit hanc suam restrictionem quasi ad nihilum, cum nunquā eueniat quod pœna petatur per actionem bonæ fidei secundum unam opinionem, & secundum aliā rarissime eueniat, ut dicemus in sequenti conclusione. & apparet quod inuanum Bar. cum hac sua restrictione faticauit docto. qui tantum in hoc articulo laborauerunt propter eam, Item non respō

det Socc.rationi quæ in contrarium facit,cum de beret illa stipulatio seruare naturam contractus ne in plus obligaretur.l.si stipulatus. de usur. & l. si eum §.qui iniuriarum.ff.si quis cautionibus.&l. j.§.bellissime.& §.sequenti.supra ut legatorũ nomine caueatur.cum similibus positis in rub.supra eodem.Præterea ut hic dicit Alcia.ille tex.loquitur de euictione quæ prouenit a contractu uenditionis etiam sine stipulatione,& tamen pœna cõmittitur contra omnes.

Quinto contra dictam differentiam Bar. adducitur.l.j.C.de luitio.pigno.ubi tex.loquitur in pignoratitia actione,quæ est bonæ fidei,& tamen factum unius nocet alteri,ut tota pœna committatur,& licet ille tex.loquatur in casu quo alias præiudicaretur creditori,tamen idem est etiam in casu nostro, in quo etiam præiudicaretur ipsi creditori.

Sexto facit tex.in d.le. hæredes.§.idem iuris.ff. familiæ hærciscundæ.ubi tex.loquitur de pecunia promissa a testatore,&non dicit per stipulationẽ, ideo generaliter loquitur de omni modo promittendi, & in fi.extendit ad omnem casum in quo unus hæres læderetur, exemplicando in luitione pignoris,& idem fit in §.sequenti. & per totum illum titulum,in quo præsupponitur nullã esse differentiam inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris,& tamen unus hæres ex facto alterius tenetur, ut ibi declarant glo.

283 Propterea apparet†quod hæc opinio Bar. non est uera,& quod regula tex.nostri hic procedit tã in contractibus bonæ fidei, quam stricti iuris, & aliter intelligere est uiolare tex.nostrum, & omnes alias leges loquentes de materia & dictum.§. item si in facto.qui exemplificat de clausulis solitis apponi in quibuscunque contractibus, & text. in dicto. §. in depositi. non facit, quia loquitur de dolo adhibito extra causam hæreditariam in interuertendo & destruendo rem, pro quo solus hæres conuenitur.l.Aquilia. l. item Mela. §. si seruus.cum concordantib.ff.ad l. Aquil. non autẽ loquitur de dolo uel culpa descendente ex contra uentione obligationi contentæ in promissione defuncti,neque de dolo ratione custodiæ & negligentiæ non adhibitæ ut supra dixi & infra declarabo in generali distinctione, ponendo theoricã separatam de omnibus quatuor obligationibus secundariis,quæ prouenire possunt ex promissione alicuius indiuidui.

284 Secunda est principalis†conclusio Barto. quod quando pœna promittitur pacto nudo super contractu bonæ fidei,quod tunc illa committitur cõtra cõtrafacientem tantum, qm̃ pactum uestitur cohærentia contractus bonæ fidei, & informat actionem illius contractus,ut per actionem bonæ fidei exigatur pœna,per plene not.in le. lecta.ff. si cer.peta.& l.petens.C.de pact.cum uulga.& hanc suppletionem fecit,quia cognoscebat ꝙ ex forma contractuum non promittitur pœna, neque debetur,sed solum potest succedere obligatio ad interesse uel ad æstimationem,ideo ut in materia. §. nostri daret etiam restrictionem ad pœnam, dixit hoc posse contingere propter pactum pœnale incontinenti appositum,sed tamen huic conclusioni obstat,quia pactum pœnale non uestitur cohærentia contractus,sicut nec principale cohærentia stipulationis pœnalis.l.ubi pactum.C. de pact. ubi no.etiam docto.& probatur in l. seruus ea lege.ff.de ser.exportand. sed respondetur quod lex ubi pactum.loquitur quod pactum principale nõ uestitur cohærentia stipulationis pœnalis, quia illa est necessaria,sed non loquitur in casu contrario ut pactum pœnale non uestiatur cohærentia contractus principalis.nec obstat tex.in d.le. seruus ea lege.quia procedit pœna quę non habet cõcursum interesse,& in ea est sola durities, sed bene potest exigi pœna quatenus concurrat interesse,ut ibi no.per glo.& Bar.in secundo notabili.& per Ias.in d.l.ubi pactum. sed replicatur quod sufficit ut pactum non uestiatur ad rigorem pœnæ, & materia nostra procedit in pœna, quæ debetur nullo interesse interueniẽte,uel etiam in casu quo excedit ipsum interesse,ut supra dictum fuit in notabilibus,& facit tex.in d.l.3.sup.eo.& habetur in le. prædia.ff.de actionib.empti. unde non probat conclusionem Bar.

Secundo obstat, quia licet admittatur quod uestiatur cohærentia contractus bonæ fidei, tamen producit duas actiones,unam præscriptis uerbis, quæ est stricti iuris,& aliam bonæ fidei,quæ est informata,unde apparet quod est repugnantia manifesta,quoniam per actionem præscriptis uerbis tenentur omnes hæredes pro hæreditaria portione,& per actionem bonæ fidei tenetur solus contrafaciens,ergo non debet admitti.per l.ubi repugnantia.de reg.iur.Respondebat Alcia.hic. num. 100.quod non erit repugnantia, quia illa stricti iuris sequitur naturam bonæ fidei. per le.2. C. de pact.inter empto.& uenditorem, quæ uult usuras & partus deberi ante litis contestationem secundum naturam bonæ fidei,& allegat Bar.in l.iurisgentium. §. quinimo.de pact. & Ang.consi. 219. quia efficitur pars prætii.l.fundi partẽ. ff.de actionib. empti. & uidetur sentire hic Ripp.

Tamen errauerunt,quia actio præscriptis uerbis semper est stricti iuris,nisi in uno casu, dict. §. actionum.insti.de actionib. & dicta l.2. intelligitur de actione informata ut est ibi de mente Bart. & hic, qui solum loquitur de actione informata, propterea contrarium uidetur potius dicendum, quod illa actio informata sequatur naturã ipsius pacti a quo informatur & recipit uigorem maxime in modo obligandi, quoniam primo propter pactũ inducitur obligatio contra omnes pro hæreditaria portione,ergo actio quæ informatur necessario debet competere secundum obligationẽ, a,dicto pacto introductam, neque possit eam alterare,quia est accessoria in hac parte ad pactum. arg.regulæ accessorium.de reg.iur.in 6.Ideo apparet quod remanet contradictio,& ne efficiatur repugnantia melius est dicere quod actio informata detur contra omnes pro hæreditaria portione, & si dicatur,electione tolluntur, respõdetur quod ibi non est talis contrarietas in origine ut electione tol-

ne tollantur. l. cum filius. §. uariis. ff. de leg. 2. præterea dato quod possent competere, tamen non tollitur quin creditor possit eligere actionem stricti iuris, & reducere hanc opinionem Bar. ad nihilum, cũ ipsa sit utilior creditori, & confirmatur fortiter per dictam legem cum ex causa. infra eodem. & dictam leg. 4 in principio. supra eodem. ubi stipulatio pœnalis retinet propriam naturam, quamuis sit apposita super contractu bonæ fidei, & fatetur Soc. in 3. conclusione. ergo idem debet esse in actione descendente ex pacto. Nec obstat quod debentur fructus & accessiones. quia debentur officio iudicis ex natura contractus & principalis actionis non autem per actionem informatam.

Quare remanet quod non potest reperiri casus, uel rarissime quod pœna debeatur per actionem bonæ fidei, & ampliatio data ad dictam legem. in bonæ fidei, per Bar. non potest habere locum in practica, & ideo quantum ad exactionem pœnæ ille tex. non potest contradicere tex. nostro, imo fieri debet regula quod semper pœna in indiuiduis committitur contra omnes pro hæreditaria portione. Et ampliatur procedere etiam quod sit promissa super contractu bonæ fidei per stipulationem secundum omnes, & etiam per pactum uestitum secundum ueriorem opinionem supra traditam.

285 Dicebant † tamen aliqui quod regula text. nostri redditur inutilis de iure canonico, quia omnes contractus reputantur bonæ fidei secundum Bal. in cap. primo. in fin. extr. de plus petitionib. sequitur Ias. in l. quadrupli. insti. de actio. in fi. & in §. actionum. insti. de actio. col. 2. & ideo de iure canonico semper pœna committeretur contra contrafacientem tantum, & uidetur esse de mente Ioannis Andr. in cap. 2. in fin. ex. de sententiis. in nouellis. & Ias. in l. fina. quæstio. 13. de iur. emphy. sed Alciat. hic numer. 85. inquit illud dictum Bal. non esse uerum, quia non debet constitui differentia inter ius ciuile & canonicũ. l. priuilegia. C. de sac. san. eccl. capit. pri. de nou. op. nuntiatio. & tenet Iason. in l. & si post tres. in fin. ff. si quis cautio. & l. quod te. ff. si cer. pet. & in l. postquam liti. C. de pact. Butri. in capit. cum dilecti, de emp. & uendi. & facit cap. cum uenerabilis. de exceptionib. & cap. cum ecclesia sutrina. de cauf. possessio. & proprie. iuncta gloss. & hoc magis placet, cum declarationibus tamen ponendis in l. stipulationes non diuiduntur. supra eodem. ubi late hoc notatur. Sed quicquid sit, in proposito hæc conclusio non est uera, quia iam firmauimus quod pœna æqualiter exigitur in contractibus bonæ fidei & stricti iuris, ergo idem erit & de iure canonico.

286 Tertia colligitur † conclusio ex dictis Bart. super secunda solutione data ad dictam l. in depositi. dum uoluit quod loquatur in indiuiduis solutione tantũ, ut est obligatio rem restitui, & tex. noster loquatur de indiuiduis omni respectu uel duplici respectu, & uidentur pertransire docto. sentientes aliam limitationem ad tex. nostrum, ut in indiuiduis solutione tantum etiam in contractibus stricti iuris pœna cõmittatur contra contrafacientem tantum, quæ conclusio omnino falsa est & reiicienda, quoniam text. noster generaliter loquitur de omni indiuiduo, & ipse met Bar. infra in sexta. quæstione uoluit quod stipulatio, amplius non agi, & rem ratam haberi, sit indiuidua solutione quando interponitur super domo uel fundo, & alia spetie propter inconueniens. §. pro parte, & ideo uult quod contineatur sub regula indiuiduorum posita in text. nostro, & suadetur ratione urgenti, quia si quando obligatio primitiua est indiuidua & datur contra omnes insolidum, nihilominus pœna diuiditur & datur contra omnes pro hæreditaria portione, & tanto fortius diuidetur quando obligatio primitiua est diuidua & non possunt conueniri nisi pro parte, & propterea hæc limitatio non est uera, & fienda est ampliatio ad tex. nostrum quod pœna committitur cõtra omnes pro hæreditaria portione in quibuscunq; contractib. & quibuscunq; indiuiduis, & materia redditur multum clara, cum d. l. in depositi. loquatur in diuersis terminis ut dictum fuit.

287 Sed contra † istam conclusionem text. nostri ita generaliter firmatam, quod contra omnes hæredes agatur pro hæreditaria portione, adducebat Socci. hic text. in l. in executione. §. insolidum, infra eodem, cum quo concordat l. hæredes. §. an illa. ff. famil. hercíscundæ, quæ uolunt quod pœna committatur insolidum, & non dicunt pro hæreditaria portione, ergo intelliguntur quod committatur contra singulos insolidum, Respondet Socci. quod illa iura indistincte loquentia declarantur per tex. nostrum magis distincte loquentem. argum. not. in l sciendum. ff. qui satis. cogantur. & est uera responsio, sed tu plenius potes opponere prout fecit Alcia. supra in primo no. & ego ibi iuxta eius mentem adduxi quinque fundamẽta contra hanc conclusionem, per quæ ipse uolebat quod omnes hæredes insolidum tenerentur, dando nouum intellectum ad istum text. sed ego ibi totam eius opinionem late reprobaui, defendendo regulã tex. nostri. supra in 6. no. respondendo omnibus contrariis, quæ dicta habeas hic pro repetitis.

288 Sed ultra ibi dicta † contra dictam communem conclusionem ut supra firmatam inducitur tex. in lege quod si nolit. §. Pomponius. ff. de ædilit. ædicto, ubi uno contrauениente ut redhibitoria non possit habere locum pœna committitur contra illum tantum, præsupponendo illud notum, quod quando quis uendidit animal morbosum uel plura ignorante emptore, potest emptor dicere recipias tua animalia & des mihi pretium meum, & ita redhibere infra 60. dies, ut emptor restituat rem emptam cum fructibus, & reciperet. l. prima. §. primo. & §. si quid autem. & l. redhibere. in prin. & §. 1. & l. cum autẽ. ff. de ædili. ædic. opportet tamen emptor uolens redhibere restituat rem in eadem qualitate, & si eam deteriorasset, quia non dicitur proprie restituere rem, impeditur redhibere, quo stante dicitur in illo tex. si emptor defunctus fuerit qui emerat equum morbosum seu bulsum & post eius mortem unus hæres fecit postea eum cæcum uel claudum, dubitatur an alii hæredes possint redhibere, & respondet ille text. quod ille qui dedit damnum solus tenebitur & non alii, & postea ponit formam in practica, quod

omnes hæredes faciant procuratorem ad redhibendum, & si opponetur non debere fieri quia deterioratus est æquus, dicitur quod ipse hæres tenebitur de damno, & si cohæredes soluerint illud, uel non potuerint redhibere, agunt contra committentem dolum, & sic apparet quod in contractibus stricti iuris pœna committitur contra contrafacientẽ tantum, quod est contra conclusionem firmatam.

Super hoc text. multum laborauerunt Doctor. & dantur quatuor solutiones, una est, quod concordat, quia omnes hæredes tenentur, sed tamen quia recuperant, in effectu contrauenïens solus tenetur. ut in §. item si in facto. supra eod. Secunda datur solutio, quod si agatur contra alios, tamen excipiendo possunt se defendere donec contrauenïens satisfaciat. Tertio respondet Aretin. quod hæredes emptoris non tenentur ex causa hæreditaria, quia emptor emendo intendit rem perpetuo retinere, nec dolus ab eo commissus debetur ex nã obligationis sed ex dispositione legis. argument. lege final. supra ad Syllenianum. Quarto respondetur quod ibi non competit redhibitoria uenditori ad dolum com nissum per hæredem emptoris, sed uenditor ibi defendit se ope exceptionis, secus si ageretur uia actionis rescisso contractu, ut hic refert Soc.

289 Tu uero † Clarius responde & dicas, quod ille text. non loquitur in terminis nostris neque facit in proposito, quoniam loquitur in casu cõtrario quando unus ex hæredibus actoris committit dolum, uel culpam impediendo cohæredes agere, nam ibi hæredes emptoris uolebant redhibere æquum idest recuperare pretium, & restituere equum, & sic erant actores, unus autem ex hæredibus emptoris fecit eum cæcum, & propter deteriorationem causata fuit exceptio uenditori ut non cogeretur restituere, & dicitur ibi quod ille solus tenetur ad damnum si forsan uenditor diceret restituas mihi ualorem deteriorationis, & ego ero contentus restituere, & solus ipse soluet æstimationem, quia solus actione legis Aquiliæ teneretur, & si ipsi hæredes desiderantes redhibere recuperant a contrauenïente, & si uenditor non uult redhiberi agunt ad interesse contra deteriorantem, & sic apparet quod ille text. loquitur quando unus hæres emptoris est causa quod cohæredes non possunt agere, nos autem loquimur in hæredibus debitoris, nam si unus contraueniat omnes tenentur pro hæreditaria portione, & quod dicitur in dicto. §. Pomponius. procederet etiam in hæredibus stipulatoris si unus forsan interficeet seruum promissum sub pœna, & faceret quod debitor esset liberatus, iuxta leg. omnes. C. de actionibus & obligationi. & ideo alii cohæredes non possent amplius agere contra debitorem qui diceret se liberatum, uel teneri soluere eo modo quo reperitur, nam tunc cohæredes stipulatoris agerent contra ipsum deteriorantem ut consequerentur omne interesse suum, & si debitor quoque uellet agere ad æstimationem uel interesse, solus hæres deteriorans teneretur & non alii hæredes. & propterea de illo tex. non est amplius curandum in hac materia, & remanet regula generalis & prima, quod in quibuscunq; factis indiuiduis pœna & interesse committitur insolidum contra omnes hæredes sed pro hæreditaria portione, & ampliatur procedere etiam in contractibus bonæ fidei, & in indiuiduis sola solutione, ut in obligatione rem restitui.

290 Prædicta † inferuntur ad quæstiones aliquas in practica contingentes, & primo si emphyteuta decessit pluribus hæredibus relictis, & unus cessauit in solutione canonis, an cœteri cohæredes cadant a iure suo, & communiter * Docto. tenent quod sic, ut hic per Alex. & Soccin. & fuit opinio gloss. in l. communi diuidundo, in uerbo confundetur. ff. communi diuidu. & Bar. in l. fraudati. ff. de publica. canonistarum in cap. potuit. de locato, & Specul. & Ioannis Andr. in tit. de locato. §. nunc aliqua. uersi. 61. & Ias. in l. 2. C. de iur. emphyteu. quæstio. 16. & Alcia. nume. 97. quæ opinio probatur per text. nostrum & §. item si in facto, supra eodem. quod ex contrauentione unius cæteri teneantur pro hæreditaria portione, maxime quia emphyteusis est contractus stricti iuris, & debitum canonis dependet a causa hæreditaria, ideo uno soluente pœna committitur pro hæreditaria portione. sed respondebat Marianus nu. 144. quod iste tex. cum concordanti. non probat, quia loquitur in indiuiduis, sed in solutione canonis hæredes obligantur ad rem diuiduam, cum pecunia sit diuidua solutione, & ideo sicut commissio pœnæ, quoniam est diuidua obligatione, obligat pro parte tantum, ita etiam promissio ista canonis debet obligare pro parte tantũ, sed replicatur quod conclusio sua procedit quando pecunia simpliciter promittitur sed ubicunque promittitur sub pœna tunc ipsa promissio pecuniæ efficitur indiuidua. l. 5. §. fin. infra eodem, & l. hæredes. §. idem iuris. ff. fami. hercifcundæ, & dicetur infra in octaua oppositione, sed replicari potest, quod dicta iura procedũt quando pœna est apposita in ipsa promissione pecuniæ, ut ibidem clare dicitur, hic uero non uidetur facta promissio canonis sub illa pœna caducitatis, ergo remanet diuidua promissio, per l. secunda. §. primo. supra eodem. nam illa pœna subrogatur a lege non autem ab homine, & ideo mitius agitur cum ea, sed duplicatur quod imo ipsa pẽsio promittitur sub pœna, quoniam stilus notariorum est quod ipsa pœna caducitatis apponatur si nõ fuerit soluta pẽsio, ideo tunc conclusio communis remanet indubitabilis.

291 Sed tamen † etiam quod non sit scripta in instrumento, nihilominus ipsa pœna dicitur esse tacite apposita, quoniam propter d. l. 2. C. de iure emphyteu. quod cadat a iure suo propter non solutionem canonis, effectum fuit de naturalibus contractus, ideo tacite uidetur esse apposita pœna sicut & cætera naturalia contractus uidentur apposita, & habentur pro expressis. l. cum quid. ff. si cer. peta.

Secundo adducit Ias. in dicta quæstio. 18. l. etiam si partis. ff. de leg. 1. ubi tutor etiam quod pro parte se excuset perdit totum legatum, ego & non solués perdit totam rem, respondet Marian. quod loquitur in ipso principali, nos in hæredibus unius principalis, & principalis semper incidit in totam pœnam per istum text. sed tamen potest replicari, quod idem

idem est in hæredibus per dictum. §. idem iuris, & dicemus infra super sext. opp. & distinctione Bar.

Tertio adducitur, quod author priuaretur soluendo partem, ergo idem est & in uno hærede, ne mutetur conditio obligationis. dicta l. secunda. §. ex iis supra eodem. Respondet Marian. quod ille tex. procedit in indiuiduis & non in diuiduis. sed tu replica quod idem est in diuiduis ubicunque militat eadem ratio, & iidem reperiũtur termini, ut probatur in dicta lege. 5. §. fina. & dicto. §. idem iuris, & procedit etiam in eo qui tenetur dare fundum. l. in executione. §. penulti. infra eodem, pro quo facit, quia idem est & in luitione pignoris, dicto. §. idem iuris, & l. 1. C. de luitione pigno. & l. si necessarias. §. si unus. de pigno. actione. & l. quamuis. C. de distractio. pigno. sed istis iuribus respondet Marian. quod procedunt de rigore iuris non autem de æquitate, quia uidetur quod saltem per exceptionem se possint tueri. arg. dic. l. in depositi. & l. si seruum. §. si plurium. ff. si quis cautionib. sed tu dicas quod imo æquitas est quod omnes teneantur, quia aliter nõ potest fieri sine iniuria promissoris, & propter hanc causam dicitur in tex. nostro finguntur contrauenisse omnes, si ergo fictio, ergo est æquitas, quia sine æquitate non procedit. l. denique. ff. ex quib. caus. maior. & dictum fuit in notabilibus, item procedit in contractibus bonæ fidei in quibus est exuberantia æquitatis. l. cum ex causa. infra eo. & l. in illa. supra eodem, coniuncta l. habere. de uerbo. signifi. & l. habere. ff. de euictio.

Quarto facit, quia si tantummodo soluens incideret in pœnam, dominus incideret in communionem cum feudatario, quod est maximum incommodum. l. si non sortem. §. si centum. ff. de condi. indebi. Item diuideretur res emphyteutica cum maximo dãno domini, quia per tales alienationes multiplicatas reduceretur res emphyteutica in frustra, ideo cũ sit damnum ipsius domini sequitur quod ipsa promissio quamuis sui natura esset diuidua debet effici indiuidua, per dictam l. 5. §. fin. infra eodem, & dicto. §. idem iuris. unde conclusio communis uidetur probabilibus rationibus fundata.

292 Pro contraria † tamen parte potest allegari, quia hic sumus in pœna legali apposita a dicta lege secunda. in qua mitius agitur, argum. l. Celsus. ff. de arbitris. sed supra responsum fuit quod plærunque solet apponi in instrumento emphyteutico, & quamuis non apponatur, tamen quia est de naturalibus contractus, ideo præsumitur tacite apposita. dicta lege cum quid, & licet Alciat. hic late insistat ponendo theoricam quando dicatur pœna legis uel hominis, tamen iste casus continetur in parte quam uoluit facere pœnam hominis, quia est in arbitrio partiũ apponere & non apponere, solum autem dicitur pœna legalis quando partes non possunt contrauenire, ut per eum in primo casu, sed hic partes possunt contrauenire seu contrarium disponere, ideo efficitur pœna hominis, sicut dixi late in rub. & lege prima. C. quando non petentium partes. de iure accrescendi quod dicitur uenire ex uoluntate testatoris quando ipse facit testamentum & indistincte in legatis, & solum ab intestato dicitur uenire ex dispositione legis, ut plene etiam probaui in l. reconiuncti ff. de lega. tertio.

Secundo potest allegari, quia hæc pœna est diuidua, & datur pro re diuidua, ergo pro parte committitur, ut in text. nostro. sed respondetur, quod imo est effecta indiuidua propter appositionem pœnæ tacitam uel expressam, dicta lege quinta. §. fin. & ipsa res est indiuidua, quia pro ea constituta fuit unica pensio, sicut & res uendita pro uno pretio. l. cum eiusdem. ff. de ædilitio ædicto. & dicta l. in executione. §. cum fundus.

Tertio potest adduci, quia uidetur quod solutio facta ab uno pro parte sua prosit ipsi domino sicut in toto respectu totius, ergo soluens uidetur plenius satisfecisse, per regulam positam supra. & probatur in simili in fortioribus terminis in leg. liberis. §. si duo. ff. de lib. causa. sed respondetur quod non adaptatur propter iura supra allegata, & ille text. procedit in casu suo per suas rationes, quia ibi uenditio non poterat ualere pro parte, & qui ignoranter emit suam partem esset inconueniens ut læderetur, & quia non conueniret ut qui partem emit haberet partem ut hic per Marian. ideo communis * opinio remanet uera.

293 Limitatur † tamen non procedere in pluribus principalibus, quia uno non soluente ille solus cadit quoniam unicuique pars tantummodo uidetur concessa. argument. leg. reos. §. cum in tabulis. infra de duobus reis, & uidentur tot stipulationes quot personæ l. scire debemus. infra eodem, quod tamen intellige nisi actum fuerit, ut omnes simul soluerent unicam pensionem, quia tunc uideretur unica concessio facta omnibus, uel interueniant aliæ coniecturæ de quibus per doctor. in capitulo primo. de duobus fratri. de no. bene inuesti. & ibi And. & Afflictus, & per Barto. in dicta l. fraudati. in fin. ff. de publica.

Secundo limitatur non procedere quando essent plures res in emphyteusim concessæ, quia tunc censerentur tot emphyteuses quot res, leg. scire debemus. infra eodem. unde non soluendo caderet ab una tantum, quæ tamen limitatio debet declarari utsupra, nisi omnes res concessæ fuissent sub una pensione tantum, quia tunc esset unica concessio. l. cum duos. ff. de contrahend. empti. & l. cum ab uno. eodem titulo. & l. cum eiusdem, & l. iustissime. ff. de ædilitio ædicto. ideo per defectum in parte canonis caderet ab omnibus rebus.

Tertio limitatur quando hæredes uel principales fecissent diuisionem consentiente domino, quia tunc efficerentur plures concessiones, & si unus non solueret alter non caderet, ut per Afflictum in decisio. 153. in fin.

Quarto limitatur quando alii cohæredes soluissent integram pensionem, nam tunc cessaret caducitas in persona omnium, quia liberatur per solutionem ab aliis factam etiam non soluens, quamuis iudicio familiæ herciscundæ teneatur cohæredibus eam reficere. dicta leg. hæredes. §. idem iuris. unde cautela est quod cohæredes uidentes negligentiam, & impotentiam cohæredis soluant totum

ne propter paupertatem alterius ipsi priuentur re sua, ut per Ias. in d.l.2.quæstio.25.nisi interesset domini, arg.l.si ita fuerit.de manu.testam.

294 Secundo infertur † ad aliam quæstionem, quid si unus hæres alienauit partem suam, uel unus socius partem suam, utrum alii consocii incidant in pœnam caducitatis per ea quæ habentur in dicta lege. fin.C.de iur. emphyteuti. & præmissa faciunt quod sic, arguendo de pensione ad alienationem, & consuluit Fulgosius consi.41.ad primum. sed contrarium tenuit Soc.hic, & dicit se consuluisse quod imo ipse solus alienans cadat, quia in feudo hoc est expresse decisum. cap.1.de uasall. qui contra. consti. Lotha.feud.alien. ergo idem est in emphyteusi, quia tenet argumentum, ut per Bar.in l.si mihi & Titio.infra eodem.& habetur in cap.1.an mutus uel surdus, & per Bar.in l.iusiurandi.§.si liberi.ff.de bonis lib.

Secundo adducit, quod pœna respiciens rem non egreditur partem rei.l. rescriptum. ff. de iis quib. ut indig.& l.ex facto. §. Iulianus Longinus. ff.de uulg. & pupill. ubi hæres accommodans fidem ut indigno relinquatur priuatur tantummodo illa parte in qua delinquit, ergo tantummodo debet priuari in illa parte quam alienauit.

Tertio adducit, quia mitior pars in pœnis est eligenda. l. de interpretatione. infra de pœnis. Quartor etiam facit, quia hic agitur de pœna legali, ergo sufficit quod puniatur in parte in qua delinquit, arg. l. Celsus.ff.de arbitr. Quinto facit, quia hic nos sumus in obligatione facti negatiui circa rem quæ dicitur esse diuidua, argum.text. nostri dum loquitur de stipulatione amplius non agi & rem ratam haberi, ergo tantummodo debet teneri pro parte sua, nec potest dici quod propter pœnam hæc obligatio efficiatur indiuidua, per dictam legem quintam. §. fin. infra eodem, quia aliud est in obligatione dandi & aliud in obligatione faciendi ut hic per gl. & per Bar. infra in octaua oppositione. ideo licet in quæstione præcedenti si unus hæres non soluat partẽ alii priuetur, tamen non ita debet esse in hac quæstione, quoniam ibi sumus in obligatione dandi, hic uero in obligatione faciendi, & hanc partem etiam sequitur Alciat. hic, per illam rationem, quia dicitur esse pœna legalis in qua mitius agitur, gloss. in dicta lege Celsus, & nisi contrafaciens tenetur l. in depositi, secundum intellectum Bart. & eandem opinionem tenet Rippa hic numer. 45. & consuluit Corneus cons. 67. dominus Ioannes lib. 2. & idem Corneus cons.71.col.3.nec obstat text. noster hic, quia dicunt quod loquitur in pœna conuentionali, & hic agitur de pœna legali, imo potest dici quod concordat quod in obligationibus facti diuidui pœna committitur pro parte contrafacientis tantum, & ad l.in executione.§.penul.& l.cum ex causa. infra eodem, cum simi. respondet quod loquuntur in pœna conuentionali, & hic agitur de pœna legali.

295 Crotus uero hic † dicit quod imo omnes debent incidere in pœnam & tota res incidit in cõmissum, primo per tex.in dicta l.quidam in iure, cui non fuit responsum, quæ uult quod debitum in parte faciat ut priuetur tota successione. Secundo, quia per talẽ alienationem induceretur maximum incommodum domino, cum illa pars forsan non posset locari alteri, & per se esset inutilis, & ita priuaretur commoditate illius partis. l.si quis aliam. de solutio. Tertio, quia si cadit ob delictum in ommittendo in non soluendo canonem fortius per delictum in committendo. l.mora.cum materia.ff.solu.matri. Quarto ultra ipsum facit, quia ipse dominus incideret in communionem, & cogeretur cultiuare ipsam rem simul cũ alio uasallo, unde causarentur magnæ discordiæ. l. si non sortem.§.si centum.de condictio.indebi. & l.cũ pater §.dulcissimis.ff.de leg.2.item si uellet alteri locare non inueniret forsan conductorem propter talem incommoditatem, & si tales alienationes facerent commissionem pro parte tantum diuideretur emphyteusis in frustra & multiplicarentur emphyteutæ ut cogeretur minimas pensiones quolibet anno recipere, ut maior esset labor in exigendo, & aliquando propter minusculas partes negligeretur, taliter quod incideret in maximam læsionem, quando autem solutio partis non affert utilitatem sicut in toto respectu totius, res semper efficitur indiuidua, & pœna committitur contra omnes, d.§.item si in facto.& d.l.5.§.fi.infra eodem. Facit etiam, quia contractus emphyteuticus est indiuiduus propter clausulas in eo appositas, ut habetur in l. cum ex causa.infra eodem.

Nec obstant allegata in cõtrarium, & primo tex. in d.c.1.de uassallo, quia hoc expressum fuit in feudis & non trahitur ad emphyteuses quæ determinatæ fuere per ius Romanorum, unde in unoquoque contractu seruatur ius suum expresse, secundo potest dici quod loquitur de iure antiquo, secus autem est post constitutionem Federici, uel etiam potest dici quod loquitur in feudis diuiduis secus in feudis indiuiduis. Nõ obstat quod sit pœna legalis, quia imo est conuentionalis, cum tex.in d.l.fin.C. de iur. emphyteuti.dicat, quod expressum est seruetur, & si forsan non fuit expressum uel deperditum sit instrumentum ponit illam pœnã inducendo naturam contractus emphyteutici, ut dicatur esse de naturalibus contractus, & ideo tacite uidetur esse conuenta, argum.tex.cum materia in l.cum quid.ff.si cer.peta. & quamuis Alci.hic multum insistat, tamẽ semper hæc ratio præualebit quod imo dicatur pœna conuentionalis, & de natura contractus, quod patet manifeste, quia datur ad meliorandũ nõ autẽ ad alienandũ.

Non obstat quod mitior pars sit eligenda, quia non procedit in indiuiduis in quibus hæc forma data fuit a lege in pœnis, item non procedit quando tractatur de præiudicio alterius, & per pœnam non est plene satisfactum damno partis, d.l.5.§.fin.infra eodem. Non obstat d.l.rescriptum.ff.de iis quibus, ut indignis, quia illa fuit mere pœna legalis, & non conuentionalis tacite nec expresse, & quoniam restricta fuit ad certam rem non egreditur partem in qua fuit commissum delictum, sed si lex consideraret delictum simpliciter, & malum animum, tunc priuaretur tota re, ut dicitur in dicta lege. quidam in iure. supra de donationibus, et uidetur quod hic pœna sit apposita sub consideratione solius delicti in spernendo

uidetur quod hic pœna sit apposita sub considera- tione solius delicti in spernendo dominum, a quo habuit. Non obstat quod uideatur esse obligatio facti diuidui, quia respondetur quod imo est factum indiuiduum, & per obseruationem partis non est plene satisfactum domino, in illis partibus cum non habeat tantam utilitatem in partibus remanētibus pœnes cohæredes quas haberet si tota remaneret emphyteutica, & per alienationem ipse priuatur commoditate quam habebat quādo tota res remansisset emphyteutica, præterea cum una pensio sit constituta pro tota re, ipsa est effecta indiuidua ex uoluntate partium, arg.l.græce.§.illud.ff. de fideiuss.& propter naturam contractus qui similiter dicitur esse indiuiduus, per quam responsionem apparet etiam quod idem esset si una de pluribus rebus fuisset alienata per l. in l. cum eiusdē.& l. iustissime. §.1. ff. de ædili.ædicto.& l.cum duos.ff.de contrahen.emptione. fallit autē ut in præcedenti quæstione quando inter plures hæredes uel plures principales res fuisset diuisa uoluntate domini, quia tunc essent effectæ plures emphyteuses, & alienatio unius non tangeret aliud, secundo fallit quando essent plures principales quibus simpliciter res fuisset concessa, quia tunc uiderentur esse plures concessiones nisi esset restricta ad unicam pensionem, per no.in dicta l. scire debemus, infra eodem.& dicta l. cum eiusdem.ff.de ædilitio ædicto. Et si opponatur quod non possunt cohæredes impedire quin socius alienet, ergo uidetur quod non possint incidere in pœnam, quoniam nihil mali fecerunt & non potuerunt prouidere ne ille alienaret, responde ut dicam in sequenti quæstione.

296 Tertia † est dubitatio, quid si unus ex pluribus hæredibus male uersatur in re, incidendo arbores uel aliter deteriorando, quo casu ipse uenit priuandus, iuxta no.in l.fi.C.de iur.emphyteutico, utrum propter factum suum alii cohæredes ueniant priuandi, & Cuma.in dicto loco uidetur adhuc concludere, & dubitare ex pluribus in dicta l.quidā in iure, siue male uersetur in una re siue in pluribus rebus, & uidetur inclinare quod cæteri ueniant priuandi, per multa ut ibi per eum, & idem uidetur tenere Iacobus de Puteo in suis reportatis in auth.qui rem.C.de sacro. sanct.eccles.sed tamen contrarium, quod imo cæteri non ueniant priuandi uidetur tenere Soc. hic, quia in feudo ex facto unius alter non tenetur, dicto cap. 1.de uassall. qui contra constitutionem Lotharii, & ideo idem seruari debet in emphyteusi, argu.eorum, quæ habentur in c.1.an mutus uel surdus, & per Bar. in l.si mihi & Titio.infra, & in l.ius iurandi.§. si liberi.supra de bonis liberto. & faciunt ea, quæ ponunt Bald. & Angel. in l. cum ille. C. de iis quibus ut indignis, & per Feder.de senis in cons.228. incipiente factum est tale duo fratres, & per Ias.in l.fin. in 13. quæstio.extra gloss.C.de iure emphyteuti.& in l.ait prætor.supra de iur.iuran. Ang.in cons.167.incipiēte testator.& Aret.in cōs.14.incipiēte uiso in 3.col. & cōsuluit Alex.cōs.99.col.fi.lib.5.& Cor.cōs.67. & cons.seq.lib.2.Decius cons.667. & Cur.cōs.70. in fi, qui dicunt quod hæc opinio multum demulcet aures, & in spetie probatur, quia hic sumus in obligatione quæ uenit ratione doli uel culpæ, in quo solus delinquens punitur secundum communem * opinionem docto. hic, per dictam l.in depositi, & l.in commodato.§.primo.ff. commodati, & idem tenet Socci. hic per simile de usufructuario in l. repeti. §. rei mutatione, & melius in l.sequenti, & sequenti, & l.fundi ususfructus.ff.quibus mod.usuf.ammitta.& tenet argumentum de usufructuario ad emphyteusim, ut per gl.in cap. 1.de inuesti.de re aliena facta, & per Bal.in l.unica.§.in primo.C. de caducis tollend. item & per rationem, quia in pœnis mitior pars est eligenda, cap.in pœnis, de reg.iur. item quia hæc est pœna legalis in qua mitius agitur. Arg.not. in l.Celsus.ff.de arbitris, item facit, quia delictū respectu rei nō egreditur partē in qua factū est l.rescriptū. ff.de iis quib. ut indignis. & l. ex facto §. Iulianus Longinus. ff. de uerborum significatione, item facit ratio quam ego supra adduxi, quia hic nos sumus in factis negatiuis in quibus pœna committitur pro parte tantum, ut in stipulatione amplius non agi & rem ratam haberi, ut hic in text. per illam rationem quam docto. tenent infra in octaua oppositione, quia non potest unus hæres obligari ad factum alienum.l.stipulatio ista.inf.eo. neq; potest impedire quod alter non male uersetur in re, unde sufficit quod ipse pro parte sua obseruet, & uidetur ꝙ si cohæredes in partibus suis bene uersentur ꝙ debeāt liberari, & pro ista opinione dicit Socci.hic se consuluisse simul cum Ioāne Maria de Riminaldis in quadam quæstione in practica contingente.

297 Tamen † in contrarium fortiter facit, quia per deteriorationem factā in parte deterioratur tota res, cum si fundus habeat uineā in parte, & ipsa incidatur, totus fundus est dānificatus, et si destruatur domus, adhuc totus fundus est deterioratus, & idem etiam est si in parte sint arbores, & alia sit aratoria, si incidātur arbores fructiferæ, totus fundus dicitur esse deterioratus, sicut uidemus in homine qui offensus in manu uel pede dicitur in totum offensus, & propterea stipulatio per te non fieri, uel per te offensionem non fieri, dicitur esse omnimodo indiuidua. ut habetur in §.item si in facto. supra eodem.& stipulatio habere licere, seu dolum malum abesse, dicitur esse indiuidua, l.eadem.supra eodem.quia dolus in parte non potest esse quin respiciat totam rem, & idem probatur in dicta l.si ut certo.§.si duobus uehiculum. supra commodati, dum uult quod cura & diligentia circa rem ne deterioretur dicatur esse indiuidua, & ideo omnes debent teneri pro portione sua, & uidetur etiam probari in text. nostro hic, & magis clare in l.in executione.§.quod si stipulatus.infra eodem.qui dicit quod qui ab uno prohibetur in totum ab omnibus prohiberi uidetur, quia in totum dicitur esse prohibitus, ita & qui deterioratur in parte fundi uidetur ab omnibns deterioratus, ex eo quia læditur in tota re, & pro ista opinione uidetur esse text. in leg. quod si nolit. §. Pomponius.ff.de ædilitio ædicto. ubi si unus hæres deteriorauit animal, propter quam cohæredes non possunt redhibere nisi soluant illud animal, perinde

est acsi ipsi illud dedissent, & sic per factum unius praeiudicatur eis in potestate aestimandi, licet postea quando deuenitur ad aestimationem ipse deteriorans solus teneatur per repetitionē, & facit etiā, quia emphyteusis datur ad meliorandum, ut habetur in toto titulo in authenti. de emphyteusi. & ali. & l. prima. C. de iure emphyteuti. & omnes tenentur meliorare, ideo si fiat deterioratio in re ipsi quoque dicuntur non obseruare contractum & finguntur contrauenisse omnes, cum dominus priuetur commoditate sua in tota re, ut hic dicitur in text. & in dicto §. item si in facto. & in lege quinta. §. fina. infra eodem, & sic uidetur quod in puncto iuris haec opinio uerior sit. nec obstant allegata in contrarium, & primo quod dicitur de feudo in capitulo primo de uasallo qui contra consti. Lothar. quia ille tex. non facit, quoniam loquitur in alienatione quae non ita inficit rem sicut facit mala uersatio & deterioratio, quae non potest fieri in parte quin afficiat totam rem.

Non obstat quod in penis mitior pars est eligenda, quia non procedit in indiuiduis, ut in hoc text. cum suis concordanti. & in dicta l. cum ex causa. infra eodem, dum dicit quod omnes defendere tenentur, & illi legi satisfieri uidetur faciendo quod cohaeredes priuati agant ad omne interesse suum contra ipsum deteriorantem qui in effectu patietur totam poenam. dicto. §. item si in facto, & l. haeredes. §. in illa. ff. familiae herciscundae. Non obstat text. in l. repeti, allegatus per Soccin. quia probat contrarium, & alius text. quem ego addidi probat quando deterioratio fit in accessione quae non uidetur tollere formam, tamen non procedit postea simpliciter in proposito nostro, quoniam non requiritur hic quod forma mutetur, sed sufficit quod fiat deterioratio in parte, quae uidetur afficere totā rē & contrariari de directo promissioni factae ad meliorādū. Non obstat quod hic uideatur poena legalis, & mitius sit agendum, quia imo est poena conuentionalis, ex eo quia si emphyteusis datur ad meliorandum ergo est de substantia emphyteusis ut non deterioretur, & saltem de naturalibus, unde uidetur esse promissa, argumen. l. cum quid. ff. si cert. peta. item communis stilus notariorum est quod in instrumento emphyteutico quod debet fieri in scriptis per text. in lege prima. C. de iur. emp. solet opponi istud pactum quod non possit deteriorari, & per deteriorationem incidat in commissum, unde apparet quod dicitur poena conuentionalis & non legalis, & regulari debet secundum regulam text. nostri.

Non obstat quod ego adduxi, quod hic sit factum negatiuum & adimpleatur a cohaeredibus pro parte sua, bene uersando, quia respondetur quod in hac parte non dicitur adimpleri pro parte cum respiciat totam ipsam rem, & deterioratio in parte afficiat totam ipsam rem, unde ipsi cohaeredes non dicuntur bene uersati, quoniam & portio eorum dicitur esse damnificata, sicut quando promiserunt non offendere hominem uel non impedire, & unus solus impediuit uel offendit. nam caeteri quoque dicuntur impediuisse & offendisse, quoniam non potest dici quod in aliis partibus non sit offensus uel impeditus, & propterea nec ipsi uidentur adimpleuisse, sicut dicitur de defensione quae debet fieri ab omnibus, & uno non defendente, licet & alii uires suas interponant in defendendo, tamen quia non dicuntur plene defendere incidunt in poenam ac si non defendissent. l. cum ex causa. cum concordantibus, infra eod. ubi assignatur etiam ratio quod contractus uenditionis est indiuiduus, ita & contractus emphyteuticus est indiuiduus, & non potest pro parte deteriorari res quin totus contractus uioletur, non obstat quod quis non possit obligari ad factum alienum, quia illud non procedit in indiuiduis, cum uideamus quod omnes cohaeredes tenētur seruare promissionem defuncti de non impediendo uel offendēdo, & uno offendente uel impediente ipsi incidunt in poenam, quamuis non possint prohibere cohaeredem quin offendat uel impediat, & est ratio, quia ipse defunctus promisit factum proprium, & ipsi cohaeredes dicuntur etiam teneri ad factum proprium quia repraesentant defunctum, d. §. item si in facto, cū cōcor. & decisio tex. nostri de stipulatione, amplius non agi & rem ratam haberi, procedit quādo cohaeredes obseruantes adimplent partem suam, & per impedimentum alterius in sua parte non diminuitur adimplementum aliorum.

Nec obstat l. in depositi & d. l. incommodato. §. 1. quia non loquuntur in deterioratione proueniente ex conuentione partium uel ex causa haereditaria ut statim declarabo in sequenti oppositione, & propterea uidetur recte considerando damnum ipsius domini quod haec opinio omnimodo sit tenenda, & procedit etiam in pluribus principalibus quando res non fuit diuisa actualiter, quoniam licet habeat certam partem in ipsa emphyteusi, tamen quia est pro indiuiso, deteriorando unam partem dicitur & partes alienas deteriorasse, quoniam unusquisque in quolibet cespite terrae dicitur habere partem. l. locus. iuncta l. 3. ff. de acquir. possessione.

298 Limitatur † tamen dicta conclusio non procedere ubicunq; deterioratio facta fuit per incursum latronū uel hostiū, intelligendo tamē quod unus non fuerit causa illius incursus, quia tunc ipse uideretur dedisse damnum, d. §. at si. insti. quib. mod. re contrahi. obligatio. qui hoc dicit in terminis, & facit tex. in d. l. quod si nolit. §. si mācipium. ff. de aedilitio aedicto, ubi si damnum euenit casu uel sine culpa non prohibetur redhibitio.

Secundo limitatur non procedere quādo ipsa emphyteusis esset actualiter diuisa cōsensu domini, quia tunc pars esset integra res in deteriorante, uel etiam sine cōsensu domini quando tota res haberet eandē qualitatem, & deterioratio partis non afficeret totā rem, ut si esset tota uineata, uel esset tota arborata aequaliter, nam tunc deterioratio in parte non afficeret totam rem, & cohaeredes deteriorantes nō dicerentur pro parte sua in totum adimpleuisse.

Tertio limitatur non procedere quādo essent plures res, & una sola esset deteriorata, nam tunc alii nō tenerentur, dummodo non esset portio substantialis aliarum rerum, sicut brachium in homine, ut

quia

quia una esset uineata, & alia res haberet domum, quæ deseruirent omnibus aliis rebus, nam tunc simul iunctæ uiderentur esse una res, & omnes aliæ diceretur deterioratæ propter incōmoditatem quam reciperent, & in practica per experientiam illud faciliter dignosci potest, & summa. est, quod si per talem deteriorationem, cæteræ partes remanent perfectæ, tunc cohæredes non incidunt in pœnam, & in istis terminis procedere potest communis opinio, si uero cæteræ partes non remanent perfectæ, quia per deteriorationem partis recipiunt detrimentum, tunc contraria opinio uerior est per supradicta, & in actu practico iudex debet esse diligens in istis considerationibus.

299 Quarta † potest esse dubitatio ultra doct. quid e contrario si reperiantur plures hæredes unius domini, & emphyteuta obseruet in parte aliquorum & in parte non obseruet, ut si soluat pensionem duobus cohæredibus, & uni non soluat, an per contrauentionem factam in persona unius hæredis debeat in aliis partibus incidere in commissum, & tex. in dicto cap. 1. de uasall. qui contra const. Lotha. uidetur dicere quod non cadit nisi in illa parte, sed tamen in contrarium facit, quia hic sumus in obligatione dandi quæ in obseruata in uno minimo obolo facit omnes cohæredes incidere in pœnam, dicta l. 5. §. fi. infra eodem. & dicta l. hæredes §. idem iuris, supra fami. hercifcundæ, tamen potest dici, quod licet de rigore iuris incidat in pœnam totius, tamen quia alii cohæredes nullum habent interesse, si ipsi agant repelluntur exceptione, & solus ille in quo facta fuit inobseruantia agere poterit pro parte sua, ut inquit tex. no. in hoc in dicta l. 2. §. item si in facto, unde ipsa emphyteusis diuidetur & cadet solùm a parte tangente ipsum offensum, cum aliorum non intersit, si tamen eueniret quod alienasset partem tangentem ex hæredibus Domini, si quidem esset facta diuisio plena, tunc similiter incideret in pœnam in parte tangente eum quæ fuit alienata, sed si non esset diuisa inter ipsos hæredes emptoris, non posset dici contrauentionem esse factam in una parte magis quam in alia, & idem esset si male uersatus esset in parte, ideo omnes istæ quæstiones resoluendæ sunt eodem modo. nam aut ipsi hæredes domini diuiserunt rem emphyteuticam plena diuisione actuali, & tunc inobseruantia facta in una persona non facit ut alii cohæredes possint agere, & si agunt saltem repelli debent exceptione, quia eorum non interest dicto. §. item si in facto, si uero non est facta plena diuisio quamuis partes pro indiuiso unusquisq; dicatur habere, tamen in obseruantia propter communionem non potest respicere magis unam personam quam aliam, & tunc ipse incideret in commissum, quia in effectu diceretur partem totius pensionis non soluisse, seu in tota re male uersatum fuisse.

300 Item etiam † potest dubitari, utrum emphyteuta possit renuntiare rem emphyteuticam ipsi domino se liberando a pensione, & tex. in dicto cap. 1. dicit in feudis quod sic, tamen in emphyteusi ego puto contrarium, ex eo quia ipsa datur ad meliorandum, & interest domini habere hominem meliorantem ne res ipsa remaneat inutilis, & ideo non potest recedere, sicut nec dominus potest reuocare, quoniam contractus ab initio sunt uoluntatis & postea necessitatis. l. sicut. cum materia. C. de actio. & oblig. non obstat quod dicitur de feudo, quia in eo præstatur seruitium personale, & est quædam quasi seruitus a qua potest se liberare, arg. l. si centum. §. si centum. ff. de conditio. & demonstra. & ibi no. quinimo dicunt ibi Docto. quod si præstauit iuramentum uel interueniant certæ clausulæ solitæ apponi tunc nec etiam poterit renuntiare feudum domino, maxime si faceret ut haberet societatem cum alio rege qui esset inimicus sui domini, quia cum nunquam poterit offendere neque uerbo neque facto neque in intentione propter formam fidelitatis, ut ibi dicitur.

Ex sexta oppositione Bar. colligitur, quod ubicunque plures tenentur ex contractu bonæ fidei ad rei restitutionem, si unus tantummodo contrauenit ille solus tenetur, dicta l. in depositi, & si omnes contrauenerunt omnes quoque tenentur insolidum, per tex. in l. si ut certo. §. si duobus uehiculum, in fin. & l. in commodato. §. si ex facto. ff. commodati, & l. 1. §. si apud duos, & l. si duo. ff. depositi, & assignat rationem, quia omnes insolidum tenentur ad custodiam & diligentiam & ad factum omnino indiuiduum, dicto. §. si duobus uehiculum, in fi. & ideo etiam insolidum tenentur ad interesse & ad totam pœnam, & non obstat tex. noster, quia procedit in contractibus stricti iuris, & sic in effectu Barto. uult quòd in contractibus bonæ fidei solus contrafaciens teneatur insolidum, & si omnes contrafaciunt adhuc insolidum teneantur omnes, & quod restringatur text. noster hic ad contractus stricti iuris, & sequuntur communiter * Doctores conantes defendere Bart. ab obiectis.

301 Sed tamen † contraria opinio uerior est ut supra dixi, & hæc restrictio Bar. turbauit sine effectu materiam, & faticauit Docto. nam primo fundatur sua opinio in ratione æquitatis, ut ex facto alterius nemo teneatur, tamen ipsemet postea confundit hanc rationem, ex eo quia uult quod in eisdem contractibus ex contrauentione omniū singuli teneātur insolidum, quod est ualde durum & rigorosum, quoniam in contractibus stricti iuris quando perueniτur ad interesse uel pœnam, ipsi non tenentur nisi pro portione hæreditaria, quia lex 12. tabularum ex æquitate diuisit obligationem in interesse & in pœnam, quam poterat diuidere, & nos uidemus quod etiam diuisit obligationem in contractibus bonæ fidei, per l. pro hæreditariis. C. de hæreditariis actio. quæ procedit in omnibus contractibus, dicta leg. hæredes. §. idem iuris. in fin. unde hæc ratio nihil operatur.

Secundo ipse se fundat in dicta l. in depositi, & dicta l. si duo, quæ non probant eius conclusionem, quoniam loquuntur de dolo adhibito in interuertendo seu deteriorando, ut patet in dicta l. si duo, qui dolus uenit extra conuentionem & causam hæreditariam, quoniam de interuersione non fuit cogitatum, cum ipse deponens uel commodans rem

suam in manibus interuertentis non dedisset, ideo dicitur esse dolus extra contractum punitus per solam legem, ut dicatur esse pœna legalis. Ideo succedit regula, quod delinquens debet puniri & non alter. dicta l. de pupillo. §. si plurium, & l. fi. ff. ad Sylle. & quod dicta l. si duo. loquatur de tali dolo nemini est dubium, quia litera hoc sæpius repetit, & quod dicta l. in depositi de eo loquatur probatur in uerbo, ex delicto hæredis, quod non bene potest conuenire in contrauentione in ommittendo.

Tertio Bar. fundat hanc suam opinionem per tex in dicto. §. si duobus uehiculum. quia custodia & diligentia insolidum ab omnibus debet adhiberi. ergo & insolidum ad interesse & pœnam tenentur, sed hæc cōsequētia Bart. fuit satis puerilis in hac materia cum de ea esset instructus, & in idem incidūt Socci. & cæteri Doctor. qui propter hanc rationem conantur defendere Bar. nam uerum est quod omnes insolidum tenentur ad curam & diligentiam, & non debent adhibere dolum insolidum, tamen hoc est ex primitiua obligatione de qua loquitur dictus. §. si duobus uehiculum, non autem procedit in interesse uel pœna, quæ succedit si non fuit adhibita custodia uel diligentia, nam tunc quia hæc secundaria obligatio est de pecunia ipsa efficitur diuidua, ut probatur in hoc tex. nostro. & in l. stipulationes. infra eodem. Ideo obligat hæredes tantummdo pro hæreditaria portione, ut clare dicit iste tex. & dictus. §. Item si in facto, ubi sæpius per Docto. hæc ratio fuit assignata, ut ineptum sit dubitare, & solum quia tenetur ad indiuiduū in primitiua obligatione facit quod pœna & interesse committatur cōtra omnes, sed tamen postea diuiditur pro portione hæreditaria, & in terminis hoc dixit text. in dicta l. in depositi, in fin. secundum intellectum quem ipsi approbauerunt, quod ibi mutat casum, & loquitur de dolo in non obseruando, & hæc duplex æquiuocatio fuit causa erroris Doct. Illa de dicto. §. si duobus, & alia quod dictus. §. si duobus, commisceatur cum dolo adhibito in interuertendo, cum ualde differant ut dixi, & in spetie contra opinionem Bart. est text. in dicta l. cum ex causa. infra eodem, & dicta. l. hæredes. §. Idem iuris. dum loquitur de luitione pignoris, & lex 3. supra eodem, cum stipulatio habere licere et dolum malum abesse interponatur super contractibus bonæ fidei, & tamen in eis committitur pœna cōtra omnes pro hæreditaria portione, & si dicatur quod ibi fuit interposita stipulatio quæ est stricti iuris, respondetur, quod aliter non pōt deberi pœna, nam si promittatur pacto nudo non uestitur. l. seruus ea lege de seru. exportandis, & dato quod uestiretur, producit actionem præscriptis uerbis quæ est stricti iuris, & pactum pœnale debet seruare naturam suam sicut stipulatio pœnalis, unde apparet quod in actu practico hæc opinio sua non potest habere effectum, propterea concludas quod non est uera, & quod tex. noster generaliter procedit, ut amplietur etiam procedere in contractibus bonæ fidei, ut indistincte in quibuscunque contractibus obligatio secundaria ad interesse uel pœnam committatur contra omnes in factis indiuiduis pro hæreditaria portione.

Alia colligitur † conclusio ex dictis Bar. quod quādo plures principales uel hæredes tenentur ad factum indiuiduum quod obligantur ad similitudinē duorum reorum, non tamen proprie dicuntur duo rei, sed quodammodo efficiuntur duo rei nisi aliud actū sit & sequuntur cōiter * Docto. & cum effectus sit maximus, ideo dubitant Docto. hic, quomodo constituantur duo rei in indiuiduis, & Bar. hic uidetur tenere quod si actum sit quod teneantur insolidum constituuntur duo rei. l. 1. §. si apud duos. supra depositi. sed Imo. reprehendit uolens quod non contrahantur duo rei nisi expresse dicatur quod sint duo rei, & ex hoc solo quod dicatur teneri insolidū non inducantur duo rei, quia exprimitur quod tacite inest ergo nihil operatur. l. 3. cum materia. ff. de lega. primo. & iam per legem quod teneantur insolidum expressum fuit l. 2. §. ex iis. supra eodem. sed defendendo communem respondent Roma. & Aretin. quod imo non exprimitur eo modo quo inest, quia si non est dictum quod teneantur insolidum, uno cōtrafaciente solus tenetur insolidum. Si uero expressum fuit omnes tenentur, sed quādo est dictum semper tenentur insolidum, & semper factum unius nocet alteri, ergo aliquid additur, & per consequens expresio aliquid operatur. l. talis scriptura. ff. de legat. 1.

Quæ tamen responsio non est uera, quoniam hæc est propria natura indiuiduorum quod teneātur insolidum & pœna committatur contra omnes etiam quod non exprimatur, ut in hoc tex. & in §. quod si in facto, licet Bar. uariauerit ut infra in distinctione. doc. uero hic ex mente Bar. in l. 2. infra de duob. reis distinguūt. Aut est indiuiduum omni respectu, & tūc dicendo quod teneantur insolidum non constituuntur duo rei, quia exprimitur quod tacite inest, & idē si est indiuiduum obligatione & solutione, sed si est indiuiduum solutione tantum, tunc per illud uerbū constituuntur duo rei, quoniam causatur ut indiuidua efficiatur obligatio. l. eandem. infra de duobus rei ubi in primitiua obligatione absque dubio constituuntur duo rei, sed etiam in secundaria ratione doli constituuntur per rationem Romani, quia primo unus tenebatur ad eam solus, nunc omnes possunt teneri, de quo tamen infra dicetur, & hanc distinctionem uidentur tenere communiter * docto.

Sed Alciatus in utroque membro contradicit, & in secundo membro quando sit diuiduum obligatione & agitur de primitiua dicit quod nunquam constituuntur duo rei, quia uerbum insolidum, aliquod operari potest absq; eo quod faciat ipsos reos, quia unus solus tenetur, & per uerbum insolidum, inducitur quod omnes teneantur propter factum suum, & efficitur obligatio ipsa primitiua indiuidua, ergo sufficit absque eo quod fiant duo rei, & quando aliquid potest operari restringitur ut per gloss. magnam. in l. sed si quis. §. quæsitum. ff. si quis cautionibus, docto. in l. mora. ff. soluto matrimonio. Sed ipsemet postea respondet, quod imo uerba operantur ut possunt quādo est propria eorum significatio l. 1. ff. si ager uectigali. & melius in l. 1. §. quod autē. ff. de

ff.de aleatoribus, & l.in fraudem.§. fi.ff.solu.matrimo.& no.in l.1.C. de edendo, & solum restringuntur quando extensio esset contra propriam significationem. l. si tam augusti. ff.de seruituti. & per Ang. uel quando essent statuta correctoria uel odiosa. Roma.cons. 19.præsentis statuti,col.2. & Socci.cons. ult. uol. 2. & si tu pro alia opinione dicas quod imo ut efficiantur duo rei non est propria significatio uerbi, insolidum, responderi potest quod uerba illa prolata a contrahentibus, habent hunc sensum quod efficiantur duo rei, secus quando proferuntur a lege,facit l.si diuisa.C. locati, & l. cum apparebit. C. locati.in alio autem membro quando indiuiduum est etiam obligatione indiuiduum, & ideo tunc per illa uerba non constituantur duo rei, in contrarium adducit Areti. in dicta l.2. quia quando dicitur quod sint obligati insolidum uidetur exprimi per alium modum quam insit, quia tenebuntur tanquam duo rei,quod est magni effectus secundum eum, quam rationem ipse dicit esse debilem, tamen quod imo efficiantur duo rei,adducit, quia alias illa uerba, quod teneantur insolidum, essent superflua, quod non est dicendum.l.si quando, ff. de leg. primo.& cap.si Papa, de priui.in 6.nec obstat dicta.l. 3.quia dicit responderi posse quod si aliquid tacite inest ex præsumpta libera uoluntate disponentis tunc si exprimitur censetur expressum quod tacite inest, dicta l.3. aut inest ex necessitate legis,& tunc operatur,ut est casus in l.Titia. ff.ad l.falcidiam,sed tu teneas communem opinionem, quia tolleratur quod sit superuacanea adiectio, ut est tex. clarus in l.si Titio.in principio. ff. quando dies legati cedat, cum suis concordantibus ut plene habetur in dicta l.3. sin autem sunt apposita illa uerba in secundaria obligatione,& tunc erunt plures rei insolidum,quia prius non tenebantur insolidum, per dictam l. si apud duos,in fin. ergo si exprimantur operabuntur quod efficiantur duo rei,& ad contrarium quod diuersitas causæ non impedit constitutionem duorum reorum.l.si quis,infra.tit.primo.& per Bar.in l.fina. in secunda.quæstione, respondet quod non est disparitas causæ, cum in principali non tenerentur insolidum ex natura actus, item procedit secundum opinionem Barto. quæ tamen non est uera ut infra. dicetur.

303 Puto tamen † quod indistincte tam in primo membro quam in secundo, quod per illa uerba teneantur insolidum efficiantur duo rei, & tanto magis si sit additum quod in secundaria obligatione teneantur insolidum, quia uerba impropriantur ut aliquid operentur, l.si quãdo.ff. de leg.primo, ergo extendũtur ut operentur constitutionem duorum reorum, item mens contrahentium uidetur esse ut teneantur insolidum ad pœnam uel inter esse, ergo multum operantur, maxime quia idiotæ nesciunt significationem illorum uerborum quod sint duo rei,& declarant mentem eorum naturaliter propter uerba quod teneantur insolidum,unde multum probabilis uidetur esse hæc opinio., & si respondeas quod alias nunquam regula.l.3.de leg.primo.posset habere effectum, potes dicere quod procedit in literatis non autem in idiotis,uel potes dicere quod procedit nulla alia existente coniectura, sed si aliqua esset læuis coniectura,ut tenerentur insolidum ad pœnam uel interesse, putatem quod efficerentur duo rei,quia de eo uidentur cogitasse,arg.dictæ l.siquãdo.ff.de leg. primo, & uidentur sentire docto. qui præsupponunt etiam actum de secundaria obligatione, & remanebit opinio Bar. semper uera, quod generaliter si apponantur uerba insolidum constituantur duo rei,bonum tamen est quod notarii magis extendant illam clausulam ut euitentur dictæ difficultates.

Et ideo habes quod obligati ad indiuiduum efficiuntur duo rei si hoc expresse actum fuit, & si tantum modo dictum fuit quod teneantur insolidum, tunc in indiuiduo solutione tantum secundum omnes efficientur duo rei, & idem si hoc est expressum in secundaria obligatione ratione interesse pœnæ & doli, quia uerba exprimunt quod non inest tacite,sed si tenentur ad indiuiduum omni respectu, uel duobus respectibus, & aditum fuit quod teneantur insolidum etiam in secundaria obligatione adhuc efficientur duo rei, sed si hoc dictum fuit in primitiua obligatione,sunt opiniones supra relatæ, tamen opinio Bar.uidetur multum sustentabilis, cum uideatur applaudere intentioni contrahentium, & omni modo tenenda, si reperiantur aliquæ coniecturæ ab aliis uerbis sumptæ.

304 Tertia † est conclusio, quod quando sunt duo rei constituti uel expresse uel per uerba insolidum, & alia similia,tunc factum unius nocet alteri.l.fi.C.de duobus reis,& ideo ex conuentione unius cæteri omnes tenebuntur insolidum.l. ex duobus.infra.de duobus reis,sed in contrarium uidetur esse tex.quem ipse allegat in l.mora.§.fin. ff. de usur. qui dicit, quòd mora unius non nocet alteri, & quamuis saluetur Bar.quod uoluit allegare illum tex. cum glo. tamen non tollitur quin in litera contradicat eius decisioni, ideo Areti. dicit quod ille tex.loquitur de mora in qua non nocet alteri nisi sint duo rei,& Barto.loquitur in dolo & culpa in qua unus nocet alteri, ut ibi dicit glo. & ita tenuit Bart.in l.ex duobus.in 12. quæstione, infra de duobus reis,& l.si diuisa.C.loca. &.l. cum apparebit. ff. locati.quæ solutio implicat contradictionem,quia mora est culpa l.si mora.ff.solut.matrimonio,& sine mora non potest deueniri ad interesse ratione culpæ uel doli, ergo si mora non nocet neque etiam nocebit factum circa interesse,& confirmat Areti.per text.in l.eandem.§.penul. ff.de duobus reis,ubi remissio culpæ facta correo prodest alteri si sunt socii, & concurrat quod culpa sit communis, sed si culpa noceret correo, si fuisset remissa illi qui tenebatur pro eo, fortius prodesset correo, quando culpam non commisit, & sic etiam quando culpa non est communis quod non uidetur esse ex alio nisi quia culpa unius non nocet alteri, & sic ille text.uidetur concludenter probare contra Bart. & sequitur Imo.in dicta l.penul.

Sed Socci.respondet,dicens quod ille tex. loquitur de mora quantum ad solum effectum quod perpetuetur obligatio quæ per accidens uidetur eueni-

re, ideo non nocet alteri, sed quantum ad effectum culpæ, tunc mora unius nocet alteri, & sic culpa unius nocet alteri, dicta l. ex duobus, ubi Bar. in 12. quæstione, & ad dictam l. eandem. §. penul. respondet, quod ibi requiritur culpam esse communem, quia si est communis, & sint socii, si non prodest alteri remissio culpæ & exigeretur ille cui non fuit facta remissio consequeretur partem repetendo a correo consocio, ne hoc ergo sequatur prodest alteri illa remissio, & fortius prodesset quando culpa fuisset remissa & exigeretur alter correus qui nullam culpam commisit, & consequeretur totum ut per eum, quæ tamen responsio non tollit contrarium, imo magis auget, quia quando non sunt socii, & culpa non est communis, remissio culpæ facta uni non prodest alteri, ergo nec nocet, & si non nocet, ergo Bar. hic, & docto. male loquuntur, quod in correis dolus uel culpa unius noceat alteri, nec ualet quod dolus sit de natura contractus tanquam cogitatus, quia etiam mora est cogitata, & certe nihil magis uel prius est cogitatum quam ipsa mora, propter quam apponuntur omnes aliæ clausulæ in contractibus, præterea pactum de non petendo super re principali non prodest correo. l. si is qui. §. primo. & l. si quis. ff. de lib. caus. l. si unus. ff. de pact. ergo factum de substantia contractus nec prodest nec nocet contra Bar. hic & omnes.

305 Quare † pro resolutione tu plenius dicas in hoc subtili & difficili articulo, quod ad hoc ut constituantur duo rei expresse uel tacite oportet quod æqualis sit obligatio, & si dispar interuenit, etiam quod milies agatur quod sint duo rei, impeditur constitutio duorum reorum, ut dicitur in dicto. §. sed si quis, qui est notabilis ad hoc, & not. in. §. fin. inst. de duobus reis, quod tamen procedit quantum ad disparitatem in substantia obligationis, non autem in qualitate. dicto. §. fi. insti. de duobus reis, & l. ex duabus. ff. eod. tit. uel si unus obligatur ciuiliter & alter naturaliter ut pupillus adhuc non impeditur constitutio. l. si duobus. §. fi. infra de duobus reis, hæc conclusio quod debeat esse æqualitas debet esse tempore obligationis contractæ, qua interueniente non impeditur constitutio duorum reorum iam facta, si superueniat postea inæqualitas accidentalis ut quia uni remittatur culpa per pactum uel dolus & non alteri, quinimo si postea uni fiat pactum de non petendo non uiolatur dicta constitutio. l. si unus. ff. de pact. qui dat consilium quod si quis uult liberare unum correum & non alium quod faciat pactum de non petendo, quia si liberaret per acceptilationem tolleretur in totum obligatio & remanerent omnes liberati, ut ibidem dicitur, & sic prodesset aliis, l. si is qui, & l. cum quis decedens. ff. de lib. leg. cum concordantibus, ubicunque uero sunt correi & socii tunc pactum etiam quomodocunque factum uni prodest alteri, & quodcunque aliud superueniens uni prodest alii, dicta l. ex duobus reis, la piccola, & ibi Bar. de duobus reis & hæc in duobus reis debendi, in duobus uero reis stipulandi tunc pactum uel actus sapiens donationem non præiudicat alteri, ne sit in facultate creditoris auferre ius quæsitum correo suo stipulandi, sed pactum factum omne sapiens receptionem pecuniæ, ut acceptilatio, & iuramenti delatio, uel uera receptio, præiudicat alteri quantum ad liberationem debitoris, sed remanet ius ei contra correum, dicta l. si unus. ff. de pact. etiam quod sint socii.

306 In proposito † igitur de mora & culpa dicas, quod aut sunt correi & non socii, & mora unius non nocet alteri ita quod unus possit per moram suam perpetuare obligationem, & facere quod teneatur de interritu sicut ipse committens moram, iuxta. l. quod te. ff. si cert. peta. similiter e contrario pactum remissorium doli uel culpæ factum uni non prodest alteri, uel etiam pactum de non petendo factum uni non prodest alteri, quia est mera qualitas accidentalis superueniens, sed si adhibuit dolum uel culpam in destruendo rem ipsam deductam in contractu, debet remitti etiam alteri, quia est de intrinsecis contractus secundum Docto. hic, quando uero sunt correi socii, uolunt cōiter * Doc. hic, quod mora unius noceat alteri, & pactum unius prosit alteri, & factū doli uel culpæ in destruendo unius noceat alteri, ut per Bar. in dicta l. ex duobus. la grande. 12. quæstio ne. de duobus reis, & ratio differentiæ est, quia quando sunt socii omnium bonorum omne lucrum uel damnum extrinsecus superueniens communicatur. l. 3. ff. pro socio. ergo & hoc lucrum ex pacto iure societatis non duorum reorum, si debitum fuit similiter ratione societatis communicabitur quando sunt rei debendi, in reis uero credendi inspicitur an sit donatio uel negotiatio. dicta leg. si unus, cum ibi no. ff. de pact.

Quare remanet quod factum correi socii semper nocet correo circa moram & culpam, & ad dictā l. mora. §. fi. ff. de usur. respondetur quod loquitur de correis non sociis, & ad dictum. §. sed si quis, similiter respondetur quod loquitur de correis non sociis, cum in correis sociis etiam mora unius noceat alteri, & dolus unius noceat alteri, & pactum factum uni prodest alteri.

307 Sed dubium est † in duobus reis non sociis, in quibus mora unius non nocet alteri, & remissio culpæ unius non prodest alteri, utrum dolus uel culpa adhibitus ab uno noceat alteri, & faciat eum ad dictam culpam teneri insolidum, & Bar. hic, & in dicta l. ex duobus expresse tenet quod sic, per dictam l. si diuisa. C. locati, & l. cum apparebit. ff. locati, quæ tamen iura non probant, quia loquuntur de petitione de re principali non de secundaria obligatione ratione doli & culpæ de qua nos loquimur, & tex. in dicta leg. eandem, dicit quod efficiantur duo rei tantum, non autem quod dolus uel culpa unius faciat quod alter teneatur insolidum, & dicta l. 1. §. si apud duos. ff. de posi. loquitur quando uterque comisit dolum, & idem dicit dicta l. si duo, uersi. quod si lancem.

Quapropter uidetur quod opinio Are. hic sit ualde probabilis, & sustentabilis, quod in simplicibus correis dolus uel culpa unius non noceat alteri, ut probatur in dicta l. si apud duos, secundum communem intellectum gl. ibi & Bar. hic sequitur, dum dicit quod ibi actum erat quod essent duo correi, & postea

postea tex.dicit quod si unus fuit liberatus quia non adhibuit dolum,peruenitur ad alium , ergo apparet quod correus qui non adhibuit dolum non tenetur neque propter dolum alterius fuit obligatus,& confirmatur per tex.in dicta l.mora,in fi. quæ dicit,mora unius non nocet alteri , &tamen illa mora afficit obligationem,quia perpetuat eã,item text. in dicta l.eandẽ.§.penul.dicit quod remissio culpæ facta uni non prodest alii , tamen prodest illi cui fit remissio, ergo dolus & culpa istius non nocet alteri,cum si noceret non prodesset illi cui facta fuit remissio , sicut in duobus sociis, nec etiam prodest illi cui facta fuit remissio, idẽ probatur in pacto de nõ petẽdo quod factum uni nõ prodest alii,dicta l.si unus.ff.de pact. cum concordantibus ibi adductis , & solum prodest illi cui factum fuit,ergo factum correi non nocet ei, quia si noceret nõ prodesset illi pactũ sicut nõ prod est quando sunt socii,& hæc inductio uidetur multũ concludenter probare,propterea uidetur necessario dicendum quod regula dictæ l.penul. & dictæ.l.fin. C.de duobus reis, procedat tantum quando sunt rei & socii simul,ut pactum unius noceat alteri,& ita tenet Bart. in dicta l. penul. sed quando non sunt socii nũquam factum unius neque culpa neque dolus nec mora nocebit correo,per dictam l.mora.§.fin. cum aliis supra adductis.

Nihilominus licet ista uideantur multum urgere, tamen interius cogitando uidetur quod opinio ista sit nimis rigorosa & iuribus nõ conueniẽs, est enim magna uiolatio ad tex. in dicta l.penul.quod ibi essent socii,quia societas est quædam qualitas accidentalis quæ raro contingit,& de ea plære quæ leges illius tituli non uidentur loqui,unde uidetur quod magis probabile sit illum tex.loqui de simplicibus correis , prout est primordialis natura eorum , & non quando sunt socii,arg.l.item ueniunt.§.sed cum præ diximus.ff.de petitione hæreditatis,& l. certi condictio.in glo.magna,in fi.ff.si cer.petatur,similiter est magna restrictio & uiolatio ad dictam l.fi.C.de duobus reis,ut intelligatur quando sunt socii,cum totus ille titulus & auth.hoc ita,loquantur de duobus reis simplicibus seu communibus & non sociis, & ibi docto.ita uidentur intelligere,præterea tex. in dicta l. mora.§.fi.uidetur confundi per dictam l.fin.dum dicit quod interpellatio facta uni nocet alii,ergo mora unius nocet alii, cum interpellatio tantum modo moram inducat.l.quod te.ff.si cert.peta.& l.si ex legati causa.infra eod. & illa interpellatio inducit interruptionem præscriptionis , quæ facta uni nocet alii , & tamen sumus in primitiua obligatione,& in omnibus correis communibus & non sociis tantum, & ita ibi intelligunt omnes,& Fulgo. in dicta l.mora §.fi.dicebat quod mora non nocet quantum ad perpetuandum neque quantum ad usuras.dicto.§.fi.sed quantum ad interruptionem nocet, dicta l.fin. quod est diuinare ad utrunq; text. & restringere,& apparet articulum esse ualde dubitabilem , tamen de eo dicas prout declarabo post sequentem conclusionem.

308 Quarta † est conclusio Barto. quod quando sunt plures debitores in facto indiuiduo efficiuntur duo rei,uel quando expresse actum fuit, uel etiam tacite nominando uerbum insolidum , & tunc ipsi principales obligantur insolidum ad rem deductam in obligatione,ut possit unusquisque eorum conueniri in solidum,item etiam obligantur insolidum ad interesse si postea successit propter moram uel dolum & culpam,& etiam obligantur insolidum ad ipsam pœnam si apposita fuit ut ad eam quoque possint insolidum conueniri, ita expresse dixit hic & in distinctione sua,in uersi.primo casu,per l.fi.C.de duobus reis, & sic habes magnum effectum istius constitutionis duorum reorum , ut insolidum possint conueniri nedum in primitiua & principali obligatione sed etiam in secundaria , & succedente ratione nouæ pœnæ culpæ uel doli , & uidentur pertransire communi-
* ter * docto. unde ualde differunt duo rei ab obligatis simpliciter ad indiuiduum , cum licet obligati ad indiuiduum possint conueniri insolidum, dicta l.secunda. §. ex iis, tamen postea ad interesse ex mora uel pœna uel dolo & culpa non tenentur nisi pro hæreditaria portione , per tex.nostrum hic,& dicto.§. item si in facto,& secundum opinionem Bar.in contractibus bonæ fidei solus contrafaciens tenetur & non alii,& correi indistincte semper tenentur insolidum, & si obligatio est ad indiuiduum solutione tantum,si sunt correi insolidum ad totum conueniri possunt tam in primitiua quam secundaria obligatione , & si non sunt correi , tenentur tantum modo pro parte,dicta.l.3.§.hæres, & ad pœnam interesse etiam pro parte secundum opinionem Barto. supra relatam.

Quæ conclusio uidetur esse satis probabilis quando agitur de indiuiduo uno respectu uel duobus respectibus,quia dicta constitutio duorum reorum nihil operaretur nisi traheretur ad secundarias obligationes,quod non est admittendum,per dictam l.si quando.ff.de leg. primo.& per Bal. in rub.C.de rerum diuisione,in 11.quæstione,qui dixit neq; etiam syllabam debere esse superfluam,unde ex mente contrahentium trahetur etiam hæc constitutio ab obligationes accessorias,sed ubicunque sumus in indiuiduo unico respectu tantum uidetur quod satis debeat operari constitutio duorum reorum in ipsis principalibus ut teneãtur insolidũ , & secũdariæ obligationes remaneant in sua natura,quia satis est ut aliquid operetur, secundum glo. in l.sed & si quis,§. quæsitum,in glo.magna ad fi.ff.si quis cautio.& per doctrinam Bar.in l.si mora,in secunda quæstione.ff. solut. matrimo. tamen adhuc uidetur quod decisio Bar.sit uera, ut etiam talis constitutio trahatur ad obligationes secundarias,quia plenius prouidetur ipsi stipulatori,& uerba conueniunt,argu.tex.in l.1.§. primo.ff.si ager uectigalis,& leg. prima.§.quod autem de aleatoribus , & declarat Ange. in leg. si tam angusti.ff.de seruitutibus,& Alcia. hic nume.121.in alio tamen proposito, pro quo facit etiam quod ipse uoluit num.124.qui dixit quod non debet considerari differentia inter obligationem primitiuam & secundariam,argumẽ.dicti.§.si duobus,& dicta leg. si duo. & dicto.§.si apud duos , & uidetur esse opinio multum conueniens menti contrahentium,præ-

dicta tamen conclusio debet procederet quantum ad ipsos principales reos constitutos non autem quantum ad eorum hæredes, quia ipsi remanent in obligatione secundum naturam ipsius indiuidui quæ non alteratur, quia non trahitur ad hæredes nisi expresse dictum fuit, sed si dictum fuisset tunc & ipsi insolidum conueniri possent per supradictam conclusionem.

309 Sed tamen † adhuc remanet obiectio illa fortis de dicta l. mora. §. fin. & l. eandem. §. penul. nam si unusquisque tenetur insolidum in obligatione primitiua, & secundaria & possunt conueniri & cogi etiam quod non sint socii, ergo mora unius nocet alteri & pactum unius debet prodesse alteri, sed tu potes resoluendo dicere, quod recte considerando non contradicit, attento quod ista stant simul quod mora unius non noceat alteri & pactum factum uni non prosit alteri, & tamen conueniantur insolidum nam ille qui comisit moram tenebitur insolidum & totum soluere, quamuis ex natura contractus non teneretur nisi pro parte, & erit satisfactum stipulatori donec alter incidat in moram, & si faceret pactum illi qui est in mora adhuc remaneret potestas cõueniendi illum qui postea erit in mora, nam ad satisfactionem stipulatoris non est necessarium, quod omnes cumulatiue conueniantur insolidum, sed sufficit ei quod unus tantum in totum conueniatur, & eliget quem uelit, & interpellabit, & constituet in mora, & postea illum conuenire poterit, & remanebit uerum, quod mora unius non nocebit alteri ut possit conueniri nisi interpellatus postea incidat in moram, & etiam remanebit uerum, quod pactum factum uni non proderit alteri, nam poterit stipulator ommisso eo cui fecit pactum interpellare & conuenire alium ad totum, & idem continget in pœna, & nullus conuenietur ex dolo uel mora alterius ad interesse uel pœnam, sed conuenietur ex mora & dolo proprio ad integrum interesse & pœnam, & semper plene erit satisfactum stipulatori, illa autem difficultas, quod mora unius noceat alteri, tunc considerari debet quando singuli non tenentur ad totam pœnam, sed est necessarium quod agatur contra omnes ad unicam pœnam pro hæreditaria portione, tunc enim est necessarium quod ex facto unius alter teneatur, prout habetur in text. nostro, & in dicto. §. item si in facto, sed cum singuli insolidum teneantur ad totam primitiuam & secundariam obligationem, non est opus dicere quod factum unius noceat alteri, quoniam unusquisque sibimet in totum nocere potest ad plenam satisfactionem stipulatoris, quæ bene nota quia doctor. non uidentur in hoc fuisse bene resoluti.

310 Verumtamen † quia dicta Bar. in materia confusionem aliquam adducere uidebantur ideo ut melius intelligerentur, ipse subiecit distinctionem suam, constituendo duo capita, unum de pluribus principalibus, in quibus dixit quod si actum est ut sint duo rei, & tunc pœna committitur aduersus omnes insolidum & conueniri possunt insolidum in primitiua & omni secundaria obligatione, aut non fuit actum, & tunc si unus contrauenit, solus ille tenetur insolidum, & aliis non præiudicat, dicta leg. prima. §. si apud duos, in fin. ant plures fecerunt uel omnes contra stipulationem, & omnes tenentur insolidum, uel illi qui fecerunt, dicto. §. si duobus uehiculum, & l. si duo. uersic. quod si lancem, supra depositi. ut quodam modo sint duo rei, aliud est caput de pluribus hæredibus, & tunc si factum indiuiduum non descendit a causa hæreditaria, præiudicat illi qui contrauenit & non aliis, dicta leg. fina. supra ad Sylleianum, & l. de pupillo §. si plurium. supra de non. oper. nuntiatio. aut descendebat ex causa hæreditaria, & tunc si illa pœna uel interesse petitur per iudicium bonæ fidei agitur contra eum tantum qui contrafecit, dicta l. in depositi, cum l. sequenti, & si omnes contrafaciunt agendum est contra omnes, dicta leg. si duo, aut per actionem stricti iuris, & tunc interesse & pœna committitur contra omnes pro hæreditaria portione, licet postea omnes repetant per iudicium familiæ herciscundæ a solo contraueniente, per quam distinctionem apparet quod Bartol. restrinxit regulam text. nostri ut omnes teneantur pro hæreditaria portione, ut non procedat in hæredibus quando agitur actione bonæ fidei, & restrinxit etiam in principalibus, ut non procedat decisio istius text. quoniam plures principales nunquam tenentur pro portione eorum, sed tam in contractibus bonæ fidei quam stricti iuris uoluit quod contrafaciens solus teneatur insolidum, & si omnes contrauenerunt omnes teneantur insolidum, non distinguendo inter contractus bonæ fidei & stricti iuris, sed in utroque determinando per iura allegata in contractibus bonæ fidei, & has duas restrictiones ad text. nostrum sequuntur hic communiter * Doctor. & licet multi contradicant in aliquibus tamen conantur defendere Bartol. ut hic per Soccin. & alios Modernos.

311 Sed uere † istæ duæ restrictiones sunt omnino falsæ & per eas Bar. turbauit totam materiam, faticando omnes doctores innanum, & quod restrictio de hæredibus in contractibus bonæ fidei non sit uera supra ex multis comprobatum fuit in prima conclusione. sextæ oppositionis, quæ hic pro repetitis habeantur, quia clara sunt, & quod etiam alia restrictio de principalibus tradita non sit uera, probatur ut dicebat Cuma. quia Bartol. inaduertenter loquitur contra casum istius l. cum concordantibus, quoniam si sunt plures principales qui tenentur ad indiuiduũ omni respectu uel duobus respectibus, & etiam in indiuiduo solutione tantum tenentur insolidum soluere, propter illam rationem, quia stipulator ex solutione partis nihil dicitur habere, & per contrauentionem unius stipulator priuatur tota utilitate, quia nisi insolidum peccari potest, ideo omnes contrauenisse uidentur, & per consequens omnes debent insolidum teneri ad pœnam pro hæreditaria portione, ut in hæredibus.

Sed tamen quia ipse non respondebat bene ad leg. in depositi. Alexander reprobauit eum, & concordando dixit quod in contractibus stricti iuris

uera

uera est opinio Cuma. ut teneantur pro portione sua, sed in contractibus bonæ fidei uera sit opinio Bar.& sic tex.nostrum ampliauit in pluribus principalibus ex contractu stricti iuris,& limitauit ex contractibus bonæ fidei, quia iura allegata per Bar.loquuntur de contractibus bonæ fidei, & de eis tantummodo probat, sed Soccin. hic conatur defendere opinionem Bar.indistincte, ut semper principales contrafacientes soli teneantur, quia ipsi tenentur ex secundaria obligatione ratione doli uel culpæ quæ indiuidua sunt, ergo insolidũ tenentur ad illum dolum uel culpam illi qui adhibuerunt, quæ tamen ratio licet sit communis, nihil ualet, quia non sequitur, tenentur ad diligentiam & custodiam insolidum, ergo tenentur ad in teresse uel pœnam insolidum, quoniam licet custodia & diligentia sit indiuidua tamen ipsum interesse & pœna diuiduntur, ideo oppotet quod propter obligationem ad custodiam & diligentiam primitiuam pœna committatur insolidum cõtra omnes, tamen ipsum interesse & pœna debeatur ꝑ portione sua, ut est tex.in d.l. stipulationes nõ diuiduntur. inf.eo.uersi.Celsus, qui in principalibus & hæredibus dicit interesse diuiduum, & per consequens pœnam, & idem habetur in l.cum ex causa.in fi.inf.eo.& d.l. si duo. in fi. nec obstat d. §. si duob.qa loquitur de primitiua obligatione nõde interesse uel pœna.Nec obst.d.l.siduo.quia loquit̃ de dolo adhibito ad interuersionẽ rei,& eodẽ modo debet declarari tex.in d.§.si apud duos.in fi.

Quare remanet conclusio, quod restrictiones Bar.non sunt ueræ, imo sunt ampliationes ad tex. nostrum, ut in eo regula generalissima constituatur, quod plures hæredes uel principales tã in contractibus bonæ fidei quam stricti iuris ex facto unius teneantur omnes pro hæreditaria portione, uel pro portione sua.

312 Sed dubium est†quid si omnes contrafecerunt an teneantur omnes pro hæreditaria portione, an uero teneantur insolidum,& Barto.non ponit istum casum in contractu stricti iuris. ergo uidetur uelle idem esse quod in contractibus bonæ fidei, in quibus posuit hunc casum etiam,& ita põderat Socci.Bar. uelle. quasi iste casus sit ommissus a tex.nostro.& hanc paruam authoritatem attribuerunt Catoni, ut hunc casum solum de uno contrafaciente in hæredibus determinaret, & idẽ faceret Paulus.supra.in.§.item si in facto.&addentes huic tex.aliam restrictionem, quod quãdo omnes contrafecerunt omnes insolidum tenentur in contractibus stricti iuris, sed nec etiam hæc restrictio est uera, licet docto.hic ualde se torqueant.& Soccin.teneatur insolidum uel pro parte a uersic. 3.conclusio, per duas columnas, perscrutãdo multas contradictiones,& est tertia angustia in quam inciderunt doctor.propter hanc differentiam inter contractus bonæ fidei & stricti iuris,'& Rippa eadem ratione se torquet dubius existens nu. 39. uersi.secunda conclusio & nume.44.uersicu.quarta conclusio. ut hic per eum, & Marian. numer. 155. uersicu. sexta conclusio. post Ruyn. hinc inde disputantes,& Alcia.hic num. 104. perpendit hanc inuolutionem, & distinctionem uarie refert, magis tamen communiter*concludere uidẽtur, quod si omnes contrafecerunt omnes insolidum tenentur,& esse casum hic ommissum & determinatum per tex.in dicta.l.j.§.si apud duos. in principalib.& dicto.§.si duobus uehiculum.& inter plures hæredes per tex.in dicta l.si duo.uersi. quod si lancem.& non curant quod tex.in dicta.l. si duo.in fi.in hæredibus determinat contrarium quod teneãtur pro parte ẽt in contractibus bonæ fidei.& in d.l.cũ ex causa.inf.eo.ubi tenentur pro parte.& ad tex.in l.ad ea.§. fi.de reg.iur.qui dicit teneri pro parte, respõdent ꝙ tenentur insolidũ.

Et propterea apparet quod eorũ theorica non est bona,& hæc restrictio nõ potest procedere, attento quod nihil interest quantum ad stipulatorem an unus solus contrauenerit uel omnes, ex eo quia idem damnum consequitur stipulator siue ab uno siue ab omnibus contraueniatur, cum ipse non possit in plus priuari quam in tota utilitate ipsius rei promissæ,& ideo non potest plus habere quam totum interesse suũ,& unã integrã pœnã, & ideo cũ omnes contrafecerint non potest committi nisi una pœna insolidum,& quoniã hæc postea est diuidua sui natura simul cum interesse oportet ut cõmittatur contra oẽs pro hæreditaria portione, ut hic dicit tex.& iste casus nõ fuit expressus tanquã esset notus & clarus,& solũ fuit dubitatũ quid agendũ esset qñ unus tm̃ contrafecisset,& Iurisconsl.determinat quod omnes teneãtur pro hæreditaria portione, quia omnes contrafecisse uidentur,& perinde sit ac si omnes contrafecissent,& sic semper apparet quantas angustias generauerit hic Bar. cum hac sua distinctione inter contractus bonæ fidei & stricti iuris, & quam turbauerit hanc materiam, quæ tamen per se facilis, & clarissima uidetur.

313 Vt ergo†iste articulus istius materiæ indiuiduorum, quomodo plures hæredes uel principales teneantur in secundaria obligatione, liqueat, ita breuiter ultra alios distinguas. Aut enim est unus principalis tantum aut plures, si unus principalis ille solus semper tenetur insolidũ in primitiua & in omni secundaria obligatione.ut hic in tex. nostro.in fi.cũ declarationibus tamen tradendis in 9.opposi. Si uero nos sumus in pluribus principalibus uel pluribus hęredib.&siquidẽ actũ est quod sint duo rei, & tunc singuli insolidũ tenentur in primitiua & in omni secundaria obligatione.Sed hęredes tenentur utinfra, tamen si dictũ fuit quod etiã ipsi constituantur ut rei uel tacite uel expresse secundũ distinctionem supra traditam, & tunc ipsi quoq; singuli tenentur insolidum propter naturam duorum reorum, ut satisfiat stipulatori per unumquemque de principali & de omni secundaria obligatione, quamuis per moram unius alii non incidant in moram, sed sit opus quod & ipsi interpellentur & constituantur in mora, & si uni remissio facta fuit alii possunt interpellari & conueniri ut soluant singuli in omni secundaria obligatione, nisi sint duo socii, quia tunc facilius tenentur, ut dictum fuit.

Si uero non constituuntur duo rei, & tunc tu facias regulam, quod plures hæredes ex facto unius uel ex facto pluriũ aut omniũ tenẽtur insolidum, quia stipulatio insolidum committitur, tamen cõueniuntur ad unam integram pœnam omnes pro hæreditaria portione, ut hic in tex. & in §. itẽ si in facto. & in l. in executione. §. quod si stipulatus. & l. cum ex causa. inf. eo. quamuis ad primitiuã obligationem insolidum unusquisque conueniri possit. d. l. cũ ex causa. inf. eo. & d. l. 2. §. ex iis. sup. eod.

314 Ampliatur procedere † in omnibus indiuiduis siue omni respectu, siue duobus respectibus, siue unico respectu, quoniã quamuis in primitiua obligatione uariis modis teneantur, tamen quantum ad omnes secundarias obligationes semper tenentur insolidum, cum saltem teneantur soluere integram rem, & soluendo pro parte nihil faciant, & semper remaneat priuatus stipulator tota utilitate donec soluatur ipsa res integra, ideo uno contrafaciente uel pluribus uel omnibus semper insolidum cõmittitur stipulatio, & omnis alia secũdaria obligatio, unde tenentur ad integram pœnam, & omnem aliam secundariam obligationẽ, sed tamen quia postea ipsa pœna seu interesse dicitur diuiduum, omnes tenentur pro hæreditaria portione, ut in regula tradita.

315 Ampliatur procedere † etiam in pluribus principalibus, ut quamuis teneantur aliquando insolidum & aliquando pro parte in primitiua obligatione, ut in alio articulo, tamen ad secundariam gationem ipsi omnes tenentur pro portione sua, cum pœna & interesse diuidantur sicut & in ipsis hæredibus, non distinguendo an unus tantum uel plures uel omnes contrauenianr, quia semper est eadem ratio, cum eo modo obligentur uel insolidũ uel pro parte sicut ipsi hæredes in primitiua, tamẽ ad solutionem semper insolidum tenentur, ideo tota stipulatio insolidũ committitur, tamen postea agitur ꝑ portione eorũ tãtũ cõtra omnes.

316 Ampliatur † procedere etiam in contractibus bonæ fidei, ut idem sit quod in contractibus stricti iuris, ꝙ licet teneãtur uarijs modis in primitiua obligatione, ut dictum fuit, tamen cum ipsi teneantur integram rem soluere, si non soluat pœna, & omnis alia secundaria obligatio committitur in solidum contra omnes, sed tamen quia postea pœna & omne interesse dicitur esse diuiduum, agitur contra omnes pro hæreditaria portione, & cõtra omnes principales pro portione sua, quia eadem ratio est ꝙ in contractibus stricti iuris, & probat in d. l. qđ si duo. in fi. sup. deposi. & in d. l. cũ ex causa inf. eo & in l. 3. sup. eo. & quarta dũ loquitur de stipulatione habere licere & dolũ malũ abesse, q̃ in contractibus bonæ fidei solent apponi, & tamẽ committuntur cõtra omnes pro hæreditaria portione, dicto. §. item si in facto, nec obstat dictus. §. si duobus. quia loquitur de primitiua obligatione ad custodiam uel diligentiam, in qua omnes ex regula cõmuni tenentur insolidum, nos loquimur de omni secundaria obligatione. Nõ obstat dicta l. quod si duo. uersic. quod si lancem. & dicta l. in deposito, & dicto. §. si apud duas, in fi. quia loquũtur de dolo interposito in interuertendo ipsas res debitas, qui dicitur esse delictum extra conuentionem & causam hæreditariam proueniens in quo unusquisque secundum quoque communes regulas & secundũ naturã legis Aquiliæ puniri debet.

317 Ampliatur † procedere non tantum in pœna de qua loquitur iste tex. cum similibus, sed etiam in interesse quod prouenit ex simplici mora iuxta l. si quis ab alio. §. fi. de re iudi. quia uno uel pluribus uel omnibus contrafaciẽtibus insolidũ committitur ratione indiuidui contenti in obligatione primitiua, tamen quia ipsum est diuiduum postea omnes cõueniuntur pro portione sua uel pro hæreditaria portione, per tex. in l. stipulationes non diuiduntur. uersi. Celsus, infra eo. qui generaliter loquitur in principalibus & hæredibus, & in contractibus bonæ fidei & stricti iuris, ut ibi præsuponunt omnes doctores, & etiam præsupponũt in tex. nostro. & in. §. item si in facto. ubi etiam dixi. solum autem diuersificatur a pœna in pluribus principalibus stipulantibus, uel in pluribus hæredibus unius stipulatoris, quoniam uno impedito alij non agunt, quia eorum non interest, & in pœna licet alii agere possint, tamen obstat exceptio, ut ibidẽ dicitur, sed si omnes principales uel omnes hæredes stipulatoris essent prohibiti uel impediti, tunc omnes agerent ad integrum interesse pro portione tamen sua, & omnes agerent ad pœnam sine exceptione pro portione tamẽ sua, quia tunc omnium æqualiter interesset pro parte sua, ut in dicto. §. item si in facto præsupponunt doct. & in §. nostro.

318 Ampliatur † etiam procedere in interesse succedente propter dolum uel culpam, ut quia nõ fuit adhibita custodia uel diligentia etiam quod perierit uel deteriorata fuerit, ut sit necessarium deuenire ad æstimationem. iux. tex. in d. §. at iis. cum similib. ff. commoda. nam tunc quia ipsi tenentur insolidum saltem per solutionem, si deficiat solutio unius partis uidetur stipulator uel commodatarius seu contrahens priuatus tota re, ideo insolidum committitur obligatio ad æstimationem contra omnes, sed tamen quia postea ipsa æstimatio est diuidua, cõueniuntur tantũmodo pro sua portione, uel pro hæreditaria portione. d. l. si duo. in fi. sup. depositi. cũ simili. tam in contractib. bonæ fidei quã stricti iuris, quidquid dixerint doct. qui in hoc ualde æquiuocauerunt.

319 Ampliatur procedere † etiam in æstimatione, quæ uenit re perempta, uel post mortem, uel quia quis tenetur propter delictũ, restituere, nã tunc licet teneantur plures principales uel hæredes ad restitutionem uario modo in primitiua obligatione secundum quod supra dictum fuit, tamen ipsa obligatio ad æstimationẽ insolidũ cõmittitur, & quia postea diuidua est, oẽs tenentur pro hæreditaria portione, uel pro portione sua. l. in condictione. ff. de condictio. fur. quæ clara est, & sic apparet quod in omnibus prædictis secundariis obligationibus unica est & æqualis decisio.

320 Limitatur † nõ ꝓcedere in æstimatione seu interesse ꝙ ꝓuenit ex dolo adhibito in destruẽdo uel

interuer-

interuertendo rem debitam, nam tunc tam in contractibus bonæ fidei quam stricti iuris si unus contrauenit ille solus tenetur, & si omnes contrauenerint, omnes insolidum tenentur, dicta l. si duo. uersi. quod si lancem. & dicto. §. si apud duos. ff. depositi. qui possunt extendi ad contractus stricti iuris, quia eadem ratio est, iux. le. si seruum. §. primo. & seq. infra eodem. quia tunc est delictum separatū a causa conuentionis, uel causa hæreditaria, & sumitur per pœnam legalem, ut uerificetur dictum, quod pœna debet sequi authorem suum. l. Sancimus. C. de pœnis. & factum unius non debet nocere illi qui non fecit. l. de pupillo. §. si plurium. ff. de no. oper. nunt. & l. fi. ff. ad Sylleia.

321 Limitatur secundo † non procedere in æstimatione quæ soluitur per iuramentum in litem, quia tunc in contractibus bonæ fidei condemnatio fit insolidum in persona conuenti si ipse solus possideat uel etiam si non possideat. iux. no. in l. qui restituere. de rei uendicatione. & l. in actionibus. de in litem iurando. & siquidem uenit ex iuramento contra defunctum omnes tenentur pro parte, si uero ex iuramento contra unum possidentem tantum, & tunc ille solus condemnabitur. argum. l. 3. §. hæres. ff. commodati secundum unum intellectum, sed si ipse possidebat partem rei, & perit post moram suam, uel moram omnium seu contumaciam in non parendo, & tunc omnes tenentur, quia est solutio rei debitæ secundum æstimationē etiam factam secundum affectionem, ut no. in l. 3. §. in hac. ff. cōmod. & dicta l. in actionibus, in obligatione uero indiuidua omnino iuratur contra omnes, sed postea tantummodo soluerēt pro parte, & eadem sunt in contractibus stricti iuris, nisi quod in eis non deuenitur ad iuramentum nisi post sententiam latam, & si est iuramentum ueritatis, aut idem erit, ut plene no. in dicta l. in actionibus. Tertio limitatur non procedere in stipulationibus prætoriis, ut infra in 2. quæstione.

322 Quarto limitatur † non procedere quādo unus solueret totum, quia tunc alij liberantur, & non possunt conueniri saltem ope exceptionis, si est tale factum quod in uno obseruatum prodest omnibus, sed si non prodesset tunc cogeretur multiplicatiue omnibus soluere in primitiua obligatione l. 2. §. ex iis. supra eodem, & si non solueret, tunc pœna cōmitteretur insolidum, & interesse pro hæreditaria portione, & singuli hęredes stipulatoris multiplicatiue possunt agere ad indiuiduum, & si uni non solueretur, pœna committeretur insolidum, tamen obstaret exceptio aliis. Actio uero ad interesse integrum cōpeteret ipsi soli & non aliis, ut in dicto. §. Item si in factum, dictum fuit, & per hæc apparet quod regula tex. nostri est generalis ualde, & generaliter seruāda est exceptis illis paucis casibus, & non turbanda, ut fecerūt hic Doct.

323 Sequitur † secunda pars principalis totius materiæ. §. nostri. quid iuris sit in stipulationibus factorum indiuiduis, & quomodo contra principales unum uel plures, & contra hæredes agatur tam in primitiua, quam secundaria obligatione, de qua habetur in. §. nostro. a uers. at si de eo. usque ad finem, & in stipulationibus factorum indiuiduis ponitur decisio, quod quando facta sunt diuidua, ut stipulatio amplius non agi uel rem ratā haberi, in primitiua obligatione agitur pro parte contra hæredem contrafacientem uel promissorem, & solus stipulator qui fuit impeditus agit, uel hæres eius, quod procedit etiam in interesse, & secundaria obligatione pœnali, ut solus contraueniens pro parte teneatur, & solus prohibitus pro sua parte agat ad interesse uel pœnam, licet ipse promissor semper insolidum teneatur tā ad factum quam ad secundarias obligationes, ideo contra istam decisionem, dum uult quod solus contrafaciens teneatur, opponit Barto. de eodem. §. fina. sed faciliter soluit, quod ille loquitur in uno promissore uel stipulatore, nos loquimur in pluribus principalibus uel hæredibus, & solutionem tenent docto. cum distinctione, & declaratione tradenda infra in nona oppositione. ubi complebitur.

Secundo opponit contra principalem decisionem, quod imo in stipulationibus diuiduis idem sit quod in indiuiduis ut pœna cōmittatur insolidum contra omnes pro hæreditaria portione. l. 5. §. fi. inf. eo. qui loquitur etiam de facto non parendi sententiæ, & l. hæredes. §. idem iuris. sup. famil. hercis. Hoc contrarium est ualde difficile, & non minus turbauit doct. quam euenerit in materia indiuiduorum. & glo. hic ponit duas solutiones, una est quod loquitur in casu speciali de pecunia numerata, in qua sunt quædam præcepta singularia. l. singularia. sup. si cer. peta. quæ tamen reprehenditur ab omnibus, quia idem est & de aliis spetieb. l. in executione. §. pe. inf. eo. & omnes sequuntur excepto Maria. ut inf. suo loco dicetur. Secunda datur solutio, quod illa iura loquuntur in obligationibus dandi, nos in obligationibus faciendi, & ideo dicatur quod in stipulationibus dandi penitus diuiduis pœna committitur pro hæreditaria portione contra omnes, sed in stipulationibus faciendi diuiduis pœna committatur contra cōtrafacientem tantum, quæ solutio satis applaudet auribus si inueniatur ratio differentiæ sufficiens.

Ideo postea glo. & doctor. laborant in assignādo rationem diuersitatis, & ipsa dicit quod facilius est dare quam facere, ideo non dando inducitur maior contumacia ut omnes contrauenisse uideantur, ideo oēs tenentur pro hæreditaria portione, in factis uero propter difficultatē est minor cōtumacia, unde solus cōtrafaciens uidetur delinquere, & alii præsumuntur plene satisfacere, ideo cōmittitur pœna cōtra expresse cōtrafaciētē tm̄. Tn̄ huic rationi multa obstāt, quæ adducit Bar. & licet Petrus cōfirmet, tamen ēt Bar. confirmationem suā impugnat. nihilominus postea ipse tenet solutionem glo. & rationem allegatam per eā, & Petrum, & probat quod facilius est dare pro alio, quam facere, nam pecuniam suam pro alio posse dare clarum est, sed dicit quoq; unum posse dare rem alterius destinatam ad illum finem, etiā trāsferrendo dominium. l. si procuratorem. §. ignorantes. digest. mandati. & si non transfert domi-

nium cogitur habere ratum. l. Pomponius scribit. ff. de neg. gest. & in simili habetur in auth. captiui. & in corpore unde sumitur. C. de episcop. & Clericis. ubi uenditionem factam ab extraneo de rebus captiui, ut redimatur, tenetur ipse captiuus ratã habere, & facit glo. in l. uenditor. de iudi. quæ dicit emptorem de bonis uenditoris soluere posse, & socius potest re communi uti ad usum destinatum. l. si communes. ff. communi diui. ideo apparet, quod quis non tantum suam pecuniã pro alio soluere potest sed etiam alienas res gerendo negotium utile. ergo & unus cohæres poterit tradere totam rem etiam quod partes sint cohæredũ, quia eorum negotium utile gerit faciendo obseruare promissa, & euitare pœnam.

In factis uero nedum quis non potest obseruare pro alio sed nec etiã potest obligari. l. stipulatio ista. in uersi. nemo factum alienum. infr. eo. tamen postea instat Bar. quia uidetur quod non militet ratio in pœna ut debeat committi contra omnes quoniam in primitiua obligatione tam principales quam hæredes liberantur soluendo partem. l. 2. §. j. sup. eo. & l. si testamento. §. quod si duo. infra de fideiussor. & l. 3. C. de neg. gest. ergo uidetur ꝙ soluens sicut liberari potest aperte in primitiua obligatione, & ita liberari a secundaria obligatione possit, & solum contra contrafacientem agi, respondet ipse fatendo contrariũ, & dicit quod hoc causat conditio apposita in stipulatione pœnali, quæ facit totam stipulationem indiuiduam. l. cui fundus. in princ. & in fi. sup. de cond. & demonst. ideo propter eã non dicuntur cohæredes pro parte sua implere, sed uidentur in totum contrauenire, ideo omnes pro hæreditaria portione, ut ibi dicitur. Quare habes solutionem ad iura contraria, quod aliud sit in obligationibus dandi, & obligationibus faciendi, per rationem, quia facilius est dare quã facere, & sequuntur communiter docto.

324 Contra tamen eam† arguunt hic multi moderni ut refert. Soc. quia uidetur confundi per d. l. 5. §. fi. ubi idem dicitur in obligationibus faciẽdi in stipulatione de parendo sententiæ, item est cõtra rationem assignatam in l. si seruus §. fi. sup. si quis cautionib. & in l. fi. sup. in ius uocati ut eant, ubi dicitur uerum est omnes status non esse. Tertio quia non uidetur uerum quod facilius sit dare quã facere, cum magnus sit labor in debitoribus nedum in soluendis debitis alienis, sed etiam suis, quibus est impossibile congerere pecuniam, & quilibet præsumitur non soluendo, ut habetur in l. si uero pro condemnato. §. qui pro rei qualitate. sup. qui satisdare cogantur. Quarto facit secundum Iasonem, quia alia ratio assignatur ibi, quod aliter nõ potest fieri sine iniuria stipulatoris.

325 Propterea ipsi† & Ias. recedunt ab ista solutione Bar. & ratione, & dabant aliam distinguendo, an cum facilitate quis possit dare uel facere pro alio, & tunc pœna committatur insolidum, si uero cũ difficultate poterat dare uel facere pro alio, & tunc pœna committatur pro parte per l. si uehenda. §. idem iuris. supra ad l. Rhodiam de iactu. & in hoc erit casus singularis, in quo conditio scinditur in persona hæredum, & si est stipulatio de defendendo quæ potest impleri per unum ex hæredibus etiam pro parte alterius, ut per Bart. hic in secunda quæstione, & tunc quia dicitur in magna negligentia, incidit in totam pœnam, & hanc dicit esse solutionem ex mente Alexand. considerantis hoc modo an factum sit diuiduum uel indiuiduum, ideo sequitur quod tex. noster restringitur ut non procedat quando hæres totum potuit adimplere. Tamen Socci. postea reprehendit, quia est uiolatio ad omnia iura cum in l. in executione. §. penul. infra eodem. dicatur quod pœna committitur quia solutio in parte non liberat, & hoc solum consideratur quod non habuit totam rem, item confunditur per textum nostrum qui simpliciter dicit quod pœna committitur contra cõtrafacientem tantum, quia unus pro parte sua perfecte adimplet, idem dicitur in lege hæredes. §. si incerto. supra familiæ hærciscundæ. ubi unus nõ poterat pro alio adimplere, & sic non consideratur hæc ratio an possit totum faciliter adimplere uel non possit.

326 Ideo† aliam solutionem reiecta illa Bar. tradebat Benedictus de Plumbino distinguendo. Aut pœna promittitur sub conditione negatiua tam in obligationibus dandi quam faciendi, & tunc semper committatur insolidum, quia negatiua si in aliqua parte est falsa in totum dicitur esse falsa. l. si is qui ducenta. §. cum ita. supra de rebus dubiis. si uero pœna dandi & faciendi promittatur sub conditione affirmatiua, & tunc committatur pro parte tantum, argumen. leg. si seruus. §. si plurium. supr. si quis cautionibus. ut si promittam nõ agere, & si gero promitto pœnã, tunc uidetur promissio facta ad aliquam partem, argumento text. & quod ibi dictum fuit in l. prima. §. si stipulanti. supra eodem. unde cum sit contrauentum in parte tantum, tantummodo pro parte committitur. quæ solutio in effectu continet, aut stipulatio principalis est affirmatiua uel negatiua, cum si est affirmatiua pœna promittitur negatiue, & si est negatiua pœna promittitur affirmatiue, ut habetur in §. fi. insti. de uerborum obliga. quæ solutio licet non reprehendatur a Soccino, tamen est ualde extranea, & confunditur per istum textum in quo conditio est negatiua si non paruerit, & in dicta l. si seruus. §. plurium. & quia conditio affirmatiua uniuersalis & ipsa est falsa in totum si in parte est falsa. dicto. §. utrum. & in capitu. in Genesi. de electione. præterea si conditio est affirmatiua, ꝓmissio est negatiua, ergo cũ sit uniuersalis negatiua debet in totũ impleri, & cõtrauentio fit promissioni nõ cõditioni. Tertio conditio æqualiter fit affirmatiue tã in promissione affirmatiua quã negatiua, qa dr̃, si cõtrafactũ fuerit. d. §. fi. insti. eo. Quarto, ratio sua (quod in maiori summa insit minor) procedit in pluribus rebus nõ in una re deducta in stipulationẽ, ut no. in d. §. si stipulanti, & sic exẽplũ suũ cum ratione est particulare nõ accidẽtale. Quinto, qa si cõditio nõ sumit ab uniuerso, sed ex particularib. nihil de pœna debet cõmitti, qa particulares oẽs possunt esse falsæ, d. §. utrũ. Sexto, quia

to, qa iste tex. ponit exẽplũ affirmatiuũ & negatiuũ simul, unde cõfunditur per eũ, quãuis huic possit respõderi, primæ tñ rationes optime cõcludunt.

327 Propterea † Ias. assignabat aliam rationem diuersitatis, dicens quod si unus hæredum contrafaciat in factis diuiduis non committitur nisi pro parte, ex eo quia succedit obligatio ad interesse, d. l. stipulationes. uersi. Celsus. in cuius locũ subrogatur pœna, ergo assumit naturã ipsius. l. si eum. §. qui iniuriarum. ff. si quis cautionibus. & §. fuerat. insti. de actionib. & ideo efficitur diuidua sicut ipsum interesse, in obligationibus uero dandi nunquã succedit obligatio ad interesse, ideo ipsa pœna retinet propriam naturam, & non est cui adhærere debeat, & ab eo uariari in natura sua, sed tamẽ nec hæc solutio est bona, ex eo quia nõ aduertit quod eã posuit Petrus inf. in 9. opposit. & Bar. & communiter docto. eam reprobauerunt, negando quod pœna subrogetur loco interesse, qa imo retinet propriam naturam ut tota exigatur licet includat illud, ut dicitur in l. fi. ff. de prætoriis stipulationibus. & d. §. fi. insti. eodem, ibi, aliquando interesse ad minimum reducitur, & tamẽ tota pœna exigitur, & plene dictum fuit in notabilibus, & faciũt ea quæ dicta fuere supra per Alcia. dũ disputauit an pœnalis stipulatio sit accessoria ad principalem, & concludit quod non.

328 Ideo aliam posuit † Ruy. hic & repetentes uolẽtes quod tex. in dicta l. 5. §. fi. loquatur in casu spetiali, quia ibi erat conditio potestatiua quæ est trãsitoria ad hæredes, & ibi fuit introductum in fauorẽ hæredum. contra no. per Bar. in l. si decem cum periero. inf. eo. unde etiam fuit postea introductum contra eos quod tota summa sit soluenda ut euitetur pœna. arg. l. eum qui. ff. de iureiur. & si esset hoc aliud in fauorem haberet duo spetialia contra dictam. l. cui fundus. quod non debet admitti. l. j. C. de dot. promissione. quæ non procedũt in tex. nostro. sed nec etiam hæc est uera, quia tex. in d. §. fi. procedit ex communibus regulis, ut probatur in l. hæredes. §. idem iuris. & ibi infertur ad alios casus. item assignatur ratio, quia aliter non potest fieri sine iniuria stipulatoris, & in dict. l. in executione. §. pe. generaliter hoc dicitur ut procedat æqualiter in principali & in hæredibus, ex hoc solo quod non est satisfactum per partem. neq; in illa, neque in totum, & sic non est bona.

329 Aliam quoq; † resolutionem ponebat hic Alcia. dicens quod hic in tex. istæ duæ stipulationes (amplius non agi & rem ratam haberi) dicuntur esse diuiduę, quia stipulator incumbebat in re ꝓmissa & si contraueniatur ipse poterat per pactum de non petendo & per exceptionẽ repellere agentẽ, ut semper tota res pœnes ipsum remaneat, ideo si postea eã nõ habet, quia nõ apposuit, contingit ex sua uoluntate qui cõsensit ut fiat solutio in diuersis rebus, ut ipse etiã dixit supra in notabilib, quæ ratio cessat. in. §. fi. quia ille stipulator nõ habebat rẽ, sed ipsi hæredes promiserant, & si dicatur, hæc ratio nõ cõuenit secundo dicto in exẽplo de parõdo sententiæ arbitri, quia poterat esse quod arbiter cõdemnasset aliũ non petere, & illa incũberet rei, respondet quod ibi pœna apponitur in contẽptum arbitri, ideo tota committitur. l. si quis rẽ. & l. cũ pœna, ff. de ar. & rationem fundamentalem habet, cum dicit, esse quia (cõdemno) reddit actũ indiuiduum ex præsumpta uoluntate disponẽtis. d. l. cui fundus. ideo in d. §. fi. ibi meus fuit si tota postea non soluatur pœna committatur, & in hoc casu tex. non facit, & ideo infert ad dictum Bar. in l. Stichum qui meus erit. §. fi. de leg. 1. quod conditio apposita dispositioni diuiduæ assumit naturam eius ex mente præsumpta. Item infertur ad dictum Angel. hic in secunda columna, dum uult quod si pœna apponitur in sententia arbitri, si nõ est paritum non possit peti pœna si se opposuit dationi. nam eius dictũ non procedit ut per eũ.

Sed nec etiam hæc resolutio est iuridica, quia est uiolatio ad regulam istius, quod nõ habeat locum nisi quando stipulator incumbit rei, cũ text. simpliciter loquatur, & ratio assignata in text. ad aliud tendit, & quamuis exempla possint hũc sensum habere super accidenti tamen super eo non est fundata decisio, ut supra, & etiam dixi in notabilibus. Item est uiolatio ad tex. in dicto. §. fi. in exemplo sententiæ arbitri, quod est simplex & generale, & supra dedi generalem regulam ad cognoscendum quando facta sunt indiuidua, quę potest comprehendere multa facta, etiam quod stipulator non incũbat rei. Item stipulatio de defendendo est indiuidua & tamen incumbit rei. l. cum ex causa. infra eodem. & in luitione pignoris stipulator incumbit rei, & tamen est indiuidua. le. j. C. de luitione pigno. Præterea tex. in d. l. hæredes. §. idem iuris. æquiparat hos casus de pecunia & de pignore, & in l. cui fundus, hæres incumbit rei & tamen est indiuidua. unde Maria. quoque num. 167. eam reprehendit.

330 Aliam resolutionem ponit † hic Maria. nu. 162. quod dictus. §. fi. loquatur de obligatione ad quãtitatem, idest rerum quæ consistunt in pondere numero uel mensura, & uidetur quasi eadem esse cũ prima glo. quod singularia sint pręcepta pecunię, sed differt, quia ille dicit esse spetiale in pecunia numerata, hæc autem esse spetiale in rebus fungibilibus, in quibus est facilis solutio pro alio & dominii translatio. l. soluendo. ff. de neg. gest. & l. solutionem. infra de solutionib. & imputetur debitori qui soluendo pro alio poterat euitare pœnã. & non fecit, & dicit probari in dicto. §. idem iuris, ibi, siue etiam soluat unus. in tex. uero nostro tractatur de obligationibus faciendi, in quibus est impossibile quod unus faciat pro alio, ideo excusatur a pœna, dicta l. si uehenda. §. idem iuris. ideo infert, quod in obligationibus dandi spetiem unus non incidit in pœnam qui non soluit partem cohæredis. nec obstat dicta l. in executione. §. penul. quia loquitur in principali in quo semper omnis obligatio est indiuidua, & dictus. §. finalis loquitur in pluribus hæredibus in quibus lex facit diuisionem, dicta l. pro hæreditariis. Secundo respondet quod ille tex. loquitur quando pœnalis stipulatio inceperat a præcedenti conditione, quo casu inspicitur factum, quæ sui natura

est indiuidua, dicta l. cui fundus. & non potest adimpleri nisi in totum tanquam quoddam uniuersale. d. §. utrũ. & d. l. fi. C. de iis quibus ut indignis. & facit tex. in l. ita stipulatus. la grande. inf. eod. ubi ponitur differentia an incipiat stipulatio a pœnali conditione uel promissione, ideo infert cõtra Paulum qui dicebat dictum. §. penul. loqui etiam quando incepisset a promissione præcedenti, & Ruy. qui negat illum tex. loqui a præcedenti conditione, cum uerba naturaliter dicant, si fundus Titianus datus non erit, & ad tex. in dicto. §. fi. in uerbo idemque. respondet, quod loquitur de sententia, quia erat unus iussus dare centum, cum datio sit indiuidua, ut tenent doctor. uel secundo procedit fauore litium minuendarũ, sicut & alius fauor in l. cum pœna. ff. de arbitris. ideo ipse ponit theoricam in obligatione dandi, Aut debetur res fungibilis, & tunc semper uno nõ soluente pœna committitur contra omnes. d. §. fi. Aut species est in conditione, & tunc aut incipit stipulatio a præcedenti promissione speciei, & tunc pœna non committitur nisi pro parte, quia excusatur. arg. d. l. quod te. ff. si cer. pe. Aut incipit a præcedenti cõditione, & tunc in principali pœna committitur in totum nisi totum det. dicto §. penul. secundum unum intellectum. Aut in hæredibus, & tunc uno non soluente tota pœna debetur. dicto. §. pen. nisi fuisset etiam causa excusans, ut per eum per tres columnas.

Sed nec etiam hæc resolutio est iuridica, quia uiolat utrunque tex. in dicto. §. fi. & in dicto §. pe. nam est magna uiolatio quod in dicto. §. pe. stipulatio incipiat a præcedenti conditione, cum illa uerba (dari centum) dicantur esse pœna, unde præsupponitur quod præcesserat stipulatio de dando fundũ, alias non proprie diceretur stipulatio pœnalis, sed stipulatio conditionalis, quãuis in intẽtione uideatur pœnalis, proprie tñ non esset pœnalis, neque diceretur pœna, sicut legatũ sub conditione dandi. dicta. leg. in illa stipulatione. infr. eodem. non appellatur pœnalis, & in dicta leg. ita stipulatus. non dicitur quod sit pœna neque quod committatur pœna. sed stipulatio cõditionalis, & ideo dum Ruy. dicebat quod ille text. non potest loqui quando incipit a conditione, optime dicit, sed tamen extenditur ad casus in quibus inciperetur a conditione, quia eadem est natura conditionis ut utroq; casu sit indiuidua, unde secundo etiã male loquitur Maria. dum uult quod solum conditio sit indiuidua seu sumpta ab uniuerso quãdo incipit a conditione, quia imo eadem ratione dicitur indiuidua & sumpta ab uniuersali quando incipit a præcedenti dispositione, d. l. si is qui ducenta. §. utrum. ff. de reb. dub. & d. l. fi. C. de iis quibus ut indignis, & d. l. si seruus. §. si plures. ff. si quis cautionibus. imo plus sumitur ab uniuerso quando declaratur per promissionem, & tex. in dicto. §. pe. breuitatis causa expressit solam stipulationem pœnalem, præsupponens propter uerbũ (pœna) quod esset pœnalis, ut fecit iurisconsultus in principio. §. nostri. ibi, pœna certæ pecuniæ promissa, & sic non bene loquitur neq; in uerbis text, neque in ratione. similiter est uiolatio ad text. in dicta l. 5. §. fi. qui uoluit loqui de omni promissione dandi, cum in principio dixerit de pecunia, & postea dixerit de parendo sententiæ, quod consistit in dando nedum pecuniam numeratam, sed omnem aliam spetiem, ut dare fundum domum, & omnes similes res, excludens solum sententiam de faciendo, quia per præcedentia declaratur. argu. l. j. de reb. dub. & quia lites plærunque sunt de dando, non de faciendo, ita quod solum ille text. restringitur ad dationem de omni re, & excluditur solum obligatio faciendi, & non est uiolare restringere ita sed declarare per prędecentia. restringendo autem ad pecuniam tantum est uiolatio. Præterea ille tex. dicit quod aliter non potest fieri sine iniuria stipulatoris. non autem quod sit facilitas in datione rerum fungibilium, & melius fuisset dicere quod sit spetiale in pecunia numerata ut uolebant antiqui. minus potest intelligi dictus. §. penul. quod conditio non sit transitoria ad hæredes, quia tex. nõ assignat illam rationem, nec uerba conueniunt, quia dicit fundus Titianus datus non fuerit, impersonaliter, & alias si uoluisset de potestatiua non transitoria saltem dixisset personaliter, si fundũ Titianum non dederis, & hac alia ratione præsupponit promissionem de dãdo fundũ præcessisse, & eadem dicenda sunt in d. §. idem iuris. qui in se extendit etiam ad luitionem pignoris quod potest ex quocunque debito etiã speciei obligari. Apparet igitur quod nulla bona resolutio ad dicta iura hucusque data fuit, & contrarium adhuc est urgentissimum.

331 Resolutiue† tamen loquendo, ego puto medullitus considerando opinionem gloss. ueriorem esse quam hic tenuit Pet. & Bar. & quasi omnes docto. antiqui & Mod. & applaudet uerbis omnium iurium, quia iste tex. secundum omnes loquitur de obligationibus faciendi, & tex. in d. l. 5. §. fi. & in d. §. pe. inf. eod. & in d. §. idem iuris. loquuntur de obligationibus dandi etiam secundum uerba scripta, & sic diuersitas iurium & casuum clare cõstat, nec obstat quod in dicto. §. fi. dicatur de facto de non parendo, quia ut dixi intelligitur de sententia condemnante debitorem ad dandum quamcunque rem, quæ frequentissima est, & solum restringitur ut non comprehendat condemnationẽ de faciendo, ut dixi, & quãuis uerbũ (parere) uideatur importare factũ, tñ quia dirigitur ad dãdũ & trãsferrendũ dominiũ iudicatur promissio de faciendo. arg. eorũ quæ habẽtur in l. 2. sup. eo. uñ solũ remanet difficultas in inueniẽdo rationẽ diuersitatis inter obligationẽ dãdi & faciẽdi, nã ratio Bar. ꝙ facilius sit dare quã facere nõ est uera & supra fuit reprobata, & infra statim plenius examinabitur, ideo Ias. post Iacobũ de puteo assignabat aliã rationẽ, ꝙ in obligationibus facti pœna est diuidua, q̃a in eis obligatio succedit ad interesse ꝙ est diuiduum, & pœna subrogatur loco interesse, dicta l. stipulationes. uersi. Celsus. quia plærunque apponitur propter interesse. §. fi. institu. eodem. sed in obligationibus dandi pœna apponitur loco contemptus qui communiter est indiuiduus,

& ideo

& ideo etiam pœna est indiuidua, quæ ratio supra fuit reprobata, quia utrunque assumptum est falsum quod in obligationibus dandi pœna apponatur loco contemptus, quia & imo ponitur pro interesse, dicta l.fin.de prætoriis.stipulationibus, & dicto.§.fi.insti.eodem,& in obligationibus faciendi aliquando apponitur loco contemptus tantum non considerato interesse.l. stipulatio ista. §. alteri.infra eodem,& §.si quis alii. insti. de inuti. stipulationibus.& facit tex.in.§.item si in facto.supra eodem. ubi alio modo committitur pœna & alio committitur interesse, & per hoc etiam tertium non est uerum quod pœna subrogetur loco interesse, sed semper seruat propriam naturam.

332 Et si dicatur † imo adhuc durat prima obiectio supra facta quod dictus.§.fi.loquatur etiam de obligationibus faciendi, dum dicit de parendo sententiæ, & est magna uiolatio ad dicta uerba intelligere de sententia condemnatoria dandi, cum possit etiam esse absolutoria, & compromittentes considerant de utroque, & quando promittũt parere sententiæ,unus promittit parere sententiæ absolutoriæ si alius sententiæ condemnatoriæ. potes secundo respondere & dicere quod illud spetialiter fuit introductum fauore litium minuẽdarum ne una ex partibus cogeretur de nouo litigare in parte rei & in alia parte stare sententiæ, & si dicas adhuc non conuenit literæ quæ se fundat in iniuria stipulatoris, potes tertio respondere ꝙ ibi est exemplũ de facto indiuiduo propter similitudinem,cum obligatio dandi sit induidua propter conditionem, unde rationem diuersitatis post conclusionem sequentem compleas.

333 Secunda colligitur † conclusio ex dictis Bartol. quod facilius est dare, quam facere pro alio,quia quis potest soluere debitum alienum de re aliena inuito & ignorante debitore, quod probat ipse per multa exempla, tamen tria ultima non procedunt, quia loquuntur quando interuenit authoritas iudicis, & solum est difficultas in intellectu. l. si procurator. §.ignorantes.ff.Mandati.& l.Pomponius in ratione.ff. de nego. gestis,per quæ duo iura docto. constituunt regulam, quod unus cuius interest potest soluere debitum alterius de re debitoris transferrendo dominium, uel saltem ꝙ ille debitor tenebitur habere ratum.Sed tamen ut hic dicit Socci.uersi.ista conclusio. & Alexan.opinio ista communiter reprobatur per regulam l. id quod nostrum.de reg.iur.nec obstat dict.l.Pomponius uersi.quemadmodum. quia negatur hunc esse actum utilem propter affectionem uel aliam iustam causam,& uolebat forsan etiam pati iuramentum in litem quam soluere illam rem uel soluere pœnam,ut hic etiam Ripp.nu.46.uersi. secundo.nec obstat tex.in dicta auth.si captiui. quia nõ dicit quod possit transferri dominium, sed quod potest pignorari,uel dicit quod sit spetiale in tali casu propter authoritatem legis constituentis eum procuratorem ad uendendum & alienandũ fauore animæ, & facit quod uoluit tex. in l. fundus.ff.de annuis legatis. Non obstat.l. uenditor. cum glo. de iudi. quia ibi uenditor susceperat in se iudicium secundum unum intellectum, & tanquam procurator in rem suam emptor potest procedere ad uenditionem. per l.Plautius ff.de procuratoribus.item ibi authoritate iudicis fit uenditio, non autem est ipse emptor, & iudice uendente emptor dicitur alienare.l.si prædium.Cod. de euictionibus.& Bal.in l.ordo.Co. de exequtione rei iudicatæ. Non obstat auth. qua in prouintia,quia secundum communem intellectum exequtio fit ibi authoritate iudicis, & pars uidetur facere.l.si prædium.Cod.de euictionibus,& dubitatio ibi uidebatur,quia delinquens non erat subditus iudici, uel est spetiale in odiũ delinquẽtis, seu utrunque simul procedit. Non obstat l.si communes.ff.communia prædiorum.&l.in tantũ.uers. in commune autem sepulchrum.ff.de rerum diuisione,quia ibi res erat destinata per defunctum & tradita ad illum usum, ut hic per Ias. & Soccin. item aliud est uti re cõmuni deseruiẽte ad usum destinatum, aliud est transferre dominiũ in aliũ. l.unica.Cod.de communi rerum aliena. & si dicatur,hoc casu res communis erat destinata ad aliendandum per contractum defuncti cui successerũt hæredes. ergo poterat alienari.l.3.ff.de nego. gestis,& l.eius qui in prouintia.ff.si cer.petat.respõdetur per Rippam negando quod sit destinata ad alienandum quamuis sit promissa tamen quod sit data inuito,facit lex Pomponius si prohibuit. digest. de publiciana actione,& l.fistulas.§.fundum. digest.de contrahend.emptione.sed ibi erat procurator ad illum actum, uel consentiebat cohæres uere tamen non est procurator cohæredis. Nõ obstat l.cum uno.ff.de noxalibus.ubi ponitur regula quod quando res non potest pro parte explicari unus tantum potest adimplere, quia illud dictum procedit quantum ad defendendum,non autem procedere potest quantum ad alienandum illum seruũ nisi iudicis iussu ducatur in iudicium.

334 Non obstat † l. si procurator. §. si ignorantes, quia respondetur primo,quod ibi nõ dicitur trãsferri dominium quod tamen non uidetur uerum quia si non esset translatum dominium posset res uendicari a domino, quod tamen negatur in illo tex.Secundo respondetur per Romanum, quod ibi sunt uerba narratiua facti super quibus iurisconsultus non se fundat, ut per glo. in Clem.j. de probationibus.quæ responsio nec etiam est bona, quia imo iurisconsultus ibi se fundat quia uult ꝙ non possit agere actione mandati etiam quod prius dominus soluisset debitum,ergo si non fuisset solutum debitum plena fuisset solutio & potuisset soluere fideiussor pro eo.Tertio respondet Ioannes de annania in capitulo primo de accusationibus column.3.quod ibi ille fideiussor soluit de rebus debitoris existentibus pœnes ipsum, & possidebat seu erat eius administrator, quod tamẽ nec etiam uidetur bene probari, nec potest dici quod esset administrator. Quarto respondet Bald.in dicta auth.si captiui. & sequitur hic Ias quod ibi soluit, quia dicebatur quod creditor nolebat incarcerare eum, & ideo permittitur ad euitandum carceres ut saltem cogatur bibere uinum

argum. dictæ l. Pomponius, quia quando fideiussor soluit de suo non potest ipse satisfacere de bonis debitoris, l. si fideiussor. in principio. digestis Mand. Quinto respondet Ruy. quod ibi præcesserat mandatum, & sic ibi erat procurator debitoris ad soluẽdum & alienandum, quod patet, quia ibi dubitatur an fideiussores possint agere mandati, & de tacito mandato probatur in l. indebitum. ff. de condictio indeb. & dictum mandatum extenditur ad soluendum etiam de bonis debitoris. Rippa negat hanc extensionem fieri. Fulgo. ibi dicebat quod erat expressum mandatum, & quod habebat alienam administrationem, quod licet sit ualde probabile tamen est diuinare, & Maria. num. 173. tenet quod ibi erat aliquod mandatum tacitum uel expressum, & hoc mihi uidetur esse uerius, quia text. præsupponit terminos habiles in eo de quo non disputatur, quia ibi solum erat dubitatio an posset agere actione mandati quasi indebitum soluerit, per quas responsiones potest tolli una obiectio fiẽda ad dictã l. id quod nostrum quod satis per factum ipsius debitoris auffertur ei res sua, cum per eum uel eius authorẽ destinata esset ad illam alienationem, nam ille actus ut dictum fuit non sufficit ut possit fieri alienatio.

335 * Quare † communis* est opinio quod cohæres neque socius potest soluere rem socii, uel cohæredis debitam ignorante eo, & fortius etiam nec inuito per text. in dicta l. id quod nostrum. digestis de reg. iur, nec dicatur quod alienatio cohæredis sit alienatio defuncti, quia hoc non est uerum, cũ sit extraneus in portione alterius, glo. in l. secũda. §. fin. infra de stipulatione seruo. & cohæres non est procurator alterius cohæredis.

Secundo probatur per tex. in l. hæredes. §. incerto. ff. familiæ herciscundæ, ubi unus hæres non potest eligere inuito cohærede, etiam quod legatum præeat. l. fin. C. communia de legatis, & si dicatur quod ibi non erat destinata solutioni nec alienationi expresse sed in genere, & item ibi electio secundum Alexan. est factum quod non potest pro alio explicari, uel ibi præcesserat prohibitio, quia respondetur quod saltem probatur quod non sit procurator, neque quod faciendo actum utilem cogatur illum ratum habere.

Tertio allegatur tex. in l. si seruus communis, uersi. plane, de noxalibus actionibus, & si dicatur quod ibi non præcesit præambula defuncti obligatio sicut in casu nostro, quia non potest tolli quin interueniat obligatio necessaria pro qua erat fienda exequtio, & saltem interueniebant cõmunia in defendendo, dicta l. cum ab uno, supra de noxalibus.

Quarto probatur per text. in l. secunda §. ex iis supra eodem. ubi docto. uolunt quod unus cohæres non possit imponere seruitutem fundo communi inuito cohærede etiã quod sit promissa per defunctum, & si dicatur quod imo potest, ut hic Socci. & ibi tenet respondetur quod illud est propter ius indiuiduum, uel tenendo quod non possit, si dicatur quod in seruitute requiritur patientia Domini quæ est facti & præstari nõ potest, respondetur quod saltem probat quod non cogitur habere ratum tanquam suo nomine factum.

Quinto probatur per text. in l. si fundus sub conditione si libertus, de leg. primo & si dicatur quod nihil facit, quia legatum non est relictum a patrono sed ab aliis, merito patrono cohærede in septem uncias instituto non possunt alii transferre dominium portionis suæ. Respondetur quod saltem erat destinata ad illum effectum & tamen nõ potest alienari ut cogatur habere ratum, & sic apparet quod opinio communis est melioribus fundamentis uallata.

Limitatur tamen non procedere quandn ille qui prætendebat interesse haberet aliquod mandatum tacitum, uel expressum, uel aliquam administrationem, dicto, §. si ignorantes, secundum unum intellectum, qui uerus est in se. Secundo fallit quando unus possidebat totam rem quã defunctus tenetur dare uel restituere, & ipse non potest liberari soluendo partem, si euenit quod totam rem potest dare uel restituere, & liberatur ipse & alius, l. 3. §. heres, supra comod. ubi plus dicitur, quod cogitur. quia potest condemnari insolidum. Tertio limitatur non procedere quando ille cuius interest posideret qui potest dare rẽ debitoris ut se liberet a pœna, uel a solutione aliqua potest recuperare, uel a carceribus se liberare per tex. in dicto. §. si ignorantes secundum alium intellectum. Per quæ omnia apparet quod ratio Bartol. non est perfecta, quod facilius sit dare quam facere, cum imo sit regula generalis, quod sicut non potest quis pro alio facere ita nec etiam potest dare.

336 Propterea † tollendo omnes difficultates potes ita resoluere, & fateri quod aliquando quis non potest dare pro alio sicut non potest facere, & quod aliquando potest facilius facere quam dare, uel equaliter, tamen a communiter accidentibus uerum est quod facilius potest quis pro alio dare quam facere, cum posit dare indistincte pecuniam propriam, uel aliam rem propriam, & etiam posit dare rem alienam in casibus supra positis in limitationibus, item a cõmuniter accidentibus quis non potest facere pro alio, dicta l. stipulatio ista, uersi. nemo. infra eodem, & l. si ita fuerit seruis, de Manumissis testamento, & patet in stipulatione (amplius non agi uel rem ratam haberi) & in multis similibus. unde hæc ratio assignata per docto. ex mente iurisconsulti dicitur esse impulsiua & non finalis, quia per eam iurisconsulti moti fuerunt ad faciendam hanc decisionem, quod in factis pœna committatur pro parte contrafacientis & in obligationibus dandi cõmittatur contra omnes pro hæreditaria portione, & hanc decisionem generaliter posuerunt ne facerent incertas decisiones, attendendo semper quod ratio a communiter accidentibus concludit & non curando quod in aliquibus casibus non sit uera, sicut in simili factũ fuit in l. prima §. sexum. de postulando, cum ibi no. ut prætores fuerint moti ad faciendum illud ædictum ne mulieres admittantur

tantur ad postulaudum propter Calphurniam im probam mulierem & alias similes,& quia plærunque ille actus arguit impudicitiam mulieris, & non curauerunt quod aliquæ honestæ fæminæ possent cum honestate postulare,quia ne facerent in certam decisionem, uoluerunt quod indistincte prohiberentur a postulando, nec possit obiici quod ratio non est semper uera,quia sufficit quod moti fuerint propter eam ad faciendam illam decisionem generalem, ita ergo dicemus, quod propter hanc rationem quæ a communiter accidentibus cōcludit facta fuit hæc generalis decisio quod in obligationibus dandi cōmittatur pro portione hæreditaria,& in obligationibus faciendi pro portione sua,nec potest obiici quod non semper sit uera, & hæc ratio est tenenda, quia cum decisio conuenit iuribus, & etiam est rationabilis, & nulla ratio melior huc usque fuit per docto. assignata, neque uidetur posse assignari.

337 Nono opponit †Bar.quod imo principali ratum habente pro parte tātum pœna committatur pro parte,per tex.in l.si procurator, in secundo respōso.infra rem ratam haberi,ubi si procurator promittit dominum hæredemque suum ratum habiturum,uno hærede non ratificante,stipulatio cōmittitur pro parte,& addit quod si ipse dominus pro parte habuerit ratum,non ultra committitur stipulatio quam in partem,quia in plus non interest,& sic expresse dicit contra tex.hic in fi.hoc cōtrarium est etiam difficile,& dantur plures solutiones,& prima est quod ibi procurator promisit ratum habiturum dominum, hic uero dominus promisit ratum se habiturum, sed istam solutionem reprehendit Bar.quia non assignat rationem differrentiæ, & non est uerum quod procurator promittat factum alienum, quia promittit suum idest se facturum & curaturum.l.quotiens quis.infra eod. Ias.uero dicit quod hæc solutio est ualde probabilis,quia per uerba utriusque tex. poni uidetur.& rationem modo differrētiæ assignat,quia durius agitur cum domino promittente quam cum procuratore promittente, quia tenetur ex facto alieno,& quando quis tenetur ex facto alieno admittitur purgatio moræ inf. sex mens. l. sancimus.C.de fideiusso. ubi Bar. & quando quis tenetur ex facto suo non admittitur purgatio nisi per tres uel quinque dies.l.& si post tres.ff.si quis cautionibus.Nec obstat quod procurator promittit se facturum & curaturum,quia finis est in hac promissione quod alter faciat,& non potest adimpleri nisi per uoluntatem alterius, ita quod adimplementum plenum dependet a facto alterius, tamen ipsemet Ias.postea dicit quod huic solutioni obstat ratio illius text. quæ dicit quod in plus non interest, quæ non habet locum in pœna,quoniam illa non comensuratur cum interesse.§. fi.in sti.eodem. Secundo ultra Ias. facit, quia licet teneatur ad factum alienum,tamen nō tollitur quin sit factum proprium,quod solum consideratur ad faciendum committi interesse & pœnam, dicta l. quotiens.infra eodem.item licet admittatur facilius ad moram purgandam,tamen si non est mora purgata teneri debet ad totam pœnam.

338 Alciatus†quoque hic dicit hanc solutionē probabilem,quia multum conuenit utrique textui, ideo dicit quod si procurator renuntiauit certæ spetiei & promisitdominum hæredesque ratū habituros. si unus ex hæredibus nō ratificat,poterit quilibet hæredum istius procuratoris pro parte hęreditaria conueniri ad pœnam, quia quando ipse dominus promittit de rato ipsa obligatio est diuidua, quia stipulatori competit exceptio pro ea parte pro qua fuerit contrauentum, secus quando est procurator qui non habet mandatum sufficiens & promisit de rato, nam cum dominus non obligatur ex sua promissionę,si contraueniret,nō posset eum stipulator repellere per exceptionem, & hoc casu solutio Bartol. simpliciter intellecta non est uera,& in effectu distinguit,An procurator habeat mandatum ad promittendum de rato & tunc tenetur pro parte, An uero non habeat mandatum quia tunc tenetur insolidum, sed iste intellectus non conuenit contrario proposito, quia nos dubitamus an dominus pro parte ratū habere possit generaliter, cum text. noster loquatur generaliter,& ille text. loquatur generaliter, & præsumendum est quod non habuerit ibi mandatum ad promittendum de rato, sed solum propter eius promissionem fiat instantia quod dominus ratificet. Maria.quoque hic dcit hanc solutionem probabilem numero 167.& pro ea adducit, quia sicut uidetur inconueniens quod quando hæres unius ratificauit pro parte quod ipse procurator non tenetur pro parte alterius,ut hic in text. & tamen quando dominus ratificauit pro parte, procurator tenetur,quia uidetur eadē ratio quod obligantur pro facto alieno,sed tu potes dicere rationem differrentiæ esse, quia dominus poterit faciliter totum ratificare quod promisit procurator, ideo si non faciat tenetur, sed quando mortuus est dominus,hæres unus nunquam potuit totum ratificare, merito procurator tenetur pro parte tantum, ideo de hac solutione dicas ut in fi.

339 Secunda†datur solutio, quod ibi erat negotiū tale ut pro parte posset expediri, hic uero erat negotium tale quod non poterat pro parte ratificari,ideo tenetur ratificare in totum,argum. l. si legatarius.ff.de leg.primo.sed inquit Bartol. quod omnes reprehendunt,quia uiolat utrunque tex. & facit utrunque accidentalem, sed tu potes defendere quod uerba hanc differrentiam exprimunt, quia cum dicat(in plus non interest) ergo necessario poterat pro parte ratificari,cum si pro parte non posset, interesse excederet illam partem, taliter quod uidetur uelle loqui de negotio apto ad ratificandum pro parte, sed tamen ex alio hic intellectus non placet, quia nimis restringit istū text.imo contradicit uerbis, quoniam iam dixerat quod hæres pro parte poterat ratificare, ergo negotium erat aptum ad ratificationem pro par

340 te. Vnde tertia†datur solutio,quod ibi non fuit promissa pœna, hic uero fuit promissa, & ideo differrentia est, ut quando sit promissa pœna committatur insolidum ut hic, & quando non est pro

missa pœna committatur pro parte, quia solum consideratur interesse quod non excedit partem non obseruatam, & ita habes unum alium casum in quo dicta de commissione pœne non procedũt in commissione interesse, Petrus uero dicebat solutionem non procedere, quia pœna committitur quando non est interesse, cum saltem obstet exceptio. argumen. §. item si in facto. supra eodem. unde non debet fieri differrentia an sit apposita pœna uel non. ideo ipse ponit quartam solutionem, aut quis uult habere ratum pro parte ut acquirat actionem, & tunc debet totum ratificare. l. cum queritur. digestis de administratio. tuto. & ita procedit text. noster hic, si uero uult ratificare ad euitandam pœnam, & tunc auditur, & ita procedit tex. in l. contraria. Tamen omnes reprehendunt hanc solutionem quia uiolat utrunque text. & ibi agebatur de ratificatione omnimodo, & est uiolare istum textum quod agatur de ratificatione ad acquirendam actionem, cum materia subiecta istius. §. sit tractare quomodo pœna committatur, & eius commissio euitetur. unde Bartol. tenet tertiam solutionem, quod sit differrentia an pœna promittatur uel non promittatur prout litera utriusque text. uidetur inferre, & ad obiectionem Petri respondet, quod licet pœna requirat aliquod interesse, tamen si interuenit non regulatur ab eo, quoniam licet excedat in maxima quantitate, ipsa tota exigitur. l. fi. infra de prætoriis stipulationibus. & §. fin. insti. eo. & supra in ultimo nota. conclusum fuit quod pœna non est accessoria ad principalem promissionem, sed stat de per se secundum propriam naturam. Tamen non respondet ad text. in l. secunda & tertia §. item si in facto ubi obstat exceptio quando nihil interest, & præsupponitur quod si hæres ratificet pro parte nihil intersit domini, unde dicas ut infra.

Iason uero hic comendat multum istam solutionem communem, quia interesse est prouisio legalis. l. stipulationes. infra eodem. & lex facilius moderat suam prouisionem quam prouisionem hominis, glos. ordinaria in l. assiduis. Codic. qui potio. in pigno. habeantnr. item l. facilius denegat suum auxilium quam hominis. glos. in l. prima. Co. si aduersus uenditionem. item firmius est quod quis acquisiuit sua prouisione, quam alterius. l. si filius. §. erit. digest. de fideicommiss. libertatibus. l. secunda. digest. de officio proconsul. item mitius agitur cum prouisione legis quam hominis. glos. in l. Celsus. dige. de arbitris. quas omnes rationes posuit Bar. in l. si insulam. in 6. oppositione. infra eodem.

Ex qua solutione colligitur, quod stipulatio de rato est semper diuidua inter hæredes cum pœna & sine pœna, sed in ipso principali est diuidua quantum ad interesse, sed quantum ad pœnam est indiuidua, & idem deberet dici de omnibus factis diuiduis, quia est eadem ratio, & ad argumentum Petri de. §. item si in facto, respondet Bartol. quod procedit quando nihil penitus intersit, hic uero incepit interesse in alia parte, quod non etiam tollit totum obiectum ut infra, unde dicebat Bal. quod si debitor probaret creditoris non interesse nisi in decem, pœna nunquam posset exigi ultra interesse, per text. in l. fi. de prætoriis stipnlatio. Alcia. dicit hanc opinionem non esse ueram, quia contrarium dicit Bar. in dicto. §. item si in facto.

Sed dubitat hic Marianus de uno casu, quando stipulator decedat pluribus relictis, & principalis non ratificat respectu istius hæredis an incidit in totam pœnam, & dicit ipse hunc text. determinare quod sic, tamen sibi uidetur esse iniquum. ideo multum insistit super ueritate istius communis solutionis. tu uero dicas, quod obiectum nihil facit, ex eo quia differrentia est semper inter hæredes promissoris & stipulatoris, prout posuit eam text. in dicto. §. item si in facto. & eam etiam posuit text. clarus in hac lege nostra. §. fin. & ego eam expresse posui in fin. cuiuscunque articuli præcedentis.

Sed unum aliud fortius obstat, quia uidemus quod pœna nunquam efficitur indiuidua per conditionem quando apponitur super obligationibus faciendi, & solum procedit quando apponitur super obligationibus dandi. l. 5. infra eodem. ideo uidetur quod nec etiã in principali debeat effici indiuidua, ergo hæc differrentia, an sit apposita pœna uel non, non potest procedere in factis diuiduis. quamuis procedat in obligationibus dandi, ideo solutio communis redditur sine ratione.

341 Secundo etiam † obstat huic solutioni regula generalis quam ego posui supra in 13. no. per istũ textum dicens quod in persona principalis nulla stipulatio neque obligatio potest esse diuidua, ex eo q̃a lex non diuidit obligationes nisi in plures personas & in unica persona nũquã diuisit, & ideo si unicus est hæres, obligationes in hęredibus remanẽt indiuiduę, ut probañ ex iis quæ habenñ in l. quidã æstimauerũt. ff. si cer. petatur, & in l. tutor. §. Lutius. digest. de usuris. ubi concluditur quod quãdo principalis promisit dare centum etiam sine pœna non liberatur præstando medietatem neque aliam partem, sed opportet quod integram summam præstet, & creditor semper potest dicere, nolo acceptare seu non uolo te liberare donec mihi soluas totum, quia sicut totum promisit ita totum tenetur obseruare, & omnis contractus in persona unius principalis est indiuidnus, nec inspicitur an sit apposita pœna uel non, & quamuis sit obligatio faciendi, tamen illa in persona principalis est indiuidua, ergo etiam in dicta l. si procurator. deberet esse indiuidua nulla apposita pœna, quoniam nunquam lex in uno principali diuisit obligationem.

342 Propterea † ego puto hanc communem solutionem non esse ueram, & ideo puto primam solutionem ueriorem esse, quæ applaudet uerbis utriusque text. quod ibi sumus in stipulatione facta per procuratorem, hic uero sumus in stipulatione facta per dominum, nam ibi procurator habens mandatum promisit dominum ratificaturum om

nia acta

nia acta iudiciaria, & sola obligatio erat ex persona procuratoris. hic uero dominus quando constituit procuratorem, dixit ego habebo ratum omnia acta quæ faciet meus procurator, ideo stipulatio est indiuidua in persona domini in text. nostro.quia ipse tenetur ex promissione sua, & in persona principalis omnis obligatio est indiuidua, in dicta uero l.si procurator.dominus nihil promiserat, sed fuerat solus procurator, ideo tenebatur ex persona procuratoris, & cum esset tanquam tertia persona, sicut etiam sunt hæredes, ideo stipulatio remanet in sua propria natura diuidua,& ꝓ parte a domino potest ratificari,& idẽ posset dici in persona procuratoris ut esset diuidua, quia regula tantummodo apposita fuit in domino personaliter promittente, uel etiam si placeret dicere quod est indiuidua in persona procuratoris quando procurator conueniretur, non contradiceret intellectui. & ideo remanet iste intellectus multum probabilis, conueniens utrique tex.& aliis etiam iuris regulis. & si dicatur, imo non conuenit text. nostro, quia uidetur loqui de procuratore promittente propter illa uerba (Titium hæredemque suum ratum habiturum) quæ ponuntur in tertia persona, ergo alius promisit, sed respondetur quod ista sunt uerba Pauli referentis stipulationem factam a Titio pro se hæredeque suo, & merito refertur in 3. persona, sed quando facta fuit ipse Titius conceperat in propria persona, & iste intellectus probatur etiam in l.inter cohæredes.§.si quis stipulatus.ff.fam. herc. ubi Titius promisit pro se & hæredibus suis,& in stipulatore quando refertur conceptio uidetur in tertia persona etiam in principali, cum dicatur, si quis stipulatur Titium hæredemque eius ratum habiturum, & Titius postea promittat.

Ideo facias conclusionẽ pro confirmatione dictorũ in dic.xiii.notab.ꝙ omnis stipulatio in persona promissoris semper dicitur indiuidua, & secundam facias,quod iste text.loquitur de domino promittente,& qui tenetur ex propria promissione,& semper est diuidua, & dicta l.si procurator loquitur de procuratore promittente, ut dominus teneatur ex promissione alterius,non autẽ ex promissione sua, ideo est diuidua,siue sit pœna,siue nulla pœna fuerit apposita.

343 Ex reprehensione †tamen Bart. dum uult quod procurator promittat factum proprium,colligitur quod qui promittit se facturum & curaturum liberatur si fecit posse suum saltem iure exceptionis, secundum glos. quam communiter sequuntur docto.in capitulo ex rescripto. de iure iurand.& glo.in capitulo Gemma.& capitulo sicut ex literis,& ibi docto.de spõsalibus. Abbas in capitulo significantibus. in fin. de officio delegati. Roma.in l.stipulatio ista,infra eodem, in principio. Alex.in l.qui autem.de consti.pecunia.

Contrariam tamen opinionem tenuit Areti.in l.si ita stipulatus.§.possum.infra eodem.& Ias. in l. Titia in.5.col.& in dict.l.stipulatio ista.in principio,per illum textum.ubi dixit quod si casus cõtingeret ipse contrarium consuleret,& de ea plene habetur in l.quod te.super glo.in potestate.ubi dixi.ff.si cer.petatur, & quia est quæstio sæpius cõtingens in practica, & ego uidi bis disputari Neapoli,quando maritus promisit uxorem renuntiaturam successioni consanguineorum,uel ratam habituram gesta in contractu matrimoniali,uel pater ipsius,ideo docto.tam in consulendo quam legendo in ea multum insistunt. & Alciatus hic per duas columnas late insistit distinguendo quatuor casus cum multis fallentiis more suo, aliter uero etiam dixerunt docto.in dicta l.quod te, & articulus efficitur disputabilis. Tamen quia hic non est locus suus, ideo me remitto ad loca propria, & dantur duę limitationes communes.una est,quod si promisit curaturum & facturum cum clausula (quod cum effectu ratificabit) non excusatur faciendo posse suum, sed tenebitur ad interesse. Alia. est quando additur clausula (quod non possit allegare se fecisse posse suum) & apposuit iuramentum per quod quis obligatur ad factum alienum, & adhuc non excusabitur, sed tenebitur ad interesse etiam quod fecerit ultimum posse dando alapas & perstringendo. uidi tamen Neapoli sacrum consilium determinasse secundum opinionem Canonistarum quod liberetur pro posse suo, & ita absolutionem dedit, quia tamen est regia sententia non potest trahi in consequentiam.

344 Decimo†opponit Bart. quod imo principalis non teneatur ad integram pœnam,&quod in eius persona stipulatio cõmittatur pro parte saltem in effectu,quia potest se tueri exceptione ut non conueniatur nisi ad partem,per tex.in l.si seruus.§. si plurium.ff.si quis cautionib.ubi qui promisit sistere decem seruos,& si non sisteret.dare centum, si nouem stiterit incidit in totam pœnam,quia uerum est omnes statos non esse, tamen obstat exceptio pro statis,ut in effectu non teneatur nisi ad decimam partem.Ad istud contrarium dãtur uarię solutiones.Prima fuit solutio Petri qui fatebatur contrarium, & uolebat per illam legem determinari omnes leges quæ dicebant pœnam in obligationibus dandi uel faciendi diuiduis contra omnes committi pro portione, ut intelligerẽtur cum obstaculo exceptionis,& fuit ante eũ opinio Ioannis,quam posuit glo.in dicta.l. hæredes. §.item iuris.ff.famil.her.circa medium. per dictũ §.si plurium.& l.qui duos.ff.in ius uocati. ut eant. qui determinatur per dictum.§. si plurium, & idẽ tenuit Marti. ut per glo. magnam circa medium in dicto.§.si plurium.Tamen Bart.& communiter docto,reprehendunt, quia stultum est dicere per illam legem quæ loquitur in iudiciis. determinari omnes leges quę loquuntur de contractibus dãdi & faciendi,& est uera opinio,& dict.l.qui duos determinatur, quia loquitur & ipsa in iudiciis, ex diuersis non fit illatio l. fin. digestis de calumnia.

Secunda est solutio. quod ibi sit spetiale in iudiciis,ut pœna committatur in totum. sed obstat exceptio pro parte obseruata, & in contractibus pœna committatur pro parte, & hæc ponitur in

glo.magna,ibi uersi. si uero in faciẽdo. sed Bart. reprehendit quia spetialitas in iudiciis est ut mitius promissor incidat in pœnã,quod patet, quia in contractibus ubi est dies & pœna non admittitur purgatio moræ.l,magnam.Codic. de contrahend. & commiten.stipul.& tamen in iudiciis potest purgari.l.& si post tres.ff.si quis cautionibus. & l.sancimus.Cod.de fideiussoribus. sed hic fortius puniretur, quia in contractibus tenetur pro parte, & in iudiciis tenetur in totum,quamuis cũ obstaculo exceptionis, & sequuntur communiter

* *docto.tamen ista reprehensio procederet si dictus.§.si pluriũ loqueretur in hæredibus,sed quia loquitur in principali, & iste tex.etiã in principali,in quo pœna in totũ cõmittitur præcise, ergo in iudiciis est spetialitas ut mitius cõmittat̃ propter obstaculũ exceptionis, & hoc sentit ibi glos. quę dicit quod etiam committitur pro parte, & sic in principali committitur insolidum,& hoc dicit glos. ibi statim in uersi. uel dic, unde in effectu hæc solutio est eadem cum illa quam dicit Bartol. se dare.

Tertia est solutio, quod aut promissor potuit implere in totum & non facit,& sic fuerit in contumacia,tunc incidat in pœnam sine obstaculo exceptionis,aut uero nonpotuit in totum implere & tunc committitur cum obstaculo exceptionis, dicto.§.si plurium.& uidetur probari argum. tex. in l.prima §.si duobus .ff. de collatio. bono. sed hæc etiam reprehenditur per docto.quia difficultas non impedit obligationem neque excusat.dicta l.continuus.§.illud,infra eodem.Bartol.tamen dicit solutionem esse ueram in se, quia licet difficultas ab initio non impediat obligationem,si tamen postea superueniat impedit commissionem morę in obligationibus factorum.l.si uehenda. §. non idem iuris.j.& ij. supra ad l. rhodiam de iactu.& idem replicat Bartol. infra in distinctione. sed tamen Bartol.eam dicit ex alio non esse bonã, quia continet diuinationem.item nõ est uera pro ut eam ponebat glos. ex eo quia impedimentum quod causat solam difficultatem & non impossibilitatem non excusat a pœna etiam in obligationibus facti,ut no.in dicto.§.idem iuris.& glos.intellexit de tali impedimento dum allegauit dictam l.j.§.si duobus, ubi impedimentum fuit propter inopiam,& expresse dixit glo. in dicto §. si pluriũ in fi.uersi.quod tamen,& patet ex lege quam allegat in dicto . §. illud. quod loquatur de difficultate, non de impossibilitate, & confirmat hic Soccinus . nam si interuenit solum difficultas illa non excusat,si uero fuit impossibilitas,& tunc excusatur.in tantum quod nec etiam incidat in pœnam,quia non est in mora,ut per Bar.in dicto.§.illud, ergo nullo modo committitur, hæc solutio non potest conuenire textui.

345 Si tamen † eueniret quod pro parte potuisset implere, & pro parte fuisset precise impeditus, dubitat Soccin.an excusetur a tota pœna uel incidat in totam pœnam propter moram in parte, & arguit ad partes, & concludit quod pœna committitur in totum, quia adhoc ut excusetur propter impedimentum, opportet quod in aliis faciat quantum possit. l. si comeatus. digestis de re milita.Bartol.in l.secunda §.sed quod diximus. digestis si quis cautionibus.qui tex. non reperitur limitatus in hoc, & solum reperitur limitatus quando adimplementum fuit perfectum in alia parte, & sequitur hic Rippa,qui addit Bartol.in l.quibus diebus . in principio . digestis de conditio. & demonstratio. & Feli. in capitulo Abbatem. & capitulo plærunque, de rescriptis. sed dicta iura possunt faciliter euitari, quia loquuntur quando fuit negligens in faciendo illud quod fuit impeditum, unde ipse fuit causa impedimenti, & non prodest, ut in dictis iuribus, sed hic præsupponitur quod non fuerit causa sui impedimenti, & illud uenerit sine culpa sua. & solum culpa fuerit in parte non impedita, quod potest exemplificari faciliter quando sunt plura facta, ut sistere plures seruos & in quinque potest esse uerum impedimentum, quia sunt ultra mare, & in aliis quinque potestas adimplendi & negligentia.

346 Vnde † mihi placet media uia hoc casu, ut tota pœna committatur, sed obstabit exceptio pro parte impedita, & sic erit una limitatio ad istum textum, regula enim est in eo, quod in principali pœna committitur in totum, fallit ubicunque impeditur implere in totum quia nullo modo committitur pœna si est iustum impedimentum sine culpa superueniens, dicta l. si uehenda . §. idem iuris. digestis ad l. Rhodiam de iactu. Secundo fallit quando impeditur pro parte iusto impedimento adimplere, & in alia parte est negligens, quia tunc committitur pœna in totum, tamen obstabit exceptio pro parte qua fuit impeditus: Tertio fallit quando in parte adimpleuit & in alia parte fuit iuste impeditus, quia tunc nullo modo pœna committitur. pro Soccino tamen potes facere rationem de illo qui est negligens in parte si non fuisset impeditus præsumeretur quod fuisset negligens in illa parte, uel propter negligentiam alterius partis non potest allegare impedimentum, argument. capituli semel malus, de reg. iur. in sext. & l. si quis emptionis. §. & hæc de illis. Codic. de præscriptio. 30. anno. & propterea nihil uidetur adimpleuisse, & tanquam nihil impleuerit pœna committitur in totum, tamen æquior est opinio præcedens.

Stat igitur ex prædictis solutio, quod quando est iustum impedimentum, & pro parte adimpleuit, tunc excusatur, sed quando culpa præcessit impedimentum, uel solum inducit difficultatem, non excusatur, & cum in solutione sua glos. intellexerit de dicto læui impedimento, dictum eius non est uerum, neque solutio est uera, Secundo dicta solutio non est uera, quia diuinat ad utrunque textũ cum sit diuinare hic non fuisse impeditum & ibi fuisse. Ruyn. hic conatur defendere Bartol.quod imo solutio sit in se uera, tamen Marianus respondet suis motiuis, ideo teneas ut supra.

Quarta

347 Quarta † est solutio, quod in l.contraria plura facta erant promissa, quæ per momentum poterant diuidi, hic uero erat unum factum promissum, unde facilius ibi liberatur à pœna per obstaculum exceptionis, & confirmat Iaso. quia quando sunt plura facta tot sunt stipulationes quot sunt res.l.scire debemus. infra eodem, & per consequens sunt diuidua facta, cum etiam sint plures promissiones, ergo licet uno non impleto tota pœna committatur propter unicā conceptionem stipulationis, tamen propter æquitatem obstabit exceptio.d.§.si plurium.sed quando unicum est factum & una est stipulatio, quia non est tanta ratio separationis, efficaciter committitur tota pœna,& sicut lex dispensat facilius in hærede quā in principali, ut in hoc tex.ita facilius dispēsat quando sunt plura facta promissa, & licet facta sistendi sint in se indiuidua, tamen possunt diuidi per numerum.l.in stipulationibus.§. operarum.infra eodem, & l.libertus.de oper.libertorum.sed hanc rationem reprehendit Bar.hic,quia obstat tex.in l.si is qui ducenta.§.cum ita.ff.de reb.dub.& §.utrum.ubi dicit si quis stipulatus est Stichum & Damam & Erotem, & si quid eorum factum non erit,pœnam, uel si Stichum & Damam & Erotem non steteris decem dari,non dubitamus quin omnes sisti opporteat ut stipulationi satisfiat, & cum dicit, opporteat,demonstratur quod de necessitate debet adimpleri, & sic non obstat exceptio.arg.l.1.ff.de iustitia & iure, & facit tex.in eisdem terminis in l.qui duos.ff.si quis in ius uoca.non ierit,& dicere quod procedit de rigore, non est aliud dicere nisi quod corrigatur, per dictum.§.si plurium.& l.cotem ferro.§. qui maximos. ff.de public.quod est euitandū. arg.l. præcipimus in fi.de appellationibus. item confirmatio Ias. non ualet, quia tunc sunt plures stipulationes quando res sunt omnes specificatæ, sed quando plures res simul promittuntur,ut sistere decem seruos sub una pœna, tunc dicitur unica stipulatio, sicut etiam est unica uēditio.l.cum eiusdem.ff. de ædilitio ædic. & l. si duo. ff.de contrahen.emptio. & no.in dicta l.scire debemus, & in dicto. §. si plurium, stipulatio fuit facta sub una conceptione uerborum,dicendo,decem seruos promittis sistere,& si omnes non steteris promittis pœnam,& tamen quamuis sit unica stipulatio,ibi obstat exceptio.

348 Tamen † illi.§.cum ita.respondebat Ias. quod loquitur in casu spetiali, quando stipulatio incepit a conditione, quæ conditio sit hoc modo concepta, si Stichum & Damam & Erotem non steteris, & tunc est indiuidua, quia sumitur ex uniuerso.leg.cui fundus. ff. de conditio. & demonstratio. & dicto.§. utrum. sed stipulatio in dicto.§. si plurium, incepit a præcedenti dispositione, merito obstat exceptio, quia non est præcisa, simile de stipulatione incipiente a præcedenti conditione uel a præcedenti dispositione ponitur in l.ita stipulatus,la grande. infra eodem, ubi omnes not. hæc tamen responsio, seu saluatio non est admittenda, quia continet expressum errorem, quoniam in dicto. §. cum ita, stipulatio incepit a præcedenti dispositione,dum ibi dicitur, propositis pluribus reb. quas fieri uolumus, & ibi, Stichum Damam & Erotem sisti, quæ constituunt stipulationem de faciendo,non conditionem, & ad rationem Ias.respondet Ripp. quod in plurib. hæredibus bene diuiditur obligatio, sed in ipso principali est indiuidua etiam quod sint plura facta, quia ipse omnia æqualiter adimplere potest ut supra conclusum fuit, quod in principali semper conditio est indiuidua siue sit conditio dandi siue faciendi quamuis ipsa facta sui natura sint diuidua,& ad secundum quod sint tot stipulationes quot facta,respōdet Rippa fatendo quantum ad primitiuam obligationem, sed quantum ad secundariam habetur pro una, quia conditio facit omnes promissiones diuiduas effici secundum Oldr.in cons.29.de rigore iuris.in fi.& Bar. in d.l.scire debemus,& Alex.hic,& idem Rippa suis responsis.lib.2.c.9.Replicat Socci.quia licet efficiātur indiuidua de rigore, tamen de æquitate remanent diuidua,ut saltem possit obstare exceptio. duplicat Rippa, quod hæc æquitas admittitur tantum in præparatoriis iudiciorum, & non in aliis stipulationibus.d.§.si plurium, & illa æquitas in præparatoriis est generalis etiam ad stipulationem factam de pluribus uniuersaliter uel de uno facto tantum,quæ tamen responsiones possunt euitari ad dictū.§.si plurium.tamen responsio melior est quam supra dedi, ꝙ nō possunt esse plures stipulationes quando sub uno termino omnia facta continentur, & ideo ad dictū. §. utrum. & ad tex.in d.l.qui duos, adhuc bene non est responsum,quæ dicunt quod tota pœna committitur simul sine obstaculo exceptionis.unde hæc solutio eo modo quo profertur non est bona, & hæc opinio Petri idest eo modo quo eam protulit nō tollit contrarium tex. nostri.

349 Quinta † est solutio Bartol. quod ille text. loquatur in iudiciis, & iste text. in extraiudicialibus, & ideo quod in iudiciis pœna committitur in totum cum obstaculo exceptionis si tractatur de præparatoriis, si uero tractatur de decisoriis, uel de extraiudicialibus, & tunc pœna committatur sine obstaculo exceptionis, & ita procedit text. noster, & ratio quare in præparatoriis obstat exceptio, & non in decisoriis assignatur per Iason. hic, quia tractatur de maiori præiudicio in decisoriis, & difficilius euitatur pœna, unde in præparatoriis quamuis sit dies, & pœna, admittitur purgatio moræ. leg.& si post tres. ff. si quis cautio.& l. sancimus. C. de fideiussoribus. & in decisoriis non admittitur purgatio moræ. gloss. in lege. Celsus. in principio. ff. de arbitr. Secunda ratio est, quia post sententiam cessat iurisdictio iudicis qui functus est officio suo leg. iudex postquam. ff. de re iudicata. ideo non potest amplius se intromittere, & in ordinatoriis durat adhuc iurisdictio iudicis qui potest moderari secundum æquitatem acta facta ab eo. lege. in conuentionalibus. infra eodem, & leg.quod iussit. ff. de re iudicata. secundum Bartol. in dicta lege. & si post tres, circa medium, & ratio diuersitatis inter hæredes & principales supra posita fuit, quia unusquisque potest obseruare quod promisit, quoniam promisit dationem uel factum proprium, & ratio quare aliud est in iudicialibus, &

conuentionalibus est, quia iudicialia interponuntur ex necessitate iudiciorum, ideo mitius proceditur quam in uoluntariis, cum lex faueat illis qui faciunt actum ex necessitate.l.si fideiussor.§.si necessarium.ff.si quis cautionibus. Et sic habes tres conclusiones in hac solutione Bar.positas,una est, quod in extraiudicialib.principalib. pœna committitur sine obstaculo exceptionis,per istum tex.Secunda est,quod in decisoriis iudicialib.pœna committitur sine obstaculo exceptionis. Tertia est,quod in præparatoriis iudiciorum pœna committitur in totum, sed cum obstaculo exceptionis,& ita procedit contrarium in d.l.si seruus.§.si plurium. supra si quis cautionibus, & sequuntur communiter doct.

350 Sed tamē † duæ sunt magnæ difficultates,una est, quia dictum de decisoriis probatur per l.5.§.fi.infra eodem,dum loquitur de parendo sententiæ arbitri, qui tex. non uidetur probare quia illa stipulatio de parendo sententiæ fit extra iudicium ex conuentione partium,& non tractatur de mere iudicialibus.l.si dictum.§.si compromisso.ff.de euictionibus.ubi conuentio post sententiam uidetur esse uoluntaria ergo non iudicialis,& ita tenent Cy.& Bal.in auth.generaliter.C.de episcopis & clericis.& Alex.infra in 2. quæstione.facit gl.in l.1.ff. de prætoriis stipulationibus.item ratio assignata non uidetur concludere ut hic per Soc.quia si fauemus reo in præparatoriis ne incidat in pœnam, multo magis debemus fauere in decisoriis,per regulam, quod in principio magis fauemus actori, in medio unicuiq;,& in fi.magis reo, gl.& Bar.in l.sciendum.ff. qui satisdare cogantur. & in l.inter stipulantem.§.1.infra eodem.& l.Arrianus C.de hæreticis. Rippa hic tenet conclusionem Bart. quod imo sit necessaria quadam necessitate causatiua, quia & in præparatoriis est quædam uolūtas partis,cum non cogatur promittere pœnamcertam,sed teneatur ad interesse.arg.l.fi.de prætoriis stipulationibus,& §.fi.insti.eo.item licet reo faueamus in sententia,tamen post sententiam amplius non fauemus ei,quia cessat officium iudicis.d.l.iudex postquam, & respondetBar. in d.l.& si post tres.item stante cōtemptu non fauemus ei quia se indignum fecit, quæ tamen responsio nō facit quod illa stipulatio de qua in d.§.fi. sit iudicialis, unde tu melius potes saluare quod imo sit iudicialis stipulatio, cum arbitria sint redacta ad instar iudiciorum, & si forsan reus uolens euitare executionem actualem iudicis præstat cautionem de parendo sententiæ, & in executione fiant lites. lege a Diuo Pio. supra de re iudicata.& l. ab executore.C.de executione rei iudicatæ.ideo dicemus in illis casibus executionis pœna cōmittetur in totum sine obstaculo exceptionis.& dict. §. finalis, potuit loqui de ista promissione, præterea si tu uis quod non loquatur de iudicialibus non obstabit solutioni prædictæ datæ ad dictum.§. si plurium, ꝙ solum intendit facere Barto. hic, nam per alia iura quando erit quæstio de eis probabitur illa differentia, ut per Barto.in d.l.si post tres.ubi plura allegātur. uere tamen omnes dictæ rationes magis concludunt in materia moræ, de qua in dicta.l.si insulam. infra eodem,quam in materia pœnali,de qua tractatur hic.unde adhuc urget contra Bar.

351 Secundo † contra principalem decisionem Bart. obstat fortissimus tex.in d.l.si is qui ducenta.§.utrū. supra de rebus dubiis,qui loquitur in iudicialib. præparatoriis,dum ponit exemplum de stipulatione iudicio sisti, & tamen ponit decisionem quod in eis pœna committitur sine obstaculo exceptionis, & directo contradicit d.§.si plurium,& idem magis præcise probat l.qui duos.supra in ius uocati ut eant.super quo contrario ualde laborant hicDoc.quoniam istæ tres leges inuicem pugnant,& directo, & apparenter se destruunt,ideo dantur uariæ concordiæ,una est quod dictus. §. utrū. loquatur de mere extraiudicialibus factis ex uoluntate partium, ut quia sit conuētum quod quis teneatur sistere in domo, & dictus.§.pluriū.quod quis teneatur sistere in iudicio, item quod tex.noster loquatur de stipulatione rati quæ potest esse iudicialis, ut in toto titulo. infra rē ratam haberi.& ideo hic committatur in totum,sed cum obstaculo exceptionis,ut pro parte tantum exigi possit, quæ tamen responsiones uiolant omnia dicta iura, nā est destructio tex. nostri quod hic pœna committatur in totum, & obstet exceptio, cum expresse dicat committi pro parte tantum, & est destructio tex.in d.§.utrum, quod ibi tractetur de extraiudicialibus, cum hoc uerbum, sistere, soleat tantummodo interponi in iudicialibus, & in domo non conueniat hæc conuentio de sistendo. præterea obstat tex.in d.l.qui duos.qui expresse loquitur de iudicialibus, & tamen pœna committitur sine obstaculo exceptionis, & licet aliquando interponatur extra iudicium, ut per glo.in l.ita stipulatus. infra eo. tamen regulariter solet in iudicio fieri. glos.in lege quotiens quis.infra eodem.nec ualet responsio quod pro certo hæc stipulatio fuit extraiudicialis,ut dicebat hic Rippa respondendo Iasoni,quia imo pro certo fuit hic iudicialis,quia nō fuit principalis qui promisit ut arbitratur Rippa sed fuit procurator,ut patet in illis uerbis,Titium hæredemque eius, secundū unum intellectum supra traditum.nec etiam dicatur quod in d.§.cum ita,fuit extraiudicialis,cum in principio loquatur de extraiudiciali,si Stichum aut fundum non dederis,ergo etiam & in alia.arg.l.1.ff. de reb.dubiis, quia non cōstat quod illa prima sit extraiudicialis,cum imo per secundam declaratur quod& prima fuerit iudicialis, sed quidquid sit saluatio ad Bar.tollitur per d.l.qui duos.

352 Secunda est † concordia, fatendo quod dictus.§. utrum & d.l.qui duos. loquantur de iudicialibus, & in hoc conueniant, sed dicitur quod uterque tex.determinatur per dictum.§.si plurium.qui ulterius processit declarando quod obstat exceptio,& tex. simpliciter loquens declaratur per alium magis distincte loquentem,ut not. in l. sciendum. ff. qui satisdare cogantur, ideo dicta duo iura loquuntur de rigore. & text.in §.si plurium. loquitur secundū æquitatem,quæ solutio quamuis possit tollerari ad dic.l. qui duos,tamen non uidetur conuenire dic.§.utrum. quia loquitur generaliter & præcise,& uidetur negare illam æquitatem,cum dicat, oportet ut omnino dentur, ut habeat locum stipulatio seu satisfiat stipulatio-

lationi, & uerbũ opportet, denotat necessitatem. l. 1. ff. de iusti. & iure. confirmat Rippa, quia in illa stipulatione si Stichum aut fundum non dederis, committitur sine obstaculo exceptionis, ergo etiam & in alio exemplo. arg. l. 1. ff. de reb. dubiis. itẽ ille tex. loquitur per modum exempli de illa stipulatione de sistendo, ergo non restringit regulam neque materiã illam, quæ est de commissione pœnæ præcisa. arg. l. fi. §. de uiuo tritico & oleo legato. Item iste text. dũ loquitur de stipulatione de rato deberet etiam intelligi de rigore, & ille de æquitate, ꝙ est contra regulam istius tex. item præsupposito quod ex hoc capite hæc solutio ꝙ determinẽtur iura prædicta per dictũ. §. si pluriũ. esset uera simpliciter prolata, tamen cum alia conditione non potest sustineri ad. §. cum ita, quia ille tex. intendit ponere decisionem quomodo committatur stipulatio respectu pœnæ, & quem sensum habeant uerba apposita in conditione stipulationis uel alterius, non autem decidere an ei obstet exceptio, quoniam hoc sufficit ad intentionẽ illius legis & totius illius tituli declarare quem sensum habeant uerba secundum proprietatem sermonis, non autem ponere quid postea seruandum sit ex æquitate, cum illud dependeat ab alia causa existente in subiecta materia quæ uariabilis est, & propterea nec hæc concordia procedere potest, & adhuc durat cõflictus illorum iurium.

353 Tertiam † ponebat cõcordiam Ias. ꝙ in d. §. utrũ. stipulatio incipit a præcedenti cõditione, & in d. §. si plurium, incipit a præcedenti dispositione, quæ cõcordia apparenter est falsa, quia in d. §. utrũ. incipiebat a præcedẽti dispositione ut patet in illis uerbis, dum dicitur pluribus præpositis quæ fieri uolumus, & Stichum Damam & Erotem sisti, ideo de ea non est curandũ, ut hic etiam est de mẽte Bal. nouelli, & est deceptio utsupra dixi. Quartam concordiam ponebant Ruy. hic, & alii mod. ꝙ in d. §. si pluriũ, esset stipulatio una de decem seruis, uel cũ uerbis omnes seruos, & per consequens sit unica, & in d. §. utrum, sint plura facta copulatiue apposita, in quib. propter copulam est maior unio, & per consequens tota pœna committitur, quæ solutio uidetur adhærere menti Ias. sed est contra eam quam dedit Petrus, & etiã est falsa, quia concludit contrariũ, cum quando plures res copulatiue enumerãtur tot possunt esse stipulationes quot res, d. l. scire debemus. & quãdo uniuersaliter enumerantur, unica est stipulatio. l. cum eiusdem. supra de ædilit. ædi. & no. in d. l. scire debemus, præterea cõtradicit tex. ille qui uult ꝙ copulatiua & uniuersalis falsificantur per unũ, & ita æquiparatur.

354 Quintam † solutionem seu concordiã ponebat hic Alc. nu. 145. qui concludit ꝙ in utroq; casu incipit a præcedenti dispositione, tamen dicit ꝙ est differentia, quia in d. §. utrum promissio principalis & pœna lis est facta copulatiue, quæ requirit cõcursum copulatorum. l. si hæredi plures. ff. de conditio. insti. sed in d. §. si plurium, facta fuit stipulatio per illa uerba, decem seruos uel omnes seruos, in quib. nõ requiritur ille concursus copulatorum, & hæ duæ fuere responsiones Fulgosii ibi. sed nec etiam ualent, quoniam copulatiua non requirit ex alio concursum copulatorũ nisi quia æquiparatur uniuersali, prout in tota illa lege argumentatur Iurisconsultus, alioquin esset differentia, quoniam copulatiua inducit plures stipulationes, & uniuersalis unicam, ut no. in d. l. scire debemus.

355 Sextam postea † solutionem uidentur ponere Marian. & Ruy. considerantes, aut est tale implementũ quod possit repeti & in pœnam imputari, & tũc pœna committitur cũ obstaculo exceptionis. d. §. si plurium, & uidetur esse de mente gl. in d. l. 5. §. fi. Aut uero illud implementũ non potest repeti neque in pœnam imputari, adeo quod si pœna exigeretur haberet utrunque, & tunc obstat exceptio, ne eueniat ꝙ & rem & pœnam habeat. d. §. si plurium, & ad text. in d. §. utrum. respondet ꝙ ibi fuerunt plures stipulationes uel saltem plures conditiones, facit tex. in l. rescriptum. §. si pacto. ff. de pactis. & l. apud Celsum. §. Labeo. ff. de doli exceptione. huic tamen concordiæ & solutioni respondet Maria. per multa uerba & nõ clare resoluit. tu dicas quod consideratio, an possit repeti uel imputari, nihil ualet, quia in obligationib. factorum succedit obligatio ad interesse, quod repre senta ipsam rem, d. l. si quis ab alio. §. fi. de re iudicata. & l. stipulationes. uersic. Celsus. & illud interesse semper potest peti & semper imputari, & ideo hæc subtilis cõsideratio nihil affert, unde interesse exigitur supra pœnam si excedit eam, & ipsa super interesse si excedit. l. prædia. ff. de actio. emp. item pœnalis stipulatio nouat præcedentem. l. ita stipulatus. in fi. infra eodem. & l. qui fidem. de transactionibus. & habetur in d. §. si pacto. similiter sua consideratio, an sint plures stipulationes uel conditiones nihil ualet, quia propter cõditionem æqualiter & principaliter efficiuntur diuiduæ. d. l. cui fundus. de conditio. & demonstratio. Marian. tandem uidetur postea stare in solutione Bar. quod dictus. §. utrum, loquatur de stipulatione de sistendo extraiudiciali, quia & omnes aliæ ibi erant extraiudiciales. arg. d. l. 1. de reb. dub. item non se restringit ad aliquem actum sistẽdi, ideo debet intelligi secundum alia iura, ut hic latius per eum, sed supra reprobatum fuit, quia stipulatio de sistendo plærunque est iudicialis, & declarari debet per alia iura quæ loquuntur de stipulatione iudiciali, & quæ raro accidunt non habentur in consideratione. l. quæ raro. ff. de legibus. Ex quibus apparet ꝙ cum dicta iura ita fortiter inuicẽm pugnent, solutio Bar. non potest esse bona, & quod doc. bene non penetrauerunt medulam istius materiæ, & ꝙ hæc differentia inter iudicialia & extraiudicialia non potest procedere & nullo modo est admittenda. & quia ꝙ obstet exceptio non est ex natura stipulationis sed solummodo contingere potest ex aliquo accidenti propter subiectam materiam.

356 Quare † tu dicas hanc materiam alio modo ordinandam esse, & constituendas esse duas partes in ea, unã quando unum factum promittitur respectu plurium personarum, aliam quando plura facta promittuntur respectu unius personæ, & idem esset etiam si una res promitteretur respectu plurium personarum, & plures res respectu unius personæ, & sensit hic Petrus, sed nesciuit postea explicare.

357 In prima parte † necessarium est inspicere quomodo illas res promissa conueniat pluribus personis, & an sit diuidua uel indiuidua, & an afferre possit utilitatem in una persona sicut in alia uel insolidum eas respiciat, & de hac parte loquitur. §. noster cum tota materia, & ideo fuit necessarium inquirere an res dicantur diuiduæ uel indiuiduæ omni respectu, duplici respectu, & unico respectu tantum, & considerare an tractetur de pœna uel interesse, ut dictum fuit supra in præcedentibus tribus articulis, in quib. summa fuit, quod aut stipulator per contrauentionem priuatur tota utilitate, & tunc cõsequitur per pœnam uel interesse totum damnum suum, & ideo pœna insolidum uel interesse committitur, si uero non priuatur tota utilitate per contrauentionem, & tunc quia non debet consequi nisi partem damni, pœna committitur pro parte uel interesse, & si propter rigorẽ cõmittatur insolidum obstat exceptio, ut dicit tex. in d. l. 2. §. item si in facto. & sæpius repetitum fuit. & probatur in d. l. 5. fi. infra eod. & in tota hac materia in alio nõ laborauimus.

358 Secunda † est pars, quando plura facta uel plures res. promittuntur respectu unius personæ, & tunc non est opus ita subtiliter inspicere an sit diuidua uel indiuidua, quoniam saltem per numerum diuidũtur, sed solum ad commissionem pœnæ uel interesse oportet inspicere quomodo falsificetur conditio pœnalis uel stipulatio, & ideo recurritur ad doctrinam Iurisconsulti in d. l. si is qui ducenta. §. utrum. ff. de reb. dubiis, qui distinguit, an stipulatio pœnalis, uel conditio sit alternatiua, copulatiua, uel uniuersalis, uel particularis, & si est alternatiua opportet quod contraueniatur in utraque, quia non falsificatur nisi per copulatiuam, & si est copulatiua uel uniuersalis, pœna committitur per contrauentionem in una re, quoniam copulatiua & uniuersalis per unam tantũ falsificatur, & si in uno est falsa in totum est falsa, ut ibidem dicitur, ad quem semper recurrimus & ideo siue dicatur, si dictos seruos non steteris, uel si Stichum & Erotem non steteris, uel si omnes non steteris, uel si aliquem seu quid eorum non steteris, semper pœna committitur per contrauentionem in una re uel facto, quia dictæ promissiones per unum tantum falsificantur, & hoc principaliter cõsideratur.

359 Si tamen postea † quæratur utrum debeat obstare exceptio, est alia quæstio separata a præcedenti, & in ea inspicitur utrum stipulator sit priuatus tota utilitate per contrauentionem, uel sit priuatus parte tantum, nam si erit priuatus tota utilitate, pœna cõmissa exigetur sine obstaculo exceptionis ut ipse cõsequatur totum damnum, si uero non erit priuatus tota utilitate, tunc licet uniuersalis uel copulatiua sit falsificata per unum, & pœna sit commissa, tamen obstabit exceptio ne locupletetur cum aliena iactura, & ille sine delicto patiatur pœnam, cum sit idem finis in hac parte qui est in præcedenti parte, quoniã iurisconsulti semper ad iustitiam & æquitatem intentionem suam direxerunt.

360 Quibus sic declaratis † apparet solutio ad contraria, nam tex. noster & dictus. §. si plurium, non contrariantur, sed diuersa sunt. arg. l. fi. C. de eden. nam hic tex. loquitur quando unum factum est promissum respectu plurium personarum, ibi, plura facta sunt promissa respectu unius personæ, & sic ad cognoscendum quomodo pœna committatur inspicitur an contrauentum sit per unam uel plures personas, ibi non inspicitur de personis sed an contrauentio facta sit in una re uel facto uel in pluribus, itẽ hic ad cognoscẽdũ an pœna cõmittatur in totũ uel pro parte inspicitur an sit factum diuiduũ uel indiuiduũ, & si est indiuiduum pœna committitur in totum, & si est diuiduum pœna committitur pro parte, ibi uero hoc non inspicitur, sed solum quomodo sint concepta uerba stipulationis, an sit alternatiua, & tunc pœna non committatur nisi in omnib. reb. sit contra uentum, & si est uniuersalis uel copulatiua, inspicitur an in una re sit facta contrauentio, ut appareat uerũ esse utrunque non esse statum, uel omnes status non esse, item hic in factis diuiduis pœna cõmittitur pro parte tantum ex natura uerborum, & nõ est opus ꝙ obstet exceptio, ibi uero pœna committitur in totũ ex natura uerborũ, & requiritur ꝙ obstet exceptio quando stipulator non est priuatus nisi sola utilitate respiciente ipsam rem in qua facta fuit contrauẽtio, & in summa licet in terminis text. nostri & in terminis illius tex. idem sit finis ꝙ pœna non exigatur nisi quatenus priuatur stipulator, tamen quia diuersi sunt modi faciendi eam cõmitti, propterea alio modo etiam in materia text. nostri obstat exceptio quã do committitur insolidum, ut in §. item si in facto, alio modo obstat in d. §. si plurium, ideo de uno ad alium non potest argumentari neque opponi.

361 Et si dicatur † per hæc non est resoluta pugnantia quam habẽt inuicem illa tria iura. dictus. §. si plurium, cum d. §. utrum, & cum d. l. qui duos, respondetur quod tex. in §. utrum, non facit neque pro neque contra, quia intentio Iurisconsulti ibi non fuit determinare aliquem casum spetialem contingentem, sed solum dare regulam & cognitionem generalem quomodo committatur pœna in alternatiua, copulatiua, & uniuersali, & per quæ uerba. sed postea an obst. exceptio uel non, non dependet a significatione uerborum seu falsificatione orationis præcedentis, sed dependet a spetiali subiecta materia, utrum per talẽ contrauentionẽ in una re uel duab. priuetur tota cõmoditate stipulationis uel parte tantũ, ꝙ non fuit neque dictum neque cogitatum in d. §. utrum. imo ille tex. cõcordat quatenus in §. si plurium dicitur pœna cõmittitur, quia uerum est omnes status nõ esse, nã idẽ ponitur in d. §. utrũ, sed de obstaculo exceptionis non est contradictio, quia in d. §. utrum. non fuit dictum neq; cogitatum, cum aliquẽ casum specialem determinare non intenderet, & ab alia causa illa dubitatio eueniret, & eodem modo respondetur ad dictam l. qui duos. quia ibi iurisconsultus plus non dixit nisi quod si unus non est exhibitus uerum est utrumque non esse exhibitum, & quòd pœna com-

362 mittitur, & concordant hæc tria iura † in modo cõmittendi pœnã, sed de obstaculo exceptionis nõ dixit, quia non est ordinariũ sed uariabile secundũ subiectã materiã, & si quæratur quando debet exceptio obst. oportet inspicere an per inobseruantiã factã in

una

tuna re stipulator sit priuatus tota commoditate, & tunc non obstabit exceptio ut per pœnam consequatur integrum damnum, si uero non fuit priuatus tota utilitate, sed tantummodo illius partis quæ respicit ualorem rei in qua non fuit facta obseruatio, & tunc
363 obstabit. † Hoc autem euenire poterit si quis promisit in causa criminali sistere plures seruos quorum aliqui sunt magis suspecti seu principales uel magis apti ad propalandum ueritatem, & tunc si illi aufugiant & non sistantur stipulator priuabitur tota utilitate stipulationis, quoniam per illos solos poterat scire ueritatem, & ab aliis parum uel nihil sciet, ut experientia docet. unde non erit conueniens quod obstet exceptio, licet unus solus uel duodecim non fuerint præsentati, si uero est causa ciuilis uel etiam criminalis, & omnes sunt æquales, & tunc per inobseruantiam unius uel duorum stipulator non priuatur commoditate totius stipulationis, sed solum respectu illorum non statorum, ideo obstabit exceptio, & poterit esse aliud exemplum in causa criminali, quia si sunt duo & unus non sistatur non poterit stipulator per torturam habere nisi unum testẽ, & si ambo fuissent stati habuisset duos testes qui sufficerent ad condemnationem, & sic apparet quod ex subiecta materia aliquando per inobseruantiã in uno potest stipulator priuari tota commoditate uel parte, & erit ratio urgens ꝙ obstet uel non obstet exceptio in di. ergo. §. si plurium. obstat exceptio, quia non apparet ꝙ per inobseruantiam unius stipulator priuaretur tota utilitate, sed solum ualore ipsius serui non stati, ideo obstat exceptio, & propterea dicẽdum est, ꝙ quãdo plura facta promittuntur, uno nõ obseruante pœna cõmittitur insolidum, tamen obstabit exceptio si stipulator non est priuatus nisi parte utilitatis tãgentis ipsum, sed si esset priuatus tota utilitate, nulla obstaret exceptio, & necessario restringi deberet ille tex. & in istis terminis etiã potest intelligi tex. in d. l. qui duos, quod ibi erat priuatus stipulator tota commoditate & concordabit.

364 Postea † Bar. uolens resoluere cum breuiori ordine totum istum articulum, posuit distinctionem suã, constituendo duo capita, unum in principali, & aliud in hæredibus. in principali dixit ꝙ aut non est apposita pœna, & tunc committitur stipulatio pro parte. l. si procurator. infra rem ratã habe. si uero fuit adiecta pœna, & sumus in contractibus, illa commitur sine obstaculo exceptionis, ut hic, & in d. §. utrũ, Aut in iudiciis, & si sunt decisoria idem quod committitur pœna sine obstaculo exceptionis. l. 5. §. fi. infra eodem. Aut in ordinatoriis, & tunc pœna committitur in totum, sed cum obstaculo exceptionis. d. §. si pluriũ. si uero sumus in pluribus hæredibus, & tunc aut in obligatione dandi, & pœna committitur contra omnes sine obstaculo exceptionis. d. l. 5. §. fi. si uero sumus in obligatione facti diuidui, pœna committitur pro parte contrafacientis tantum, ut in text. nostro & non est opus ꝙ obstet exceptio, fallit tamen generaliter secundum ipsum quando superuenit impedimentum post obligationem, quia obstabit exceptio in factis. per l. si uehenda. §. idem iuris. & obligationib. dandi aliquando secundum distinctionem positam per eum. l. continuus. §. illud. infra eodem, & cum hac distinctione pertranseunt hic Doct.

Sed tu dicas quod in hæredib. satis potest procedere, in principalibus uero imperfecta est, & in aliquib. falsa, nam dum ipse intelligit tex. in d. l. si procurator, procedere quando non est apposita pœna, dictum suum fuit supra reprobatum, quoniam in uno principali semper stipulatio est indiuidua, prout ipsemet conclusit etiam infra in 2. quæst. & ideo ibi cõmittitur pro parte, quia principalis non tenetur ex promissione sua, sed ex promissione alterius, ut supra declaraui. item ipse ommittit casum quando essent plures principales, & tunc stipulatio committeretur pro parte cuiuslibet. per l. reos. §. cum in tabulibus. ff. de duob. reis. item postea dũ uult quod si est apposita pœna in stipulatione dandi, uel etiam faciẽdi quod non obstet exceptio si sumus in contractib. uel in iudiciis decisoriis, secus si in præparatoriis iudiciorum, hæc sua distinctio, est imperfecta respectu plurium principalium de quibus ipse non dixit, & non est uera, dum facit differentiam inter iudicia. & contractus, & inter decisoria & præparatoria, quia in eis nulla debet esse differentia, & decisio posita in d. §. si plurium. procedit in omnib. contractibus, & in iudiciis decisoriis, & quod dicitur in. §. utrum, & di. l. 5. §. fi. procedit & in iudiciis & in contractibus, quia causa quod obstet exceptio uel non obstet non sumitur a iudiciis uel contractibus, sed sumitur ab illa consideratione, an stipulator sit priuatus tota utilitate stipulationis uel partis tantum, ut supra dixi.

365 Ideo † pro resolutione istius tertii articuli, quomodo committatur pœna in obligationib. dãdi uel factis diuiduis, seu ipsa stipulatio committatur, constituas duo capita, unum quãdo unum factũ promittitur respectu pluriũ personarum, Aliud quãdo plura facta uel res plures promittuntur respectu unius
366 personæ, seu unius actus. Primum caput † pertinet ad materiam nostram, & ad totam materiã. §. nostri, & in eo distinguas inter unum principalẽ uel plures hæredes, si est unus principalis & nõ est apposita pœna, & tũc si tenetur ex obligatione sua, stipulatio cõmittitur insolidum, per tex. nostrũ hic, & si tenetur ex persona alterius, stipulatio cõmittitur pro parte, d. l. si procurator, & hoc tenendo cõmunem theoricam Doctorum circa stipulationes prætorias, alioquin dicas ut ultra alios declarabo ĩ 2. q. si uero sunt plures principales, & tunc stipulatio cõmittitur pro parte uniuscuiusq; quando fit de factis diuiduis. per l. reos. §. cũ in tabulis. de duob. reis. si uero pœna est apposita, & tũc in uno principali ipsa cõmittitur insolidum sine obstaculo exceptionis, per text. nostrũ hic, quia nulla obligatio diuiditur in uno principali, quod procedit in obligationib. dandi pecuniam, & in obligationibus dandi speciem. si uero sumus in pluribus principalibus, & adhuc idem dicemus ut per contrauẽtionem unius pœna committatur cõtra omnes pro sua portione. l. in executione. §. pen. ubi tex. in terminis, infra eod. si uero sumus in obligatonibus facti diuidui in uno principali est idem quod pœna cõmittatur insolidũ, per istũ tex. sed in plurib. principalib. pœna cõmitteretur pro parte, quia factum

diuiduum remanet diuiduum & non efficitur indiuidum propter conditionem, per text. nostrũ hic, in uersi. at si de eo. in hæredibus uero si agitur de obligationibus dandi, pœna committitur contra omnes si agitur de obligatione faciendi, pœna committitur pro parte tãtum, nec attenditur obstaculum exceptionis, Fallit quando superuenit impedimentũ, dicta.l.si uehenda. & prædicta procedunt tam in iudiciis, quam contractibus, decisoriis, & præparatoriis, quia eadem ratio est, & si quæratur quomodo cognoscetur an obstet exceptio, recurretur ad illud, an stipulator priuetur parte commoditatis tantum quando pœna committitur in totum, per tex. in dicto. §. item si in facto, cum l. seq.

367 Secundum caput † est, ubicunque plura facta seu plures res promittuntur in stipulatione, & si quæratur an committatur pœna, non inspicitur an sit obligatio dandi uel faciendi, neque an sit factum diuidũ uel indiuiduum, quoniam semper diuisio potest fieri per numerum, sed solum inspicitur quomodo stipulatio principalis sit concepta an alternatiue, copulatiue, uel uniuersaliter, & finaliter conditio stipulationis pœnalis sit concepta, nam si est alternatiua nunquam committitur pœna nisi inobseruantia fuerit in utraque re, quoniam alternatiua affirmatiua non falsificatur nisi per copulatiuam negatiuam. l. si hæredi plures. ff. de condi. & demonstratio. & dic. l. si is qui ducenta. §. utrum. ff. de reb. dubiis. si uero est copulatiua uel uniuersalis, & tunc pœna committitur ex contrauẽtione facti in una sola re uel facto, quia falsificantur per unum non obseruatũ. d. §. utrũ. sed si quæratur an obstet exceptio, inspicitur alia causa, & consideratur an per contrauentionem factã in una re priuetur stipulator commoditate totius stipulationis, & tunc non obstabit exceptio, si uero per contrauentionem unius in una re non priuatur commoditate tota, sed partis tantum, tunc obstabit exceptio. d. §. si plurium. unus tamen est casus in quo nunquam obstabit exceptio, si stipulatio ita concipiatur, si unum ex eis non steteris seu si aliquem ex eis non steteris dabis centum, nam tunc tota pœna committetur sine obstaculo exceptionis, quia tota fuit promissa pro inobseruantia unius rei. d. §. utrum. & in d. §. si plurium erat dictum, si omnes non steteris, uel si eos non steteris, & ideo pœna respiciebat omnes, & merito obstat exceptio si non priuatur tota commoditate, & prædicta procedunt æqualiter in iudiciis & contractib. decisoriis & præparatoriis, quia eadẽ ratio militat, & doc. fecerũt hanc distinctionẽ, quia nõ penetrauerunt causam decisionis d. §. sed utrum.

368 Vndecimo † opponit Bar. extra articulũ, quia uidetur non debere constitui differentiam inter principales & ipsos hæredes, per l. 2. §. ex iis. supra eodem, soluit ipse quod ille tex. loquitur in indiuiduis, nos autem in diuiduis, quæ solutio imperfecta est, ex eo quia in obligationib. dandi agimus de indiuiduis saltem ex dispositione contrahentium, & diuidua facta in persona principalis efficiuntur indiuidua, propterea alio modo plenius solui debet. Aut sumus in principali & tunc siue simus in diuiduis siue in indiuiduis stipulatio cõmittitur insolidum, si uero sumus in pluribus principalibus in indiuiduis stipulatio cõmittitur insolidum. dicto. §. ex iis, & in diuiduis committitur pro parte. arg. tex. nostri. & d. l. reos. §. cum in tabulis. si uero nos sumus in hæredibus, & tunc principalis obligatio committitur cõtra omnes, insolidum, & si nos sumus in diuiduis committitur pro parte. Sinautem sumus in secundaria obligatione, & tũc in uno principali committitur insolidum, sed in diuiduis pœna committitur pro parte tantum, & in obligationib. dandi pœna similiter committitur cõtra omnes pro hæreditaria portione, & sic apparet quod tex. in d. §. ex iis, directo non cõtrariatur, quia loquitur de primitiua obligatione, hic uero tractamus de secundaria obligatione.

369 Duodecimo † Bar. opponit ad totum istum articulum de cap. suam. de pœnis, ubi clerici tenebantur dare pecuniam episcopo suo, & per arbitrum fuit iudicatum quod soluerent 40. libras in certa die, & factus fuit iussus ab arbitro ut in illa die soluerent dictas 40. libras sub pœna triginta librarum, & sic seruata fuit forma posita in l. Celsus. ff. de arbitr. postea dicti clerici soluerunt trigintatres in termino, & deficiebant septem, unde episcopus cõueniebat eos ad pœnam triginta librarum. arg. d. l. Celsus, & cũ iudices essent parati condemnare, habuerũt recursum ad Papam, qui facta magna reprehensione de auaritia ipsius & cupiditate inhonesti lucri cum iactura alterius, mandauit ut septem tantum exigeret, & pœnã nõ peteret. unde apparet quod tota pœna non exigitur, sed tantummodo pro parte. soluit Bar. quod ille text. procedit de iure canonico in quo non fit ista distinctio obligationis dandi & faciendi, sed generaliter mandat quod pœna non exigatur nisi pro parte in qua contrauentio facta fuit, & sic aliud est de iure ciuili. aliud est de iure canonico. & pertranseunt

* Doc. communiter * Ias. tamen hic dicit ꝙ hæc differentia inter ius canonicum & ius ciuile non est faciẽda in dubio. arg. no. in c. 1. & 2. de noui op. nunti. unde ipse dicit ꝙ ille tex. loquitur in casu specialissimo, & non debet trahi in consequentiam, nam ibi 5. causæ simul concurrebant, quia primo pœna erat excessiua, Secundo ꝙ erat soluta maior quantitas quã esset pœna. Tertio, ꝙ ibi parum remanebat soluendum de tota sorte, cum deficerẽt septem de quadraginta. Quarto ꝙ ibi quæstio agebatur inter clericos qui debent seruare modestiam. Quinto ꝙ ibi nõ erat aliquod damnum ipsius creditoris, unde cum concurrerent tot causæ non contradicit in aliis casib. materiæ tex. nostri. & ultra dictas 5. causas specialitatis. Alc. hic num. 173. addit tres alias causas, Prima est, quæ est 6. quãdo in persona debitoris superuenit difficultas, de qua habetur in l. continuus. §. illud. infra eod. Septima est, quãdo creditor sponte recepit partem sortis non facta protestatione ꝙ intendebat ius saluum sibi esse quo ad pœnam, nam licet non cogeretur recipere, tamen recipiendo sine protestatione præiudicauit sibi, per l. tutor. §. Lutius. ff. de usur. & no. in l. quidam æstimauerunt. ff. de usur. octaua est causa, quia ibi ex æquitate remanebat facultas purgandi moram quamuis adesset dies & pœna, iuxta ea quæ habentur in l. insulam, infra eo. quas omnes causas

sas singuli Doctor. considerauerunt separatim, & constituerunt octo intellectus ad dictum capitulum suam. fundando unumquemque super una ex illis causis.

370 Ideo primus † est intellectus ad illum text. quod continet casum spetialem, quia illa pœna erat barbarica & nimis excessiua, quam solam ponderat Fulgo. consi. 179. facta fuit quædam transactio, qui tamen intellectus propter hanc causam non debet teneri, cum non sit uerum quod pœna esset tam barbarica & excessiua, ex eo quia pœna apponitur ad finem ut subueniatur stipulatori in damno quod ei potest contingere ex inobseruantia, unde opportet quod pœna excedat ualorem rei ut ei subueniatur. l. rescripto. §. si pacto. ff. de pactis, & l. prædia. ff. de actio. empt. & cum in dicto cap. suam. pœna esset de triginta libris, & sors principalis in quadraginta, non potest dici excessiua pœna, imo insufficiens, & sic intellectus non est uerus.

371 Secundus † est intellectus, quod ibi deciditur purgationem moræ posse fieri de iure canonico etiam quando est apposita dies & pœna quæ permittitur ex æquitate in multis casibus, ut in l. sancimus. C. de fideiussori, & l. si post tres. ff. si quis cautionibus, & cap. potuit. ex. de locato. & ideo non tangit materiam nostram, sed solum dicitur tangere & modificare materiam moræ. sed Rippa hoc reprehendit, quia non potest ibi agi de purgatione moræ, cum nulla oblatio de illis septem restantibus facta fuerit, qua non interueniente nulla potest purgatio moræ fieri, ut no. in dicta l. si insulam. infra eodem. item ibi apparet quod lis iam fuerat incepta super commissione pœnæ, & erat non tantum lis contestata imo & sententia lata ideo erat mora effecta impurgabilis omni iure, & propterea nec iste intellectus est bonus.

372 Tertius est † intellectus Hostiensis, quod ibi illi clerici fuerunt aliquo iusto impedimento nouiter superuenienti impediti, unde non potuerunt incidere in moram neque teneri ad pœnam, arg. l. si uehenda. §. idem iuris. ff. ad l. Rhodiam de iactu. & notatorum in dicta l. continuus. §. illud. infra eodem. sed & iste intellectus non procedit, ex eo quia est diuinare ad illum text. quod ibi superuenerit impedimentum, & non apparet fuisse allegatum, & tanto magis, quia in obligationibus dandi non ita faciliter ex superuenienti impedimento impeditur commissio moræ, ut not. in dicto §. illud, & plenius in l. quod te. ff. si certum. petatur.

373 Quartus † est intellectus, quod ibi creditor nullum passus fuerat damnum ex illa mora, ideo pœna non debetur quasi cesset interesse saltem ex æquitate exceptionis, arg. §. item si in facto, supra eodem. sed Rippa reprehendit, quia illa pœna non erat apposita ratione interesse sed ratione contemptus iurisdictionis & sententiæ arbitri, quo casu sine interesse committitur. l. si quis rem. & l. cum pœna. ff. de arbitris, & l. stipulatio ista. §. alteri. infra. eodem. unde non erat opus quod interueniret interesse, præterea sufficit quod sit aliquod interesse etiam minimum in tota pœna. §. fin. insti. eodem. præterea ibi erat lata sententia, & clerici post moram erant etiam condemnati ad pœnam, & non est credendum quod non fuisset apposita illa exceptio, & cum esset apposita fuit reiecta, per l. 5. §. fin. infra. eodem. & l. Celsus. ff. de arbitris, & text. non dicit pœnam iniquam, sed episcopum agentem inhonestis lucris incumbentem, ideo nec iste intellectus procedit.

374 Quintus † est intellectus Socci. in cons. 17. quod ibi ille episcopus receperat maiorem partem summæ debitæ sine protestatione, unde sibi præiudicauerat tacite renuntiando iuri suo cum non teneretur recipere, l. tutor. §. Lutius. ff. de usur. & no. in dicta l. quidam æstimauerunt, arg. l. 4. C. depos. & hunc intellectum tenuit idem Maria. Socci. ibi post glo. qui tamen intellectus reprobatur per Abbatem, quoniam creditor recipiens partem sortis etiam sine protestatione non præiudicat. arg. l. in executione. §. pro parte. infra eodem. & per Altia. in §. & harum. in 2. no. supra eodem. sed tamen quia obstant not. in l. 4. C. depos. tu potes concordando dicere, quod sine protestatione quis sibi præiudicat quando accipiendo partem dicit liberare eum ab illa parte, sed simpliciter accipiendo non præiudicat sibi, quia non præsumitur uelle liberare ab illa parte, sed præsumitur uelle acceptare pro sua cautione, & retinere iure pignoris donec sibi fuerit solutum reliquum, arg. l. cum de indebito. ff. de probationibus, & ideo cum in dicto cap. suam. non appareret quod episcopus eos liberasset a quantitate recepta, non potuit sibi præiudicare in pœna, & sic intellectus non procedit.

375 Sextus est † intellectus, Ruy. quod ibi illa pœna erat forte minor, & cum esset sors maior ea, & excederet, sors imputabatur in pœnam, & non poterat peti, ut clare dicitur in l. prædia. ff. de action. empti. & uoluit glo. in dicta leg. 5. §. fin. & l. in executione. §. penul. infra eodem. ideo dicit ipse, pœna committitur in totum de mero iure ciuili, tamen imputatur in sortem, dicta l. prædia. ff. de actio. emp. Rippa uero reprehendit, quia in arbitriis & pœna & res exigitur. l. si quis rem, & dicta l. cum pœnæ. ff. de arbitris, tamen potest responderi negando quod utrunque exigatur nisi sit apposita clausula rato manente pacto, de qua in l. qui fidem. ff. de transactio. & per Bar. in l. si insulam, in secunda quæstione. infra eodem, & in dicta l. si quis rem. sed ex alio intellectus non placet, quia pœna imputatur in sortem quæ debetur, ut si quis petat septem, & propter septem petat pœnam 30. tunc non poterit habere septem & 30. sed illa debebit in pœnam imputare, ita quod in effectu potuissent exigi 23. libræ. arg. dictæ l. prædia. & ita intelligitur dicta. l. rescripto. §. si pacto. ff. de pact. præterea ibi facta fuerat lis super pœna, & lata erat sententia, & est credendum quod hæc exceptio fuisset apposita, nihilominus fuisset reiecta, & erat dictum in effectu quod solueret pœnam computatis septem de sorte.

376 Septimus † est intellectus ex mente Ias. hic, quod ibi parum supererat de sorte ad soluendum, unde erat magna iniquitas quod pro re tam parua exigeretur tanta pœna, maxime cum pars soluta excedebat summam pœnæ, & iste intellectus est etiam de

mente Abb. ibi, dum dicit, quod ibi clerici quasi totum debitum persoluerant, sed hic intellectus nec etiam est uerus, ex eo quia non attendimus quantum supereſt, dummodo totum non fuerit solutum, quia uerum est totam ſummam non fuiſſe ſolutam, arg. l. ſi ſeruus. §. ſi plurium. ſupra ſi quis cautionibus, & ideo ſi defeciſſet una libra tantum, adhuc pœna tota debebatur. l. 5. §. fi. infra eodem, & habetur in dicta leg. hæredes. §. idem iuris. ff. famil. herciſcundæ. unde nec etiam eſt bonus.

377 Octauus † eſt intellectus Rippæ, quod ibi episcopus exigebat ſeptem de ſorte & pœna, & quia in ſententia arbitri ſors debebat imputari in pœnam, ideo ibi Papa mandat, quod ſit contentus ſorte, quia utrunque habere eſt inhoneſtum, & dicit hunc eſſe intellectum uerisſimum, ſed tu dicas quod iſte intellectus eſt falſus ſicut alii quos ipſe reprehendit. nam ex ratione ſua, quod debet exigi ſors & pœna, infertur quod illa ſeptem peti non poſſunt, quia ſunt nouata per pœnam, non autem infertur quod pœna exigi non poſſet, ideo opportebat quod Papa diceret ut pœnam exigeret imputatis ſeptem, ideo dicendo quod nihil de pœna exigat contradiceret intellectui & rationi ſuæ, præterea non eſt uerum quod ibi peteret epiſcopus pœnam & ſortem, quia tex. ſolum dicit quod petebat pœnam in qua clerici erant condemnati, & ſic ceſſat tota ueritas ſui intellectus & remanet falſus.

378 Nonum ponebat † Iaſ. cumulando omnes iſtas rationes ſimul, & dicebat quod eis concurrentibus, deciſio illa fuit ſpetialisſima & non pertinet ad materiam noſtram, & iſtum tenet Galiaula hic & habetur in add. in d. cap. ſed nec iſte eſt bonus, ex eo quia plæreque rationes ſupra cumula. falſæ fuere, & non procedunt, item eſt contra illam literam, quæ ſe fundat in una ratione tantum, quod epiſcopus litigabat cum clericis, & incumbebat inhoneſto lucro. unde non poſſumus tot rationes cumulare quas non allegauit ibi Papa, & huic intellectui ſimilis eſt declaratio quam fecit hic Alcia. nume. 171. qui contra Iaſ. quod imo in iſtis pœnis ſit differentia inter ius ciuile & canonicum, adducit ſeptem ſimilia, & in ſpetie tex. in capit. fraternitatis, cum ſua gloſ. 12. quæſtio. 2. & poſtea quod imo debeat eſſe concordia, adducit, quia deciſio text. noſtri cum ſimilibus eſt fundata in maxima æquitate, quoniam iura admittunt ut obſtet exceptio, quando ſtipulator non eſſet priuatus utilitate ſtipulationis in totum uel in parte, dicto. §. item ſi in facto. & l. ſi ſeruus. §. ſi plurium, ſupra ſi quis cautioni. ideo ipſe poſtea format regulam ſecundum tex. noſtrum, & ponit nouem limitationes ſecundum nouem intellectus ſupra poſitos cum ſuis rationibus, quæ tamen rationes falſæ ſunt & intellectus falſi ut ſupra dictum fuit, & ideo eius opinio deſtruit & ius canonicum & ius ciuile confundens cum iſtis limitationibus totam materiam.

Decimus eſt intellectus, quod ideo ibi pœna non exigitur, quia erat appoſita in fraudem uſurarum, cum pœna adiecta dationi quantitatis præſumatur appoſita in fraudem uſurarum. l. cum allegas. C. de uſur. & no. in l. rogaſti. §. ſi tibi. ff. ſi certum petatur. & ſi dicatur, quod illa ſuſpitio uſurarum erat, procedit tantum modo in promisſionibus priuatorum, qui ſibi uolunt proſpicere, non autem habet locum quando arbitri illam pœnam apponunt in ſententia, quia uidetur appoſita ratione contemptus. l. ſi quis rem, & l. cum pœna. ff. de arbitr. nam reſpondetur quod etiam quando eſt appoſita, a tertio præſumitur appoſita in fraudem uſurarum, ut a teſtatore & quolibet alio, ut per Bar. in l. 2. ff. de iis quæ pœnæ nomine.

Reſpondet etiam Rippa, quia arbiter non poteſt apponere pœnam in ſententia niſi data ſit poteſtas a partibus. l. non diſtinguemus. §. de officio. ff. de arbitr. ſed quando eſt appoſita a partibus, recte petet ſi eſt honeſta, & ſi non eſt appoſita honeſte non petitur, cap. dilecti, de arbitr. ergo idem quando ab arbitro eſt appoſita de conſenſu partium, item arbiter uidetur apponere pœnam ad puniendam contumaciam non in fraudem uſurarum. l. non omnibus. ff. de arb. ſed tamen adhuc urget, quia pœna appoſita ab arbitro uidetur appoſita a partibus & non poſſunt dare ptātem apponendi pœnam reprobatam a iure, & uidetur quod neque teſtator poſſit grauare hæredem ad dandum quadraginta libras ſub pœna librarum 30. quia adhuc eſſet in fraudem uſurarum, l. 3. §. fin. ff. de annuis legatis, & Bar. in l. 2. ff. quod pœnæ nomine. l. Iulianus. §. idemque. ff. de actio. emptio. Iaſ. in l. cunctos populos. C. de ſumma Trinitate & fid. catholica, & iſtum intellectum ſequitur hic Alcia. nume. 174. & eſt communis opinio ✻ * quod generaliter pœna non poſſit apponi dationi quantitatis, ut per Iaſ. in l. cunctos populos. C. de ſumma Trinitate & fide catholica. huic tamen intellectui aliqualiter uidetur obſtare, quod tex. in eo non ſe fundat, ſed uidetur ſe fundare quod nullo modo debeatur, cum dicat eum incumbere inhoneſtis lucris.

379 Sed fortius † obſtat, quia ſecundum hunc intellectum contradicit intentioni Bartol. hic, qui uolebat quod pœna pro parte deberetur & non in totum, & non eſſet differentia inter obligationem dandi & faciendi.

380 Ideo tu † reſoluendo dicas, quod uerus eſt intellectus, ut ibi pœna nullo modo exigatur, prout clare demonſtrant uerba, & propterea quantum ad propoſitum noſtrum ille text. nihil facit, cum non contradicat exactioni pœnæ in totum uel pro parte, & ideo debes facere ampliationem ad tex. noſtrum, ut materia ſua procedat & omnia quæ ſupra diximus tam de iure ciuili quam canonico, ſolum autem ille tex. contradicit alteri regulæ iuris ciuilis, quæ uult quod pœna apponatur & exigatur. §. fin. inſtitu. eodem. leg. in omnibus & l. fin. infra de prætor. ſtipulationibus cum infinitis ſimilibus, ex eo quia uult quod nullo modo pœna appoſita exigatur.

381 Vnde † opportet inueſtigare rationem quare impediat exactionem pœnæ, & plæreque rationes ſupra allegatæ reprobatæ fuere, ideo tu dicas quod limitat materiam exactionis pœnæ in duobus caſibus, unus eſt quando epiſcopus litigat cum ſuis clericis, quia cum ipſe ſit pater & illi filii, & ipſe ſit caput &

& illi membra, ut cap. Nouit, ex. de iis quæ fiunt a maiori parte capituli, est iniquum quod inter tam coniunctas personas pœna exigatur quando non concurrit interesse, secundo limitat non procedere quando pœna pecuniæ est apposita dationi quantitatis, quia tunc propter suspitionem usurarum non exigitur, & hoc uoluit dicere text. dum reprehendit episcopum de immodestia & auaritia, & quod lucratur cum iactura alterius, & cum hoc etiam sit receptum de iure ciuili, ut habetur in dicta.l. cum allegas. C. de usur. quoniam Iustinianus correxit omnes, l. usurarias quando se subiecit sacris canonibus, ut per glo.in auth. de ecclesiasticis titulis, in principio, & no. per Abb. in c.fin. de præscriptionibus in
382 primo.not. † sequitur quod ille tex. parum uel nihil noui addit ad ius ciuile, & materia pœnæ procedit utroque iure, & quod tex.in dicta.l.5.§.fin.infra.eodem.correctus fuit a Iustiniano & amplius non procedit, ideo uolentes apponere pœnam dationi quantitatis, debent curare ut apponant pœnam facti uel alterius rei, quia tunc euitabunt talem suspitionem, & determinabitur, prout statim dicemus in prima. quæstio.

383 Expeditis † oppositionibus Bar. pro pleniori intelligentia materiæ format sex quæstiones necessarias & primo quærit, quid iuris sit quando pœna non fuit apposita de pecunia, sed de aliquo facto diuiduo uel indiuiduo, an idem sit quod supra positum fuit quando pœna certæ pecuniæ fuit promissa, & ipse pro resolutione constituit multos casus, primus casus est quãdo pœna, certæ pecuniæ fuit promissa, ut demonstrant uerba tex. nostri hic, & quoniam de ea tantum laborauimus non est necessarium amplius repetere, & ideo distinguendum est, & resoluẽdum ut supra. Secundus casus est quando facto diuiduo fuit apposita pœna facti diuidui, & Bart. hic determinat idem esse quod in pecunia, quia sicut illa potest committi pro parte ita & factum diuiduum potest committi pro parte contrafacientis tantum, uel etiam si occurrat ut insolidum committatur inter plures, potest postea peti pro portione uniuscuiusq;, quæ conclusio non habet difficultatem quando est factum penitus diuiduum, ut si respicit negotium pecuniarium, sed ubicunque factum respicit aliquam rem corporalem quæ pro parte solui non potest, & tunc est aliqua difficultas, ideo dicas ut in sequenti casu.

384 Tertius casus est † quando facto indiuiduo apponitur pœna facti diuidui, & in eo etiam Bartol. hic concludit quod idem sit sicut dictum fuit de pœna pecuniaria, quia licet pœna in indiuiduis cõmittatur insolidum, tamen postea exigitur contra omnes pro hæreditaria portione, unde idem est in facto diuiduo, quod est in pecunia, ex eo quia & ipsa committitur insolidum pro facto indiuiduo, & contra oẽs pro hæreditaria portione, ideo uidetur quod omnia procedant in facto diuiduo pœnali, quæ dicta sunt de pecunia, & hæc conclusio non habet difficultatem quando factum est penitus diuiduum, ut in negotio pecuniario, sed dubium est quid si aliquis promisit tradere rem seu rem restituere, quæ secundum declarationes supra positas sunt diuidua obligatione & indiuidua solutione, uel etiam promisisset dare domum uel fundum, uel promisisset amplius non agere ad domum uel fundum, uel rem ratam habere circa domum uel fundum, nam in omnibus istis casibus licet obligatio sit diuidua, tamen sunt indiuidua solutione secundum opinionem eiusdem Bar.infra in quinta quæstione ubi dicemus, sed tu potes dicere, quod si tenemus opinionem ut in omnibus dictis casibus factum sit diuiduum etiam solutione, cessabit difficultas, quia idem erit quod in pecunia, similiter si tu tenes quod in factis negatiuis & quando tractatur de retentione non habeat locum inconueniens.§.pro parte, quam supra sæpius tenui, & infra in quinta quæstione firmabo, tunc similiter cessabit difficultas, quia factum erit omnino diuiduum, & idem erit si pro pœna aliquis promisit dare rem, quia obligatio dandi similiter est diuidua.leg.secunda. §. & harum. supra. eodem. si uero tu tenes alias opiniones, quod obligatio, rem restitui & rem tradi, sit indiuidua solutione omnino, & quod stipulatio, amplius non agi uel rem ratam haberi de domo uel fundo, sit indiuidua solutione, tunc urgebit difficultas, tamen tunc tu poteris dicere quod pœna committatur pro parte hæreditaria contra omnes, quoniam diuidua est obligatio, tamen non tenebitur soluere partem debitam nisi sibi soluatur æstimatio partis non debitæ. arg.leg.lege falcidia interueniente.ff. ad leg. falcid.& leg. cum filius.ff.de leg.secundo.& l.loci.§.si iter. ff.si seruit.uendi.quæ iura proprie procedunt in hoc casu quamuis non procedant in casuP etri.

385 Quartus † casus est quando facto indiuiduo apposita fuit pœna facti indiuidui, & in hoc Bar. determinat quod est idem quod dictum est de pecunia, quoniam pœna tunc committitur insolidum, & nihil repugnat quod indiuiduum insolidum committatur contra omnes.argu.l.secunda.§.ex iis. supra eodem. etiam quod unus solus ex hæredibus contraueniat, & quamuis ipse non exprimat, tamen uult esse diuersum a pecunia, cum illa committatur contra omnes pro hæreditaria portione, & factum indiuiduum committitur contra omnes insolidum. Ruy. tamen tenebat quod imo non committitur nisi aduersus contra facientem tantum insolidum, quia unusquisque hæres potest solus insolidum obligari ex contractu defuncti.leg.continuus.§.fi.infra.eodem.

Secundo, quia pœna debet sequi suos authores, l. sancimus.C.de pœnis, & mitior pars in pœnis est eligenda, tertio, quia pœna debet esse æqualis delicto, l.Rescriptum.ff.de iis quib.ut indig. Quarto, quia est fauorabilior tam cohæredibus quam ipsi stipulatori, qui insolidum cum uno litem habebit. Quinto per l.in depositi. & l.si duo. ff. depositi. & hanc opinionem tenet & comprobat Marianus per multa uerba. & addit postea quomodo illud factum indiuiduum poterit præstari ab uno hærede tantum, si forsam pœna erit in dando seruitutem. sexto facit, quia in facto indiuiduo uno contrafaciente alii finguntur contra fecisse, quia alias stipulator remaneret in damno exigendo solam partem pœnæ, sed quando

committitur insolidum contra unum non est opus ista fictione, Alcia. tamen hic tenet communem opinionem, per rationem istius tex. quæ uult quod quilibet teneatur insolidum, quia pro parte peccari non potest, & ad rationes contrarias respondet ut per eum, tamen hæc sua ratio parum concludit, quia quando pro parte peccari non potest pœna committitur pro hæreditaria portione nō autē insolidū unde dicas communē opinionē omnino ueram, quia quādo est factū indiuiduū, per contrauētionē unius stipulator priuatur tota re, & defunctus uidetur cō trauenisse, & in consequentiā omnes hæredes qui eū repræsentant, sed quoniam pœna pecuniaria diuiditur per l. 12. tabularum, non potest exigi insolidum, & necessario agitur contra omnes, sed quando est factum indiuiduum pœna nec etiam diuiditur & insolidum committitur contra omnes, quia omnes repræsentant defunctum, ideo sicut in primitiua obligatione singuli hæredes tenentur insolidum, quamuis sit unica promissio. dicto. §. ex iis, ita etiam quando est pœna in singulis hæredibus committetur insolidum, quinimo hoc est necessarium in exemplo seruitutis & stipulationis per te non fieri, quia si committeretur contra unum insolidum ipse non posset eam præstare totam. l. est receptum. ff. communia prædiorum, & stipulator remaneret in damno, ideo opportet dicere, quod omnes hæredes tenentur insolidum, & contra singulos aget insolidum ad seruitutem, sicut in primitiua obligatione, dicto. §. ex iis, & non obstabit exceptio, quia plus non habet nisi quod sibi debetur, cum in talibus indiuiduis multiplicata solutio fieri debeat, solum ergo ipsi cohæredes agent ad interesse contra contrafacientem iudicio familiæ herciscundæ per dictum. §. item si in facto, & sic omnia procedunt quæ in pœna pecuniæ, nisi quod contra quemlibet committitur & agitur, & sub hoc casu potest contineri sexus quem posuit Ias. de pecunia, non tamen eodem modo determinando, ut si quis promisit dare centum & si non daret promisit seruitutem uel ire & agere, nam tunc stipulatio pecuniaria est indiuidua propter conditionem, dicta l. 5. §. fi. infra. eod. ideo pœna facti indiuidui committetur insolidum contra omnes, & aget stipulator insolidum contra omnes, ut ab omnibus consequatur dictam seruitutem, quia tenentur ex contractu defuncti, tamen postea recuperabūt interesse a contrafaciente per iudicium familiæ herciscundæ ut supra, & sic isti duo casus æqualiter debent determinari.

386 Quintus casus est † quando facto diuiduo apponitur pœna facti indiuidui uel constitutionis seruitutis, in quo secūdum omnes ipsi hæredes pro parte obligantur ad factum diuiduū in stipulatione principali promissum, sed est dubitatio quomodo obligentur ad pœnā, quoniā si esset pecuniaria nō teneretur nisi contrafaciens pro parte per istum text. sed cum ipsa cōsistat in facto indiuiduo dubitatur quomodo cōmittetur, cum pro parte præstari neq; deberi possit. Petrus tamen uolebat quod adhuc pœna cōmitteretur & deberetur pro parte, quia cōtrauētio non est nisi in parte, & stipulatoris nō interest nisi in illa parte, & ut prouideatur incommoditati, uoluit ꝙ si conueniatur ad partem debitam possit uti retentione donec sibi soluatur æstimatio facti indiuidui uel seruitutis, per l. in l. falcidia. ff. ad l. falc. & l. cum filius. ff. de leg. 2. & l. loci. §. 1. ff. si serui uendi. & sequitur Barto. hic sub dubio tamen. Alex. uero Aret. Roma. & Bologninus firmant hāc opinionem, quia non delinquit nisi in parte, & pœna non egreditur delictum. l. rescriptum, ff. de iis quibus vt indignis, & debet commensurari delicto per alia supra adducta in alio casu, & ad euitandam pœnam non debemus considerare naturam rei pœnalis, sed rei principaliter debitæ, quia accessorium sequitur naturam sui principalis regula accessorium. ff. de reg. iur. in 6. & c. 1. de præbend. in 6. facit etiam tex. in l. at eius. §. fi. cum l. sequenti. ff. de aqua pluuia. arcenda, cum declarationibus Bartol. ibi, & aliorum, uolentium quod quando opus est licite factum non debet destrui, & sufficit offerre pretium partis rei licite fabricatæ, aut condemnare reum ad æstimationem interesse pro parte, ut hic per eos, in qua determinatione præsupponunt quod unus hæres qui contrafecit tenetur ad partem seruitutis, & quod potest conueniri in solidum ut eam præstet totam recepta æstimatione aliarum partium, unde duæ nascuntur difficultates, una quomodo hæres solus posit integram seruitutem dare in fundo communi, cum nullus solus posit. l. fin. ff. communia prædiorum, secundo an sit uerum quod teneatur pro parte tantum, ad primum fatentur Doctores. quod solus hæres contrafaciens non potest imponere seruitutem in fundo communi, sed opportet quod cohæredes consentiant, dicta l. fin. quod faciliter facere poterunt quando stipulator debet offerre partem pretii, sed si non uolunt consentire non coguntur, & ipse contrafaciens tenebitur solum ad æstimationem partis, & hunc casum dicunt differre a præcedenti, in quo tenebantur consentire cum ipsi inciderant in pœnam, si tamen eueniret quod ille fundus fuisset adiudicatus contrafacienti, uel ille solus haberet partem suam sufficientem ad seruitutem, ipse solus conueniretur ad totam & teneretur præstare eā recepta prius æstimatione aliarum partium, ut in iuribus allegatis per Bar. Sed contra principalem decisionem Bart. ꝙ imo pœna committatur insolidum contra contrafacientē, tenebāt Imo. Raphael, Ang. Pau. & Ruy. & etiam hic refert Alcia. nu. 177. primo, quia sicut lex duodecim tabularū nō potuit diuidere obligationē primitiuā, ita nec etiam secundariam indiuidui, dicta l. hæredes. §. an ca. secundo, quia stipulatio pœnalis est principalis respectu rei suæ, & est ei parendum ac si esset facta stipulatio de seruitute sub conditione, si obseruauerit talem rem, ut per Barto. supra in octaua oppositione. Tertio, quia quando pœna est indiuidua, conditio stipulationis pœnalis est indiuidua, argum. l. cui fundus. ff. de condit. & demonstratio. ergo non debet posse committi nisi insolidum. Quarto, quia ubi tota pœnalis stipulatio residet in persona contrauenientis non potest committi nisi in solidū ēt quod esset adiecta facto diuiduo, ut hic in fi. item ex facto unius hæredis agitur insolidum. l. in comodato.

commodato §. quod ex facto.ff. commodati, & l.in depositi. & l.si duo.ff. depos.& ad iura Petri respondet, quod ibi seruitus debebatur pro parte, hic uero debetur insolidum, & quando debetur in pœnam, res efficitur indiuidua, nec ualet quod æstimatio sit præstanda, quia respondebat Alcia. quod in stipulatione non fuit aliquid dictum de ea, ergo non debet offerri, ut est tex.in l.prima.§. quamuis.ff. si quid in fraudem patroni, & l.interdum, ff.de aqua pluuia arcenda, facit l.filius familias, & l.si quis alicui, in uerbo licite, de leg. primo. præterea dicit Alcia. facit tex.i c.1.§.si uassallus, hic finitur lex Corradi, ubi si uassallus perdit feudum ex culpa non tenetur dominus offerre æstimationem melioramentorum quæ sunt inseparabilia a re, secus si sine culpa uassalli aperiatur feudum domino, licet indistincte si melioramenta essent separabilia dominus ea non lucraretur, ut ibi per cardinalem Alex.& cum uerba stipulationis, hoc non dicant, pro ommisso habendum est. l. quid quid adstringendæ.infra eodem.quia imo dicit ipse posse teneri opinionem Bal. hic quod in proposito casu pœna committatur contra omnes insolidum, quia contractus dicuntur indiuidui pluribus modis, & præsertim ratione rei, ut per Bar.in l.grege.§.illud.infra de fideiusso.

Sed tamen ab istis posset defensari opinio Petri, quam ultra Alex.& Roma. tenet etiam hic Ripp.& Maria. num. 215. per rationes omnes supra positas, & in præcedenti casu, & quia uerum est quod non contrauenit nisi in parte, ideo nisi pro parte debet incidere in pœnam, & quamuis seruitus sit indiuidua, tamen potest cum effectu deberi pro parte saltem per obstaculum exceptionis, dictis iuribus.nec obstat quod non fuit dictum de æstimatione, quia imo tacite uidetur actum quod debeatur, cum in facto diuiduo contrafaciens solum teneretur ad partem, non obstat quod se priuauerit iure petendi æstimationem, quia falsum est, dicta l.rescriptum.ff.de iis quibus, ut indig. non obstat illud de uassallo, quia ibi sumus in pœna legali in qua continentur etiam melioramenta, hic in conuentionali, non obstat quod amisit ius retinendi, quia negatur, per dictam l. rescriptum.non obstat quod obligatio pœnalis sit indiuidua quia esto quod sit, tamen potest in executione obstare exceptio, arg.l.si seruus.§. si plurium, supra si quis cautionibus, item quando deuenitur ad æstimationem tota est diuidua, non obstat quod stipulatio pœnalis sit principalis, quia esto quod ita sit tamen illa efficitur diuidua, quoniam conditio apposita facto diuiduo efficitur diuidua, argu.dictæ l.cui fundus, nec hic potest militare ratio quod omnes contrafecisse uidentur, quia conditio est diuidua, & obligatio hæreditaria diuidua, nec obstat quod tota stipulatio resideat contra contrauenientem, quia imo residet pro parte tantum propter conditionem indiuiduam. Non obstat dicta l. in depositi, & dicta l.qui duo.quia loquuntur de obligatione doli uel culpæ in interuertendo uel deteriorando, ut ibi dixi, hic in non obseruando, & sic opinio cõmunis uidetur æquior & tutior, addit tamen hic Marianus, quod executio non fiet ad seruitutem oblata æstimatione, quia non est iustum quod cohæredes teneantur constituere seruitutem, ne sequatur quod in facultate unius sit imponere seruitutem in fundo communi, sed solum potest ad æstimationem suæ partis soluendam, uel si conueniatur ad debitam partem ipse potest dicere separatum dare si offerratur æstimatio partis sicut dicitur in iuribus hic allegatis per Bartol.

387 Et prædicta † ego puto uera si nos tenemus opiniones, quod promissio facti diuidui remaneat in propria natura diuisionis, quamuis sit apposita pœna indiuidua, sed si tenemus aliam opinionem quod imo ista promissio facti diuidui efficiatur indiuidua propter pœnam, tunc ego puto opinionem Bal. ueriorem quod pœna committatur insolidum contra omnes hæredes, quæ opinio est multum sustentabilis & in puncto iuris uerior, quia nos uidemus quod promissio facti diuidui in persona principalis semper est indiuidua, & contraueniens pro parte tenetur ad totam pœnam, ut in hoc tex.secundum omnes idem hoc uidemus seruari in promissione pecuniæ, quæ efficitur indiuidua propter conditionem pœnalem, & ipsa committitur contra omnes, dicta leg.quinta.§. fin. & dicta l. hæredes.§.idem iuris, & idem est in promissione fundi.l. in executione.§.penul. infra eodem. & hoc operatur sola conditio, quamuis pœna pecuniaria sit diuidua, ergo eodem modo debemus dicere, quod quando est apposita pœna facti indiuidui, & promissio facti diuidui, efficiatur indiuidua, cum fortior sit ipsa pœna indiuidua quam sola conditio, & cum scirent pœnam non posse deberi nisi insolidum, considerauerunt etiam factum diuiduum insolidum præstari debere, maxime quia ut dicemus in quinta quæstione, cum magna difficultate potest effici diuiduum, ideo uoluerunt facere omnia indiuidua, quod potuerunt, dicta l.grege.§. illud, de fideiussoribus, ideo sequitur postea quod cum factum principale sit indiuiduum, uno contrafaciente pœna committitur insolidum contra omnes, & quoniam ipsa pœna non potest diuidi per legem, opportet quod insolidum debeatur, & a quocunque insolidum exigi possit, per dictam leg.secunda.§.ex iis, & cum omnes teneantur propter factum defuncti, & singuli conueniri possint, omnimodo cogentur præstare dictam seruitutem, & cessabunt difficultates quas ponebat Maria. & in effectu idem erit ac si facto indiuiduo esset apposita pœna facti indiuidui, & ita in effectu remanet quod in omnibus casibus in quibus pœna facti indiuidui apponitur semper pœna insolidum committitur contra omnes, & non interest an in principali stipulatione sit promissum indiuiduum, uel peccatum, uel fundus, uel factum diuiduum quoniam ex accidenti efficiuntur indiuidua, & cum pœna quoque non possit diuidi, necessario committitur & exigitur contra omnes insolidum, & præstabitur a singulis, si est seruitus uel factum quod per solutionem factam ab uno non est satisfactum ab aliis, sed si esset tale factum quod solutione facta ab uno prodesset in totum stipulatori, ut facere domum, & tunc ex una solutione cæteri liberarentur, & in quocunque

casu cohæredes patiantur aliquod detrimentum, poterunt illud repetere a contrafaciente. argu. dicti. §. item si in facto, & l. hæredes. §. an ea, cum aliis sequentibus.

388 Quartus est † articulus principalis in materia nostra, quomodo committantur stipulationes prætoriæ tam respectu interesse quam pœnæ, quem examinat Bart. hic in secunda quæstione principali sub colore de stipulatione de defendendo, quomodo cōmittatur. nam cum de facto euenisset sola dubitatio de stipulatione de defendendo quæ præstauit occasionem faciendi resolutionem in omnibus stipulationibus prætoriis, ideo sub ea continetur totus iste quartus articulus stipulationum.

Secūdo igitur quærit Bar. hic, quod si aliquis promisit iudicatum solui sub pœna, quæ promissio continet clausulam de defendendo l. iudicatum solui. infra iudicatum solui, & iste decedit pluribus hæredibus relictis, quorum aliqui defenderunt, & unus non defendit, dubitatur an pœna committatur contra omnes uel contra contrafacientem tantum, & refert opinionem antiquorum disputantium, an stipulatio de defendendo sit diuidua uel indiuidua secundum distinctionem tex. nostri, & cum quidam tenerent quod esset diuidua, dicebant pœnam committi pro parte tantum, per l. 2. §. incertam. infra de prætoriis stipulationibus. & l. pœnales. §. Iulianus, ad l. Fal. quæ ambæ loquuntur de stipulatione iudicatum solui continente dictam clausulam de defendendo, Petrus uero tenebat quod imo pœna committeretur contra omnes, quoniam stipulatio de defendendo dicitur esse indiuidua, & probabat per tex. infra in hac l. §. fi. dum loquitur de stipulatione duplæ quæ & ipsa continet clausulam de defendendo, & tamen in fi. dicit pœnam esse indiuiduam ex parte promissoris, & idem probat per tex. in l. iam tamen. §. si tamen plures. infra. iudicatum solui. ubi hæredes promissoris coguntur dare unum procuratorem.

Tertio probat per rationem assignatam in octaua oppositione, ꝙ quando quis potest pro alio facere pœna committitur contra omnes ex conuentione unius, quia faciens pro parte semper dicitur in negligentia non faciendo totum, sed unus cohæres potest pro cohærede defendere totam rem secundum eum, ergo nunquam adimpleuit pro parte sua, & ideo cōtra omnes committitur pœna, Bar. uero hic distinguit quæstionem, & unam partem facit, an clausula de defendendo sit diuidua, & aliam partē, dato quod sit indiuidua, quomodo debeat committi pœna, & quantū ad primū sequitur opinionē Petri ꝙ clausula de defendendo sit indiuidua, per iura allegata per ipsum, & addit tex. in l. cum ex causa. infra. eod. & l. ex clausula infra. iudicatū solui, & rationem quia hæres defendens pro parte non præstat tantā utilitatē stipulatori sicut si defenderet in totū quoniam nihilominus adhuc stipulatio pœnalis cōmittitur, & ipsi hæredes sunt in contumacia, quod non cōtingeret si fuisset obseruata in totū, ideo cōcludit, quod clausula de defendendo sit indiuidua, fallit quando actor consentit ut diuidatur, fallit quando defensio fit super pluribus actionibus, ut hic per eum.

389 Circa † secundam partem quæstionis, dato quod sit indiuidua recedit ab opinione Petri, & uult quod imo ipsa stipulatio committatur contra contra faciētem tantum, & fuit sua noua opinio, quam probat per tex. in dicto. §. Iulianus, ubi omnes stipulationes prætoriæ dicūtur diuiduæ quātū ad modū cōtraueniēdi, & includitur ēt qō de clausula de defendendo, unde dicit ꝙoēs stipulationes prætoriæ siue cōsistāt in dādo siue in faciendo, siue sint diuiduæ siue indiuiduæ, siue possit quis adimplere in totū uel nō possit semper cōmittūtur cōtra cōtrafacientē tātū ex propria natura attributa stipulationibus prætoriis quæ separātur ab omnibus aliis tā diuiduis quā īdiuiduis supra relatis, & etiam a stipulationibus dandi, & probat hanc uniuersalem per dictionem, omnes, l. Iulianus. ff. de leg. 3. cap. si Romanorum. 19. distinctio. & quod hoc sit in stipulationibus dandi probat per stipulationem iudicatū solui, quæ plærumque cōtinet dationem, & quod illud sit in stipulationibus indiuiduis probat, quia stipulatio dolū malū abesse & de defendēdo cōtinētur quæ sunt īdiuiduæ. d. l. ex clausula, & quod idē sit de diuiduis probat, quia clausula de defendendo aliquando est diuidua ut supra, & stipulatio rem ratā haberi quæ etiam est prætoria, & quod non intersit an possit in totum adimplere probat per clausulā de defendendo, & eandē generalem regulā probat per tex. in d. l. 2. §. incertam, ubi similiter dicitur quod stipulationes prætoriæ ibi nominatæ scinduntur inter hæredes, & probatur etiam, quia subdit postea, quamuis possit dici in aliis stipulationibus conditionē non mutari per hæredes, & sic separat prætorias ab aliis stipulationibus, cū dictio, quāuis, ibi stet aduersatiue, & loquatur de aliis stipulationibus, & rationem assignat, quia hoc uidemus seruari in bonæfidei iudicis, per l. in bonæfidei. supra depositi. propter æquitatem officii iudicis, quæ æquitas æqualiter militat in stipulationibus prætoriis, per l. in conuentionalibus. infra eod. & l. primam. §. fi. infra. de prætoriis stipulationibus, & ad dictam. §. ita tamē. uer. si tamē respōdet ꝙ ibi omnes hæredes cōtrauenerunt, ideo omnes tenentur & ampliat conclusionem suam, dicens quod si unus contrauenit, ille solus tenetur, si uero plures uel oēs cōtrauenerunt, omnes etiam tenētur, & ad tex. nostrum respondet, quod loquitur de stipulatione quæ non est prætoria, & ad dictam. l. cum ex causa, respondet quod loquitur de stipulatione quæ non est prætoria, cum stipulatio duplæ in uno solo casu sit prætoria, quando adhibetur pro seruo uēdito. leg. emptori. ff. de euictionibus. 2. responso, & l. quod si nolit. §. qui assidua, cum gl. ff. de ædilitio ædicto.

Propterea ipse Bar. resoluendo totum istum articulum prætoriarū stipulationū quomodo cōmittantur determinat ꝙ in uno principali semper dicitur indiuidua, per tex. nostrum in fi. & l. stipulatione de damno infecto. in hæredibus autē semper est diuidua, quia cōmittitur cōtra cōtrafacientē tantū & si oēs cōtrafecerūt omnes tenētur ex noua natura attributa prætoriis stipulationibus separatim ab omnibus aliis, ex cuius dictis ī effectu habes duas principales conclusiones, unā quæ dedit occasionē quæstioni, ꝙ stipulatio

stipulatio de defendendo dicitur esse indiuidua, alia q stipulationes prætoriæ habent separatam naturam quantum ad commissionem pœnæ, super quibus est insistendum separatim.

390† Circa primã† utrũ stipulatio de defendendo sit indiuidua, docto. hic late insistunt, & adducunt fundamenta ab utraq; parte quibus etiã respondet, ut articulus efficiat disputabilis, & pro opinione cómuni* q sit indiuidua, adducit tex. in hac lege, in fi. sed facilis est responsio, quia loquitur de promissore in quo omnes obligationes sunt indiuiduæ ut sæpius dictum fuit. & probaui supra in 13. no.

* Secundo allegat tex. in l. in exequtione. §. insolidũ. & l. cũ ex causa, inf. eod. sed respondet Raphael Cuma. nõ probare, qa loquunt de promissione defendendi circa spetiem quæ est indiuidua ne deueniat ad incõueniens q emptor consequat partẽ rei & partẽ quãtitatis, & inuitus incidat in cõmunioné. l. si nõ sorte. §. si centũ. de condictio. indeb. cũ alias non esset empturus uerisimiliter. l. si quis aliã de solutionibus. & confirmat Rip. quia tex. ille non dicit simpliciter q uenditio sit defendẽda insolidũ sed illa tantũ cuius indiuisa natura sit, & ideo præsupponit aliq̃ esse diuiduam, alia etiã potest dari responsio quã sup. posui, quia respectu rei ipsius defensio est diuidua, sed habito respectu q aliquis promisit defendere uenditionem ipsam in omni parte, & plus est promittere defendere uenditionem ipsam quæ indiuidua est q̃ defendere rẽ ipsam simpliciter Secundo respondet Maria. ibi non probari quod defensio sui natura sit indiuidua, sed quia ipsa uenditio est indiuidua ipsa quoque defensio efficitur indiuidua. arg. l. si quis aliã, & l. cũ eiusdẽ. ff. de ædil. ædicto. & sufficit uoluntas, ut per Bar. in d. l. grege. §. illud. de fideiusso.

Tertio allegatur tex. in l. cum ex clausula. infra iudicatum solui. sed respondetur primo quod loquit de principali promissione secundum unum intellectum glos. ibi, quæ tñ responsio dubia est, quia loquitur de interesse quod semper est diuiduum, ut per Bar. in d. l. stipulationes. 9. oppo. unde Rippa respondet, quod ibi dicit agi insolidum ad interesse si pro parte res non defendatur, non quia defensio sit indiuidua, sed quia stipulatore nolente agere pro parte interest stipulatoris insolidum, qñ uero reus recusat defendere insolidum, & actor nolit agere pro parte, necessario interesse committitur in totũ, uel põt respõderi q in stipulutione ob rẽ defensam stipulatio cõtinet clausulã doli mali, si dictũ fuit ob rẽ nõ defensam dolo malo. ideo est indiuidua, ut in d. §. itẽ. si in facto.

Quarto adducitur tex. in l. iam tamen. §. si tamen plures. infra iudicatum solui. respondetur q uidetur probare contrarium, quia loquitur de lite incohata cum defuncto, & uult quod hæredes dent unum procuratorem sicut defunctus, nam si incoharetur in persona hæredũ. quilibet posset separatim constituere suum procuratorem pro parte, & pro parte defendere, ut ibi tenet Bar. & ante eum glo. in l. si quis procuratoré. §. unus. ff. de procuratoribus. itẽ dicitur ibi omnes debere dare procuratorem ne defensio scisa incommodet actorem, ergo sui natura est diuidua, quamuis scisa incommoda re possit, & hoc etiam dicit hic Maria.

Quinto adducit tex. in l. si cũ uno. ff. si ex noxa. caus. aga. allegat. hic per Alex. & per Bar. in d. §. Iulianus. respõdet Rip. ut per eundẽBar. in l. si cõmunes. ff. de negotiis gestis. secundo respõdet Maria. q qlibet ex dominis tenet actione noxali ad dãdum seruũ pro noxa insolidum. l. si seruus communis. eod. tit. ut damnum passus habeat utilitatem plenam, non ex capite quia defensio sit indiuidua.

Sexto Bar. adducit hic rationẽ quod factũ efficitur indiuiduum qñ non affert utilitatẽ in parte sicut in toto, sed defensio pro parte non affert utilitatem sicut in toto, d. l. iam tñ. §. si tñ plures. ergo debet esse indiuidua. sed respõdet Rip. quod Bar. non bene dicit. nec probat minorẽ, quia in proposito illud dicit indiuiduũ quod nõ affert tantã utilitatem in parte sicut in toto considerata utilitate stipulatoris, d. l. in exequtione & docet Bar. in d. l. stipulationes. in 3. quæstio. hic uero cõsiderat utilitatẽ respectu promissoris. itẽ dictus. §. si plures loquitur de lite incohata cum defuncto ut ipsi hæredes posint constituere separatim procuratores secundum Bar. ibi, & hoc etiam tenet hic Maria.

Septimo adducitur tex. inf. in hac lege. §. fi. sed respondetur q ille tex. loquit de stipulatione duplę quæ non est prætoria, itẽ loquit de ipso principali, nõ autem dicit quod in ipsis hæredibus dicatur esse indiuidua, Et sic apparet quod opinio communis, quod defensio sit indiuidua, non plene probatur, quamuis apparenter uideantur iura allegata multum concludere.

391 Cõtrariã ideo† opinionẽ q imo sit diuidua, tenuit Raphael Cuma. & Ruy. hic pro eius opinione adducit argumentũ Bar. retorquendo, qa imo defẽsio in parte affert tãtã utilitatẽ respectu partis sicut in toto respectu totius, pbat in d. §. si tñ plures.

Secũdo, adducit, qa obligatio de nõ agendo est diuidua ut hic, ergo eod. modo & obligatio de defẽdẽdo, ppter naturã correlatiuorũ. arg. l. fi. C. de indi. uidui. tolléd. & l. unica. C. de cupressis. lib. xi. & q sint correlatiua pbat, qa exceptio est actionis exclusio, l. ij. ff. de exceptionib. sed respõdet ad primũ, q illud ibi nõ est ratione defẽsionis sed ratione éptionis q̃ est indiuidua, & dũ dicis q affert utilitatẽ, respõdet uerũ esse cõsentiẽte actore, sed si nõ cõsẽtit nõ affert utilitatẽ, & cũ admittat eius uolũtas, app q non est tãta utilitas. Ad secundũ respõdet Ias. hic. negãdo assũptũ, q agere & defẽdere sint correlatiua, cũ aliquis possit agere licet nullus defẽdat, ut si reus cõfiteatur se debitorẽ uel reus latitet, quo casu fit missio in possessionẽ. l. Fulcinius. ff. ex qbus caus. in poss. eatur. & ad illud q amplius nõ agere sit diuiduũ, respõdet q affert utilitate in parte sicut in toto, hic autẽ non affert utilitatẽ in parte, ut dicitur in d. l. cũ ex causa. duplicat Rippa. quod imo nemo põt se defendere nisi prius cõueniatur, ergo defensio & conuentio sunt correlatiua, præterea etiam quod reus sit contumax iudex supplet defensionem in pluribus, ut per Bar. in auth. qui semel. Co. quomodo & quando iudex. tu potes triplicare, nam dato quod

essent correlatiua, tamen non sequitur quod habent eandem naturam, sicut nec uxor & maritus, & dominus & seruus, item tenet argumentum quando militat eadem ratio, ut in d.l.fi. sed hic nõ militat eadem ratio, ut sup. dictum fuit, quia defensio non affert utilitatem in parte sicut in toto, quia si pro parte agis pro parte fit defensio. in uero agis insolidum defensio quoque fieri debet in solidum, & non pro parte, unde datis paribus terminis est eadem dispositio in dictis correlatiuis, sed cum hic præsupponatur quod agatur ad totũ, defensio pro parte non põt afferre utilitatẽ, nam defensio potest considerari duobus modis, primo respectu rei, & ipsa est diuidua quando lis fit de parte. l. ex mille. ff. de euictionibus. Secundo respectu personarum, & tunc est indiuidua. Tertio respectu causæ, & tunc semper est indiuidua, quia oportet quod oẽs faciant easdẽ exceptiones, & si unus opponit unam & alter aliam, nulla est perfecta, qm̃ unus heres non est procurator alterius hæredis. ut posint inuicem unus pro alio defensionem plenã facere. unde apparet quod una ratio Petri quæ tamen uidetur approbari falsa est, ex eo quia assumptũ est falsum quod unus hæres pro alio possit facere plænam decisionẽ, cum imo totum cõtrarium sit uerum quod unus non possit pro alio defendere etiam quod opponat oẽs exceptiones cũ sit opus ut sit procurator aliorum cohæredum, & hac de causa fuit introductum quod oẽs simul faciant unum procuratorem qui opponat exceptiones nomine omniũ, hæc tamen sola causa non facit defensionem diuiduam, quia nec unus põt dare seruitutem pro alio, & tamen ipsa est indiuidua & nõ semper ꝓcedit ratio assignata in octaua oppositione quod factum sit diuiduum, quia non potest unus pro alio facere, & in datione potest unus ꝓ alio dare, non semper concludit, ut etiã ibi dixi.

Tertio per Cuma, adducitur tex. in d.l. cum ex causa. intra eod. & l. in exequtione. §. insolidũ. ubi dicitur quod omnes heredes sunt denuntiandi collectiue, & omnes debent defendere, secundum Bar. in l. in hoc articulo, ff. de heredib. instituend. ergo obligatio defendendi est indiuidua, cũ alias a quolibet posset integra pœna peti dicto. §. ex iis ut hic inducit Rip. sed respondetur quod hoc non infert quod sit diuidua, quia etiam in indiuiduis oportet omnes hæredes denuntiari, quia tractatur de eorum interesse, cum & ipsi teneantur ad suam portionem pœnę incursæ. ut demonstrat ille tex. & in dicta l. ex clausula.

Quarto adducitur tex. in l. cum a matre. Co. de rei uendicatione, ubi filius uendicat fundum uenditum a matre pro ea portione pro qua non est hæres, ergo non tenetur defendere insolidũ, alias teneretur non offendere, & sic nihil petere. l. frater a fratre, ff. de condictio. ind. nec dicatur quod ibi non tenebatur defendere, quia ille sciens emerat rem alienam l. fundum sciens. C. de euictionibus, quia idem est si emisset ignoranter. l. aduersus. Co. eodem. ut per glo. & docto. in dict. l. cum a matre. sed respondetur quod ibi defensio non est promissa, hic quando est promissa. sed tunc obstat lex si plus. §. cum motam. ff. de euictionibus. ubi uenditor ex natura contractus conuenitur ad defendendum, ergo sine promissione tenetur defendere, ergo pro parte tantum. quia si in totum. sequeretur quod non posset defendere in aliqua parte, ergo defendere pro parte qua est hæres tenetur non autem in totum, & per conseqnens est diuidua defensio, sed potes replicare quod uenditor non conuenitur ad ordinatam defensionem sed solum ad finem ut emptor possit agere ad prætium ne uenditor possit dicere se sciuisse non fuisse euictam, & si filius propter non defensam rem conuenitur ad prætium, tenebitur pro sua parte & si pro sua parte non uendicat soli cohæredes tenebuntur ad prætium, & quod uenditor non teneatur defendere sed solum instruere tenet Fulgo. in dicto, §. cum mota, & Ias. & communiter* alii in l. uenditor. ff. de uerbo obligat. reprehendẽdo. Bar. ibi.

Quinto Maria. inducit l. fi. sup. iudicatum solui. sed respondent docto. ibi quod ex diuersis clausulis committitur contra diuersos ut dixi, non autem ex unica clausula, & ille tex. loquitur de parte diuisa, & unusquisque partem suam defendebat, non autem de defensione unius partis tantũ.

Sexto allegatur ratio, quia si esset indiuidua nõ posset effici diuidua per stipulationem. cuius contrarium dicitur in dict. l. ita tamen. §. si plures. sed respondetur quod defensio est indiuidua propter utilitatem stipulatoris non autem ex sui natura, unde ipse potest renuntiare huic utilitati, sicut dicitur de pœna pecuniaria quæ est indiuidua in obligatione dandi propter utilitatem stipulatoris, dicta l. 5. §. fi. in fi. infra eodem.

Septimo adducitur, quia si defensio esset indiuidua plures hæredes ad eam insolidum tenerentur, & satis esset agere contra unum insolidum, & solidum posset consequi ab eo. l. ij. §. ex iis. sup. eodem. quod tamen est falsum, quia opportet ut omnibus consulatur & denuntietur omnibus, & omnes conueniantur. d. l. cum ex causa, & dicto. §. insolidum. inf. eodem. sed respondetur quod non sequitur per ea quæ statim dicemus.

Octauo adducitur lex ex mille. ff. de euictionib. quæ uг̃ multũ cõcludẽter ꝓbare ꝙ solũ agatur ad partẽ, sed tu responde ꝙ ibi actio, & euictio fiebat pro parte tãtũ, unde defensio necessaria fit de parte, sed ipsa est unũ totũ respectu totius rei, Secundo responde, ꝙ ibi defensio non fuit ꝓmissa, & qñ non est promissa illa nõ debet præcise exhiberi a uẽditore nã dolũ tunc fit denũtiatio ei ut assistant & instruãt ne possit allegare negligentiã uel collusionẽ, tñ defẽdere non tenet̃ ut incidat in pœnã & interesse. si non faciat, ut uoluit Fulgosius Paul. Alex. Ias. reprehẽdentes Bar. in d. l. uenditoris. inf. eodem. item Fulgo, in l. si plus. §. cum mota. ff. de euictioni. ex quo sequitur quod ex natura contractus defensio non debetur. & tota ista materia procedit quando promissa fuit defensio per se uel per stipulationem duplæ. Propterea apparet quod etiam adducta contra communẽ non probantur.

392 Tu autem †pro resolutione concordando opiniones potes distinguere, & considera quod sup. se pius

pius dixi, quia quando facta exercentur circa aliquam rem dicuntur diuidua uel indiuidua secundum naturam rei cui adhærent, quia cum sint accessoria transeunt in naturam rei cui deseruiunt, ut sæpius dictum fuit, igitur in hac quæstione opportet considerare ad quid fiat defensio, & cui rei deseruiat, & si defensio sit fienda de fundo mille iugerum qui diuisus naturaliter in plures partes affert utilitatem in parte sicut in toto, & tunc defensio reputari poterit diuidua propter rem cui seruit quæ est diuidua naturaliter & ciuiliter propter plænam utilitatem partium, & si eueniret quod ille fundus esset centum iugerum cum una domo & uineola & orto in qua habitarent laboratores, si defenderes quinquaginta iugera separata a domo uinea uel orto, non esset eadem utilitas cum non haberet comoditatem habitationis colonorum, & alia pars non haberet utilitatem introitus sufficientes, ideo talis fundus reputaretur indiuiduus destinatione patris familias, & per consequens defensio pro parte non afferret utilitatem plænam partis, & defensio diceretur indiuidua, quia quando tenuis est fundus non potest inuenire plærunque nisi laboratores pauperes, qui propter indigentiã non possunt cultiuare agrum eo modo quo indigeret ad producẽdos fructus quos produceret bene cultiuatus, & idem euenit in domo quæ non recipit comodam habitationem duarum familiarũ neque comodam diuisionem, ut in.§.quod si comode,& §. eadem.insti.de officio iudicis. Tertio etiam res efficitur indiuidua ex intentione partium,attento quod qui emit fundum integrũ cogitat de toto & nõ emisset partem.l.si quis aliam ff.de solutionibus.& l.cum eiusdem.ff.de ædilitio edicto.& l. quod si uno. ff.de in diem adiectione. & sufficit uoluntas & intentio partium ad faciendum rem indiuiduam,ut per Bartol.in l. grege.§. illud.ff.de fideiusso.ideo sequitur quod nullũ est inconueniens,imo rationabile & probabile quod defensio aliquando sit diuidua & aliquando indiuidua, ac quoque indiuidua efficiatur diuidua ex uoluntate stipulatoris, & si stipulator contentatur quod fiat defensio pro parte erit diuidua,& si contradicit efficeretur indiuidua,quia omnis res propter intentionem & utilitatem stipulatoris efficitur indiuidua,per consequens & defẽsio,& hoc modo intelligitur text. in dicto §. si tamen plures. & text.in dicta l. ex mille.ff.de euict. in quibus tantum laborauerunt docto. & possunt concordari iura quæ aliquando dicunt defensionem diuiduam,& aliquando indiuiduam.

393 Rursus † aduertendum est.quod defensio potest considerari respectu ipsius rei,ut ex defensione habeatur utilitas rei,& tunc defensio efficitur diuidua & indiuidua secundum quod ipsa res recipit comodam uel non comodam diuisionem naturaliter uel accidentaliter ex destinatione stipulatoris. item potest considerari defensio respectu sui, prout ipsum defendere in substantia est factũ ipsorum defendentium, & tunc dicitur esse omni respectu indiuidua.sicut facere domum & scribere librum per se considerata,cum omnia facta futura non sint in rerum natura nisi per complementum possunt recipere formam.l.si is qui quadringenta.§.quędam.ff.ad l.falcidiam. & ideo necessario sunt indiuidua.quoniam quę non sunt in rerũ natura non possunt recipere diuisionem, neque aliam qualitatem.l.eius qui in prouintia.ff.si. cer. pe.& dixi in præmissis.

394 Tertio defensio † potest considerari respectu personæ,ut quis promittat aliquam personam defendere a molestiis aliquorũ in ipsa re,& tunc etiam reputabitur indiuidua,quia homo pro parte non potest defendi & pro parte nõ, igitur si eueniret quod omnes hęredes denuntiati comparerent ad defendendum totam rem, & nullus esset effectus respectu hæredum & rei,tamen ipsi postea nõ perseuerarent in lite, sed deficerent in non examinandò testes,uel non faciendo repulsã ad eos,uel nõ opponendo exceptiones peremptorias, uel allegationes,& alia necessaria ad litis complementũ non dicerentur defendere,& nihil fecisse uiderentur,& inciderent in totã pœnã,quia uere nihil fecissent,ex quo non complerent,& nõ darẽt formã facto suo.d.l.si is qui quadringenta.§.quædam.ex quo sequit̃ ꝙ Rip.Maria.& Alcia.hic non bene dixerunt, dũ uoluerunt defensionẽ sui natura esse diuiduã,quia imo in sui natura sẽper est indiuidua, cõsiderando eã tanꝗ factũ,& solum põt effici diuidua considerãdo eã respectu rei defendendæ quæ possit recipere comodã diuisionẽ afferrendo utilitatẽ in parte sicut in toto respectu totius,nã tunc factum indiuiduum accessorium rei diuiduæ consideratur ut diuiduum, sicut dicitur de datione. l. in facto.de conditio.& demonstratio.coniuncta l. ij.supra eodem.ut supra dixi.

395 Præterea † etiam aduertendum est, quod defensio respectu ipsorũ defendentium põt esse diuidua & indiuidua,& erit diuidua si forsan ex tribus uel quatuor capitibus possit euinci,& unus hæres defendat ab uno capite & alius ab alio.quia tot sunt defensiones quot sunt lites seu actiones motæ .ut per Bar.hic,& glo.in d.§.si tamen plures.in uerbo desiderante.tamen si uenditor promisisset defendere ab omnibus capitibus & ab omnibus litibus ipsi inciderent in pœnã si in una lite tantum non fuisset facta defensio,cũ tantũ damnum affert euictio de ipsa re per unã actionẽ tantũ, sicut si esset euicta ex omnibus causis,& actionibus, ut in simili dr̃ in d.§.itẽ si in facto,& d.l.in exequtione.§.ꝙ si stipulatus ꝓ uno hærede cõtrafaciẽte & oẽs incidũt in pœnã,q̃a stipulator priuat̃ tota comoditate cõtractus,& tñ damnũ facit ille solus quãtũ oẽs facerent,sed si uariæ actiones & causæ respicerent partes diuisas,q̃a fuisset facti plures cõtractus uarii de pluribus partibus fũdi ꝓ diuiso, ꝓut solent facere ꝓdigi ꝑ partes agros suos alienando põa totum promisissent de euictione,& hæredes diuisissent illas partes uario modo alienatas,assignando singulis illas singulas, & tunc posset esse diuidua respectu hæredum defendentium, cũ ex negligentia unius priuaret̃ tantũmodo illa parte,& factum defensionis reputaret̃ diuiduum uel saltem

obstaret exceptio, argum. text. in dicta l. si seruus, §. si plurium. posset tamen & hoc casu effici indiuidua si stipulator emisset totã rẽ cũ intentione ut integrã haberet propter suas cõmoditates, & tunc etiam efficeretur indiuidua, quia partes remanẽtes nõ afferrẽt tãtã utilitatẽ sicut oẽs simul, & maxime quia incideret in communionem quæ affert maxima incomoda, dicta. l. si non sortem. §. si centum, de condictione indebiti.

396 Rursus† propter ipsos hæredes põt esse diuidua uel indiuidua defensio, siue agatur ad defensionẽ totius rei uel partis, tñ ipsa res pertinet ad oẽs ꝑ indiuiso, quo casu unusquisq; habet partẽ in quolibet cespite terræ uel serui. ut no. in l. Meuio. §. duobus. ff. de leg. ij. nã hoc casu esset indiuidua, qm̃ nõ posset quis defendere partẽ suã liberã, qm̃ nullam partem integrã stipulator consequeretur, & si eueniret ꝙ stipulator denuntiaret omnibus hæredibus excepto uno, & ipsi nõ defenderẽt, negligẽtia illorũ nõ noceret alteri nõ denuntiato, & posset dicere ille hæres ꝙ si fuisset denuntiatus collegisset simul oẽs hæredes, & inuenisset scripturas & aduocatos bonos & procuratores & incitasset eos authoritate sua, & diligẽtia taliter ꝙ defendissent perfecte, & hoc casu uñ procedere. l. exequtione §. insolidũ, inf. eod. idcirco uideẽ ꝙ ille omnino non incidat in pœnã, & nec etiã alii ꝑpter illũ unum, qa denũtiatio uñ nulla, sicut electio est nulla qñ oẽs canonici sunt citati excepto uno. cap. in Genesi. de electione. & clare dñ in d. l. cũ ex clausula. inf. eod. ibi, uno deficiẽte oẽs defecisse uident, unde solet dici quod plus uitiat actum unus solus spretus q̃ decẽ uocati, & cõtradicentes, dic. cap. in Genesi. & no. in cap. ij. de arbitris. qa ille solus potuisset cũ suis rationibns trahere alios in suam sententiã, ut ibidẽ dicitur, & in capit. Bonæ. de electione. sed si eueniret ꝙ oẽs essent denũtiati, & unus solus põa defenderet, & alii essent negligẽtes, eius defensio etiã esset indiuidua, quia si uincit omnibus uincit & si ammittit oĩbus ammittit, & per illũ solũ oẽs uincũt & oẽs uincũtur, ut dicit tex. in d. l. pœnales §. Iulianus. & dic. l. loci corpus. §. si fundus. si serui. uend. cũ glo. & l. si rẽ quę. ff. de euictionibus. posset tñ aduersarius impedire defensionẽ istius solius, allegãdo quod ipse nõ põt cõparere nisi pro una parte, & pro parte alio respectu nihil põt allegare, quia nõ est eorũ procuraror. unde & in hoc casu defẽsio esset indiuidua, quia pro parte sua esset imperfecta, cũ non defenderet aliquã certã partẽ & ideo ipse quoque simul cum aliis inciderent in pœnam, quia nõ potest ipse defendere nisi alii defendant, ut inquit tex. in d. l. cũ ex causa. inf. eodẽ.

397 Præterea† quoque respectu hæredum uel pluriũ principalium efficitur defensio indiuidua, ut in casu l. si cum uno. ff. si ex noxa. caus. aga. qñ impugnatio tendit ad totam rẽ, ut quod seruus delinquens detur pro noxa, nam actor debet habere totũ seruum, & si comparet unus dominus pro defendendo seruum communem nõ dicitur pro parte sua defendere, & necessario defensio dicitur esse indiuidua, quia exequtio non potest fieri nisi de toto, ergo & res in totum defendi debet. & defẽsio partis non prodest. & tunc committeretur tota pœna etiam pro parte defendentis, quia nõ haberet utilitatem in parte sicut in toto, sicut dicitur in l. hæredes. §. idem iuris. & §. sequenti. ff. famil. hærciscũdæ, ubi non prodest partẽ suã dare nisi tota def.

398 Præterea† propter ipsos hæredes defensio efficitur indiuidua ratione inordinatæ defensionis, ut si omnes hæredes denuntiati compareant in iudicio, dicentes se uelle defendere, tamen postea allegant contraria, & allegant exceptiones dilatorias uarias, & aliqui opponunt, & alii non opponunt, taliter quod grauatur iudex & actor in dando dilationes, & propter talem incommoditatem efficitur defensio indiuidua, & opportet quod ipsi hæredes denuntiati dent unicum procuratorẽ qui nomine omnium defendat & alleget ordinatas exceptiones. dicta l. iam tamen. §. si plures, inf. iudicatum solui. & hoc modo potest etiam intelligi dicta l. cum ex causa, infra eodem.

Præterea & septimo dicitur esse indiuidua defensio ratione contractus, ut si stipulator non accepisset partem nisi putasset habere totum, dicta l. si quis aliam, de solutionibus, cum concordantibus, uel quia etiam in contractu apposuisset clausulas solitas, quod promittit ratum & gratum habere totum contractum & in omnibus adimplere & in nulla parte contrauenire, & tunc etiam ratione intentionis & defensionis factum ipsum defensionis efficeretur indiuiduum, quia non afferret utilitatem in parte sicut in toto, ut habetur in dicta l. Grecæ. §. illud inf. de fideiussoribus. item potest dici indiuidua ratione doli, ut si unus non potest præstare totum, dicta l. cum uno, & dicta l. cum ex clausula, infra iudicatum solui.

399 Ex quibus† apparet quod docto. in hac quæstione imperfectissime locuti fuerunt, & quod utraque opinio potest esse uera, nam cum hoc factum defensionis explicetur circa rem deductam in esse, & ipsa res recipiat comodam diuisionem, reputabitur diuiduum propter accessionem, sed tamen quia ista æqualitas in partibus raro reperitur, omnibus simul congestis, apparet quod communis *opinio est uera, ut defensio sit indiuidua, quoniã primo sui natura & in sui substantia est indiuidua sicut cætera facta, itẽ est indiuidua ratione rei quãdo ipsa non recipit comodam diuisionem. itẽ est indiuidua ratione inordinatæ defensionis si non concordant in defendendo, dicto §. si tamen plures. Tertio dicitur indiuidua ratione denuntiationis quia omnes sunt denuntiandi, dicta l. cum ex causa. infra eod. Quarto dicitur indiuidua uno defendente tantum, siue uincat siue uincatur, dicta l. si rem quæ. §. primo. ff. de euictionibus. quãdo res est plurium. Quinto dicitur indiuidua ratione causarũ uel actionũ, qa non sufficit defendere in tribus nisi defẽdatur a quarta quæ euincit totã uel maiorẽ partẽ rei. arg. dictæ l. 3. in fi. supra eodem. Sexto dicitur indiuidua quando ipsi possidẽt rem pro indiuiso, cum defensio unius non præstet utilitatem sicut in aliis partibus, item ex multis aliis rationibus supra declaratis.

400 Per quæ† habes declaratã totã materiã factorũ exer-

exercendorũ circa rẽ deductã in esse, quomodo cognoscãtur an sint diuidua uel indiuidua, nã resolutio danda est q̃ dixi in præmissis, & per hic dic. perficiẽda, quia si factũ respicit rẽ indiuiduã omnino dr̃ indiuiduũ, si uero respicit rẽ omnino diuiduã, tunc efficitur diuiduũ. si uero respicit rẽ quæ põt esse diuidua uel indiuidua ex uariis causis, & tũc reputabit̃ diuiduũ uel indiuiduũ secundũ ipsam rẽ, quomodo autẽ cognoscatur an res sit diuidua uel indiuidua habes declaratũ suprà quoniã considerando uariis respectibus potest effici diuidua uel indiuidua, & apparet quod nullum factum potest absolute dici diuiduum.

401 Item etiã†habes quomodo stipulatio (amplius non agi & rẽ ratam haberi) possit esse diuidua, & quomodo etiam ex uariis accidentibus põt effici indiuidua, & recurrendo semper ad prædictã theoricam poteris te resoluere quomodo dicatur diuidua uel indiuidua cum additionibus tamen quas etiam faciemus post Bar. inf. in 5. & 6. quęstione, & apparet quod est magis dificile cognoscere quãdo factũ est diuiduũ uel indiuiduũ, quã cognoscere quomodo pœna cõmittatur, hoc tamen pertinet proprie ad l. stiputationes, inf. eod. quo cognito postea ꝓ materiã. §. nostri declarat̃ quomodo pœna debeat cõmitti contra principales hæredes.

402 Secũda†est principalis pars istius articuli, quomodo stipulationes prætoriæ cõmittant̃, in qua Bar. ut diximus dat generalem resolutionẽ, ꝙ oẽs stipulationes prætorię siue cõsistãt in dando siue in faciẽdo, siue in factis diuiduis uel indiuiduis, siue possint uel nõ possunt ab uno præstari, sẽper cõmittunt̃ cõtra cõtrafacientẽ tm̃, & in fauorẽ illius solius q̃ fuit impeditus, & sequunt̃ cõmuniter * doct. quæ tñ resolutio recipit multas difficultates & repugnãtias. nã primo nõ bene ꝓbatur per dic. §. Iulianus. neq; per dictũ. §. incerta, ex eo quia nõ ꝓbant de stipulationibus prætoriis qñ est apposita pœna ꝓut inf. late discutiemus, unde nõ uidetur ꝙ tã magna restrictio ad tex. nostrũ dari debeat sine legibus expresse loquẽtibus, cũ contradicat in factis indiuiduis, ut pœna cõmittatur contra unũ tm̃, & in obligationibus dãdi eodẽ modo. itẽ cõtradicit in obligationibus faciẽdi, qm̃ pœna cõmittitur insolidũ cõtra unũ, & in factis diuiduis pœna cõmittitur ꝓ parte cõtrafaciẽtis tm̃, ut in hoc tex. itẽ ratio assignata per Bar. est falsa & non cõcludens, qa fundat se in l. in depositi. sup. depositi, & ꝙ in cõtractibus bonæ fidei pœna cõmittatur cõtra cõtrafacientẽ tm̃, ꝙ nos sup. clare reprobauimus, & bona fides nõ põt facere per officiũ iudicis ꝙ ille q̃ non est obligatus ad totã pœnã possit cõueniri ultra partẽ ad q̃ tenetur. Tertio implicat cõtradictionẽ, qa uult ꝙ facta indiuidua, in substãtia sint indiuidua, & tñ postea quantũ ad cõmissionẽ pœnæ sint diuidua, ꝙ est implicare cõtradictionẽ. itẽ & facta diuidua sui natura postea quantum ad cõmissionẽ pœnæ dicãtur indiuidua, cum unus obligẽt ad solidũ, itẽ & etiã implicat cõtradictionẽ & impossibilitatẽ, qa si factũ est diuiduũ obligatio principalis & pœna diuiditur, per l. inter hęredes, unde est absurdũ, & quoddã mõstrũ in legibus ꝙ qui debet partẽ cõueniatur ad totũ cũ effectu exactionis. §. plus autẽ. insti. de actionibus. & in factis indiuiduis est aliud absurdũ, qa licet pœna cõmittatur insolidũ tñ põa eã diuidit lex duodecim tabularũ & obligat hæredes ad partem, unde non possunt hæredes insolidum conueniri, & ad euitãdũ hoc incõueniens introductũ fuit ꝙ oẽs conueniãtur ꝓ portione hæreditaria, & põa q̃ nõ cõtrauenerunt repetant ab eo qui contrauenit. dicto. §. item si in facto, & plene dictum fuit supra in no.

403 Augetur†difficultas, qa doct. nõ expresserunt quæ dicantur esse stipulationes prætoriæ, & adhuc ambiguũ est nedũ inter doct. sed etiã inter iurisconsultos q̃ dicãtur stipulationes p̃toriæ, nã & iurisconsulti uarii sunt, cũ in l. 5. §. prætoriæ. inf. eodẽ. & in. §. prætoriæ. insti. de diuisione stipulationũ uno modo capiãtur stipulationes prætoriæ, & alio modo capiãtur in l. j. & ꝑ totũ inf. de prætor. stipulationibus, & alio modo in l. iubere cauere. sup. de iurisdictione omniũ iudicũ. & glo. quoq; sunt uariæ in d. l. j. de prætoriis stipulationibus, & in d. l. iubere cauere, & d. l. 5. §. prætoriæ. & Theophilus insti. de diuisio. stipulationũ. §. prætoriæ. iura quoq; inuicẽ se inculcãt, cũ iudiciales & cõmunes aliqñ appellẽtur prætoriæ, & aliqñ separẽtur. itẽ dixit Azo. in summa. ff. de prætor. stipulationibus, ꝙ stipulationes duobus modis capiũtur, uno modo ꝓprie & strictę, & dicũtur esse illæ q̃ sunt inuẽtæ ex iurisdictione & ædictis prætorũ, Alio modo magis large capiãtur ut nedũ ueniãt illæ q̃ sunt inuẽtæ a prętore sed etiã illæ q̃ sunt ciuiles & cõfirmatæ a prætore ꝑ ædicta cõfirmãtia decisiones ciuiles, sicut obligationes naturales dicũtur ciuiles quæ sunt confirmatę a iure ciuili. §. primo. insti. de obligationibus. arg. l. ius autem ciuile. ff. de iusti. & iure.

Paul. de castro in d. l. j. inf. de p̃toriis stipulationibus dixit ꝙ glo. nunq̃ sciuerũt extricare pedes ab hoc cõtrario, ipse autẽ dicit quod stipulationes oẽs aut sũt ciuiles aut sũt prætoriæ. ciuiles sunt illæ q̃ nominant̃ in d. l. 5. inf. eod. & distingũtur inter iudiciales, cõmunes, cõuẽtionales, & prętorias, approbatione. p̃toriæ uero sũt illæ q̃ sũt introductæ a iurisdictione prætoris, & ipsæ quoq; subdiuiduntur inter iudiciales, cões, & cautionales, de q̃bus habetur in d. l. j. & per totũ, inf. de prętoriis stipulationibns. & solũ uult differentiã esse inter ciuiles & prætorias origine seu authore, & qa stipulationes ex uoluntate partiũ factæ, si sunt ciuiles, appellãtur cõuẽtionales, si sunt prætorię appellãtur cautionales. de q̃bus dicitur in d. l. j. de prætoriis stipulatio. uidetur satis rationabilis distinctio, tamẽ põa remanet alia difficultas, q̃ dicantur esse illæ q̃ sunt introductæ a prætore, ut adhuc remaneat incertitudo. item non apparet quod stipulatio de iudicio sisti sit introducta a prætore, & tamen illa appellatur prætoria, quia de ea prætoris ædictũ est factũ, ut in l. fideiussor. §. prætor ait. ff. qui satisd. cogant. unde sequitur quod contra regulam generalem Bartol. urgentissime obstat hęc incertitudo, cum si tu capis late prætorias stipulationes, destruis totam materiam nostram, cum sub nomine ipsarum comprehendantur quasi omnes

ſtipulationes in iudiciis, & in communi practica uerſabilibus, & ſi tu capis ſtricte, tunc urgere uidetur totus titulus infra de prætoriis ſtipulationibus, & propterea uidetur neceſſario dicendũ ꝙ talis regula Bart. nõ ſit admittenda per prædicta.

404 Nihilominus † reſoluendo & aliqualiter diminuendo difficultatem, uidetur rationabilis opinio quod ſtipulationes prætoriæ capiantur per Bar. hic pro illis tantum quæ ſunt introductæ a iuriſdictione & ædictis prætoriis prout diſtinxit Paul. de caſtro in dicta l.j.& eſt de mente Bart. in toto illo tit.& etiam docto.communiter hic ſentiunt, & uidētur intelligere iura allegata per Bar. maxime tex. in dicto. §. Iulianus. dum ponit generalem regulam de prætoriis ſtipulationibus quæ recipiant hanc interpretationem, nam rationabiliter debet intelligi de ſtipulationibus proprie & uere & ſecundum propriam naturam & ſignificationem uocabuli. quæ ſtipulationes multæ ſunt, ut illa (iudicatum ſolui) & illa (de defendendo) & illa (dolum malum abeſſe) iuxta l. iudicatum ſolui &. l. ex clauſula, inf. iudicatum ſolui, & ſtipulatio de noui oper. nuntiatione. & de damno infecto. d. l. ij. §. incertam. & ſtipulatio ſi cui plus quam per leg. Falcidiam, & illa ut legatorum nomine caueatur, & alia de iudicio ſiſti, ſecundum ueram opinionẽ, & multæ aliæ ſimiles quæ ex neceſſitate præſtantur, & prætor eas introduxit ut ſubueniret in dem̃nitatibus cõtingẽtibus in actis iudiciariis, & in extraiudicialibus dependentibus a iudiciis, ut ẽt dixit Azo. in sũma de ꝑto. ſtipulatio. in princi.

405 Ex qua † concluſione ſequitur reſolutio omniũ eorũ quæ ſup. contra Bart. adducta fuere, nã cum fuerint introductæ a prætore potuere eis prætores dare propriã naturam in cõmiſſione intereſſe uel pœnæ ſeparatã ab omnibus ciuilibus ſtipulationibus, cũ ipſi prætores haberent poteſtatem condendi legem, & ex æquitate corrigere. l. xii. tabularũ & omnes alias leges, ut habetur in rub. C. qui admitti, ſicut & etiã actiones proprias cũ propria natura introduxerunt de quibus inſti, de actionibus §. aliæ autem. item etiam tollitur contrarium de ſimilitudine facta a Bar. ad l. in depoſiti. ff. depoſiti. quæ ut dictum fuit non ſunt uera, nam non eſt neceſſarium comprobare per illam ſimilitudinem, quoniam licet illa non ſit uera quia non poterant ſimplices iuriſconſulti decidere contra leges, tñ prætores hoc poterant facere ex ſua iuriſdictione, ut inſti. de bonorum poſſeſſio. in principio. & §. ſequenti. item etiam tollitur alia obiectio, ut ſit repugnantia in dictis Bartol. quod ſint indiuiduę ſui natura, & in modo committendi ſint diuiduę, quoniam hanc repugnantiam prætores uoluerunt tollere diſponendo quod ipſe ſtipulationes committantur contra contrafacientem tantũ ex æquitate illa naturali ne unus puniatur ex contrauentione & facto alterius. itẽ & tollitur alia repugnãtia quæ uidetur impoſſibilitas legalis, ꝙ ille qui non eſt obligatus niſi ad partẽ conueniatur inſolidũ. contra. §. plus autẽ. inſti. de actionibus. nam cũ illud inconueniens inſurgat propter legem xii tabularũ quæ diuiſit obligationes inter hæredes & principales, & propterea hæredes non remanẽt obligati niſi pro parte, prætores autẽ potuerunt facere ꝙ illa ſtipulatio pœnalis quãuis pecuniaria non diuideretur inter hæredes, & ꝙ unuſquiſque contrafaciens teneretur inſolidũ, dando hanc naturã ſuis ſtipulationibus. & ideo cũ ſint obligati in ſolidum nullum inſurgit inconueniens neque aliqua contradictio ꝙ contraueniens teneatur inſolidum, & ſi omnes contraueniunt omnes quoque conueniri poſſint inſolidum, & ſi ſunt plures hæredes ſtipulatoris illis ſolis cõpetat actio ad pœnam qui damnificati fuere, cũ habuerunt plenam poteſtatẽ ex ſua authoritate hanc naturã dare & corrigere leges quatenus eſſet neceſſariũ, ꝑ no. in d. rub. C. qui admitti. & inſt. de bono. poſſeſſio. in princi. & §. primo. ꝓpa ſequitr ꝙ deciſio Bar. recipit aptitudinẽ legalẽ, ut poſſit procedere quatenus prę tores hanc naturam uoluerint dare.

406 Sed tamen † difficultas remanet in uoluntate, utrũ prætores ipſi uoluerint dare hanc naturã ſeparatã ab aliis ſtipulationibus, ſeu uere eã dederint, ideo opportet ſeparatim modo diſcutere an hæc opinio Bar. uera ſit, & an probetur per. ll. ſufficiẽter ꝙ prætores dederint hãc naturã ſeparatam & ponit ipſe duas principales concluſiones, una eſt, ꝙ in principalibus, uoluerint prætores omnes ſtipulationes ſuas indiuiduas eſſe per iſtũ text. in fi. & l. in ſtipulatione. ſupr. de nou. oper. nuntiatio. Alia eſt, quod in pluribus hæredibus ſtipulationes prætoriæ quantum ad intereſſe & pœnam cõmittantur contra unũ contrafacientẽ tantũ recedendo a natura diuiduarũ ſtipulationum quæ cõtra omnes cõmittũtur pro hæreditaria portione, & a ſtipulationibus diuiduis q̃ cõmittunꝭ cõtra contrafacientẽ ꝓ ſua portione tm̃, q̃ tñ cõcluſiones recipiũt aliquas difficultates neceſſario diſcutiẽdas.

407 Secunda † igitur eſt concluſio, ꝙ in uno principali ſtipulationes prætoriæ tã reſpectu intereſſe quã pœnæ cõmittuntur cõtra cõtrafacientẽ tantũ per tex. noſtrũ hic, in fi. & l. ſtipulationes. ff. de damn. infect. & ſequũtur cõmuniter docto. ſed in cõtrariũ uidetur tex. in d. §. Iulianus, ubi hæredes recepẽrũt ſtipulationẽ ſi cui pluſquã per l. falcidiã, & fuerunt principales, qm̃ ex ꝑſona ſua eam adibuerũt, & tamen text. poſtea præſupponit quod diuidatur inter hæredes, per argumentum quod poſtea ſubiicit iuriſconſultus de hæredibus in aliis ſtipulationibus, ſed reſpondetur ꝙ imo loquiꝭ de pluribus hæredibus unius principalis, uel teſtatoris, uel ipſorũ hæredũ, qui tñ intellectus nõ teneꝭ, quia imo ſumus in principalibus qui receperũt ipſam ſtipulationẽ, & non depẽdet a defũcto, ut per Iaſ. hic in ſua reſpõſione. & Alcia. nu. 160. Secũdo reſpõdeꝭ ꝙ licet loquatur de pluribus hæredibus, tñ ſunt ut principales, & poteſt dici ꝙ aliud ſit in ſimplicibus principalibus q̃ æquiparantur pluribus hęredibus ut ſup. dictum fuit in alia materia. Tertia datur rſponſio, quod imo ille tex. concordat, quia ibi unus hæres tantum recepit ſtipulationem, & erat unicus principalis, & text. dicit quod prodeſt ei ſolum tantum pro modo ſuorum legatorum, & non alii, & hic eſt uerus intellectus.

& argu-

& argumentatur postea tex. a simili, quia sicut in pluribus hæredibus stipulatio prætoria committi tur in uno tantum, ita quando est unicus principalis licet habeat communionem cum cohærede, uel quarto respõde, quod loquitur in stipulatoribus, & materia nostra est de ipsis hæredibus promissoris qui differunt ualde, ut infra eadem l. §. fi. secundo contra dictam conclusionem allegatur text. in l. ex mille. ff. de euictionibus. ubi stipulatio duplæ in utroque contrahente committitur solum pro parte quinta, ut sicut euicta quarta parte prædii ita teneatur ad quartam partem stipulationis duplę, respondetur quod ille tex. loquitur quãdo euictio non fuit promissa per uenditorẽ, quia tũc nõ est stipulatio duplæ sed solũ agitur actione ex empto propter rem euictam. ut no. in l. quod si nolit. §. qui assidua. ff. de ædil. edi. & Clarius in l. j. ff. de euictio. & tenuit Fulgo. Paul. & Alex. in l. uenditores. inf. eo. & in l. si plus. §. cum mota. ff. de euictio. Sed tamen hæc responsio contradicit literæ, quia ibi expresse dicitur quod fuit apposita stipulatio duplæ, unde secundo respondetur quod ille text. intelligitur quando stipulator consensit, uel quia actum erat ut teneretur pro parte, uel quia nõ opposuit exceptionem. argum. l. iam tamen. §. si tamẽ plures. infra iudicatum solui, &. l. qui totam. ff. de testam. & opinio hæc probatur in d. l. prætoriæ. §. incertam, ibi, quamuis non possit conditio mutari per hæredes. Tertio potest dici quod ibi ex natura rei præsumitur contrahentes uelle quod cõmittatur pro parte tantum, quoniam tantummodo priuatur commoditate illius partis, & ille quę remanent præstant utilitatem plenam sicut totũ respectu totius, & ideo secus esset si esset una domus uel unus fundus cum partibus suis determinatis, quia tunc committeretur insolidum ex natura stipulationis ex intentione contrahentium, quoniam partes remantes non afferent utilitatẽ in parte sicut in toto respectu totius, ut dixi etiã supra in quæstione de obligatione ad defendendũ, & sic summa est, quod ibi uel tacite uel expresse constabat de consensu stipulatoris, alioquin semper stipulatio in persona principalis reputabitur indiuidua, sicut qualibet aliæ stipulationes, ut diximus sup. in 13. no.

408 Tertia est† conclusio generalis, quod in hæredibus stipulationes omnes prætoriæ siue dandi siue faciendi siue diuiduæ uel indiuiduæ committuntur contra contrafacientes tantum, per tex. in d. l. 2. §. incertam, & d. le. pœnales. §. Iulianus. & hæc fuit noua opinio Bar. qui dedit generalem restrictionem ad textum nostrum, ut non procedat in stipulationibus prætoriis, & uidetur esse aptitudo legalis, secundum quod supra declaraui ultra alios.

409 Contrariam† tamen opinionem tenuerunt hic Areti. Ruy. & Alc. dum examinant quæstionem de stipulatione de defendendo, quod imo hæc regula Barto. non sit uera, & quod stipulationes prętoriæ quibus est apposita pœna committatur contra omnes pro hæreditaria portione si sunt indiuiduæ, & si sunt diuiduæ committantur pro portione contrafacientis tantũ, prout dicitur in hoc tex. & quod dictæ omnes stipulationes prætoriæ comprehenduntur sub regula tex. nostri quantum ad commissionem pœnæ, & mouentur primo per textum nostrum hic, qui ponit hunc modum committendi pœnam, & inter exempla enumerat stipulationem rem ratam haberi, quæ prætoria est, ut patet. quia titulus rem ratã haberi est positus post titulum de prætoriis stipulationibus, & glo. rub. ibi hoc expresse dicunt, & tamen determinat iste tex. quod sit diuidua eo modo quo est stipulatio amplius non agi, & Paulus Iurisconsultus argumentatur de natura ipsius ad alias stipulationes super modo committendi pœnam, ut patet in uersicu. uideamus. in glo. j. & late supra diximus in eius intellectibus. unde apparet quod nulla sit differentia inter prætorias stipulationes & alias. Secundo hoc probatur per tex. in l. 2. §. item si in facto. sup. eo. ubi idem modus ponitur committẽdi stipulationes pœnales, & enumeratur stipulatio de dolo quæ & ipsa est prætoria, ut patet in l. iudicatum solui. & l. ex clausula. infra iudicatum solui, ubi continetur in stipulatione iudicatũ solui quæ est prætoria, & in l. 2. & l. in stipulatione. ff. de rem ratam haberi, & tamen committitur ipsius pœna secundum formam illius tex. & tex. nostri. Tertio probatur per tex. in l. si seruus. §. si plurium. ff. si quis cautio. ubi stipulatio de iudicio sisti quæ est prætoria committitur contra omnes ꝑ hæreditaria portione licet aliquando obstet exceptio, & idem dicitur in l. si is qui ducenta. §. utrũ. ff. de reb. dub. ubi præsupponitur in ea seruari totam naturam commissionis stipulationis pœnalis, & non sit differentia inter prætorias & conuentionales secundum uarios intellectus illius text. Quarto etiam hoc probat tex. in l. cum ex causa. infra eodem. ubi sit mentio de stipulatione de dupla quæ prætoria est origine. l. j. §. penul. infra de prætoriis stipulationibus. & habetur in l. emptori. ff. de euiction. quando promittitur pro mancipio uendito, & tamen ibi dicitur quod pœna cõmittitur contra omnes pro hæreditaria portione, & non sit differentia inter stipulationem de mancipio uendito uel de rebus prætiosis, & restringere ad res prætiosas est uiolatio illius tex. maxime quia ipse tantummodo se fundat in illa ratione, quia natura uenditionis est indiuisa quæ generalis est ad omnem stipulationem duplæ.

410 Quinto hoc probatur ex† ampliationibus positis per Bar. hic quæ retorquentur contra eum. nã stipulatio dandi committitur contra omnes pro hæreditaria portione, ergo eodem modo & stipulatio de iudicatum soluendo committi debet pro hæreditaria portione. d. l. 5. §. fi. inf. eo. Item stipulationes indiuiduæ committuntur pro hæreditaria portione, ut in tex. nostro. ergo & idem debet esse in prætoriis stipulationibus indiuiduis, & quã do sunt diuiduæ debent committi contra contrafacientem tantum pro portione sua & non insolidum, cum non reperiantur mutatæ per prætorẽ, nec aliquis tex. in spetie dicat dictas stipulationes habuisse naturam separatam in commissione

pœnæ, unde nos non debemus eas eximere a regula siue tex. nostro siue aliqua lege hoc expresse dicente.

Sexto facit ratio tex. nostri sæpius allegata, quia stipulatio pœnalis diuisa fuit per l. xii. tabularũ, & hæredes non obligantur nisi pro parte, unde nõ possunt ipsi hæredes conueniri insolidum ad pœnã, quia non obligantur nisi pro parte, per text. in §. plus autẽ. insti. de actio. & hæc diuisio non reperitur alterata per prætorem, qui & ipse sequutus l. xii. tabularum. uoluit generaliter etiam in suis ædictis hæredes conueniri pro parte sua. iuxta. le. pro hæreditariis. C. de hæredita. actioni. & licet si uoluisset potuisset impedire hanc diuisionem, & facere quod singuli tenerentur insolidũ, uel unus tantum, tamen non reperitur quod prætores hoc uoluerint neq; quod dederint in stipulationibus suis prætoriis hanc naturam quod pœna committatur contra contrafacientem tantum, recedendo a natura constituta a lege in suis stipulationibus pœnalibus, & cum non reperiatur mutatum standum est regulæ leg. præcipimus. in fine. ff. de appellationibus.

411 Non obstant† adducta per Bar. & primo tex. in d. l. pœnales. §. Iulianus. quia respondent dicti docto. quod non facit mentionem de stipulationibus pœnalibus, sed solum loquitur de principalibus stipulationibus in quibus consideratur tantummodo quanti ea res est, & committuntur ratione interesse tantum, & dum text. dicit (omnes stipulationes) intelligitur de prætoriis stipulationibus secundum originalem naturam ipsarum, quæ est, ut committantur ad interesse. argum. leg. Item ueniunt. §. sed cum prædiximus. ff. de petitione hæreditatis. & no. per glo. in l. certi condictio. in fi. princ. ff. si cer. pe. & non reperitur quod prætores introduxerint quod in suis stipulationibus deberet adduci alia stipulatio pœnalis, cum ipsi uolentes subuenire quibusdam damnis litigatoribus occurrentib. mandauerunt tãtummodo quod interponantur stipulationes ipse seu cautiones ꝑ quas litigatores possunt consequi damnum & interesse suum, ut patet in stipulatione (si cui plusquam per l. Falcidiam) & in illa. ut leg. nomine caueatur. & in illa iudicatum solui, de damno infecto, & de no. oper. nunt. nam prætores pro satisfactione illius qui lædi posset mandauerunt, quod dictæ stipulationes, & aliæ similes pro cautione interponerentur, arbitrantes satis per eas prouisum fuisse, & nunquam disposuerunt quod super dictis stipulationibus adiiceretur alia stipulatio pœnalis.

412 Et ideo † eisdem propriam naturam dederunt quantum ad commissionem interesse. iux. dictam l. 2. & l. in stipulatione. inf. rem ratam haberi, & nihil dixerunt de pœna, ideo de eis prout propriã naturam habebant loqutus fuit Iurisconsultus, in dicta l. pœnales. §. Iulianus. Secundo non obstat tex. in d. l. 2. §. incertam. quia eodem modo respõdent dicti docto. quod loquitur de stipulationibus prætoriis quantum ad commissionem interesse. non quantum ad commissionem pœnæ, quod probatur per illum tex. dum dicit, quod dictæ stipulationes continent incertam quantitatem, ergo committuntur ad interesse quod est incertum, & non quantum ad pœnam quæ semper certa potest apponi, ut in tex. nostro, ibi, pœna certæ pecuniæ promissa, & in. §. fi. insti. eodem. & patet etiam in fi. dũ dicitur ꝙ in eis uenit quanti ea res erit.

413 Et hæc opinio† etiam mihi placet, quia uere magna est diuinatio ad illa iura quod loquantur de stipulationibus prætoriis quando est apposita pœna quam prætores nunquam mandauerunt apponi. nec obstat tex. in l. in omnibus stipulationibus. inf. de prætoriis stipulationibus, ubi dicitur quod si apponatur pœna in dictis stipulationibus illa exigi potest. & idem replicatur in l. fi. eodem tit. dum dicitur quod bonum est in eis apponere certam quantitatem, quia respondetur quod hoc per Iurisconsultos permissum fuit postea in usu practico ut apponi possit. Sed tamen per hoc nõ fuit alterata natura earum quin ex introductione prętorum committeretur ad interesse tantum, sed remansit propria natura, & quando est apposita pœna, stipulatio pœnalis retinet propriam naturam ut cõmittatur contra omnes pro hæreditaria portione uel pro portione contrafacientis tantum, sicut ipsemet Bar. & communiter docto. uoluerunt, quod si stipulatio pœnalis apposita super contractu bonæ fidei retineat propriam naturam, ut cõmittatur contra omnes pro hæreditaria portione, quamuis si agatur actione bonæ fidei committatur contra contrafacientem tantum per l. inde positi. ergo eodem modo si partibus placuit quod apponatur pœna super stipulationibus prætoriis, illa retinebit propriam naturam, & ipse stipulationes suam, quoniã dicta stipulatio pœnalis non est prætoria sed est conuentionalis, neque ex consuetudine alterata fuit natura earum, quoniã adhuc hodie ex ædicto prætoris nullus cogitur apponere pœnam, neque etiam propter consuetudinem, ut inquit glo. in dicta l. fi. ff. de prætoriis stipulationibus. & in l. secunda. §. fin. supra qui satisdare cogantur. & in l. sed & si quis. §. fina. supra si quis cautionibus. & ibi Bar. no. & sequuntur communiter* docto. dicentes quod ex arbitrio iudicis aliquando imponetur secundum subiectã materiam accidentaliter, ubique etiam docto. tenent tamen semper dicta stipulatio pœnalis superaddita retinebit propriam naturam, & committetur secundum regulas positas in tex. nostro, quia ipsa non dicitur prætoria sed accidentalis, & propterea sequitur quod hæc tam lata & generalis regula Bar. & limitatio ad tex. nostrum tam magna iure non probatur, & ideo debemus stare regulæ donec probetur exceptio ut habetur in l. j. & in le. omnis diffinitio. ff. de reg. iur.

414 Exquibus habes† resolutum hunc quartum articulum stipulationum prætoriarum, quomodo cõmittantur, & dicas quod stipulationes prætoriæ in proposito sunt illę tantum quæ sunt introductę a prætore & imponuntur ex necessitate propter iurisdictionem iudicis ut subueniatur litigatorib. ut inquit etiam Azo. in summa. inf. de prætor. stipula-

pulationibus.in princ. & quoniam mandauit ex necessitate imponi pro cautione,non coegit partes apponere pœnam, arbitratus satis subuentū esse ex solis cautionibus interpositis,& ideo acceperunt hanc naturam ut committerentur ad interesse stipulatoris,& contrauenïens solus in totum ad illud teneretur,& nunquam dixerunt quod deberet apponi pœna,sed tamen quia postea per experientiam apparuit quod erat utile aliquando apponere eam, non repugnauerunt quod non apponeretur, sed permiserunt posse apponi, tamen cum sua natura,&ideo dictæ stipulationes ex introductione prætorum committuntur contra principalem insolidum, nisi aliter tacite uel expresse actum sit,per dictam l.ex mille.ff.de euicti. & in hæredibus uoluerunt quod solus contrafaciens teneretur ad totum interesse stipulatoris,& solus ille cui fuit contrafactum agere posset ad interesse illud tantummodo quod tangeret personam suam,ut in d.§.Iulianus.& d.§.incertam.& infra ead.l.§.fi.cum suis concor. & si omnes contrafacerent omnes tenerentur ad illud. argum. dicti. §.si tamen plures.sed si apposita fuerit pœna omnibus dictis stipulationibus prætoriis illa committetur secundum decisionem positam in hoc tex.& in d.§.item si in facto.& in d.l.cum ex clausula,quoniam non fuit alterata stipulatio pœnalis per introductionem prætorum.

415 Et propterea†remanet quod non debet regula tex. nostri limitari per stipulationes prætorias, sed debet ampliari ut procedat etiam in eis, cum sit separata pœna a stipulationibus prætoriis,nec est uerū quod subrogetur loco interesse,quia imo retinet naturam propriam,quod patet, quia sufficit aliquod minimum interesse apparere, & tota pœna etiam maxima cōmittetur excedens in magno ualore interesse.d.l.fi.ff. de prætoriis stipulationibus.& §.fi.insti.eo.&l.continuus.§.pe.inf.eo. & uoluit ipsemet Bar.sup.in 10.opposi. reprehendendo opinionem Petri qui dicebat pœnam succedere loco interesse. & remanet solum limitatio in commissione interesse qnod solet committi cōtra omnes sicut pœna,ut no.in d.§.item si in facto. in stipulationibus autem prætoriis ex natura sibi attributa a prætoribus committitur insolidū cōtra contrafacientem tantum.d.§. Iulianus.& d. §. incertum cum concorda.

416 Tertio†principaliter quærit Bar.hic, utrum excipere sit diuiduum uel indiuiduum, & si defunctus promisit non excipere relictis pluribus hæredibus,an uno excipiente pœna committatur insolidum contra omnes pro hæreditaria portione, uel potius contra contrafacientem tantum,in qua quæstione Bart. hic facit determinationē reiecto dicto Petri secundum theoricam ordinariā supra sæpius relatam,utrum per contrauentionem stipulator priuetur tota commoditate ipsius rei,& tūc excipere sit factū indiuiduū,&contraueniens incidat in pœnā simul cū cohæredibus,&agatur cōtra oēs pro hæreditaria portione,per tex.in l.2.§.itē si in facto.sup.eo.& in l.5.§.fi. ibi,aliter sine iniuria stipulatoris fieri nō potest.inf.eod. si uero per contrauentionem hæredis excipientis nou priuatur stipulator tota cōmoditate stipulationis, sed solū priuatur cōmoditate illius partis quæ tāgit excipientem,& per obseruantiā aliorū ipse cōsequitur utilitatē tangentē ipsos obseruantes,&tūc reputabitur factū diuiduū,& pœna cōmittetur ꝓ portione ipsius cōtrafacientis tantū,ut in tex. nostro in §.at si de eo.cum suis rationib.& in hac decisione nullus discrepat,quia procedit a theorica generali posita in istis iuribus sæpius approbata.Sed solum difficultas est in exemplis. quæ sint exempla facientia quod stipulator priuetur tota cōmoditate,& quæ sint illa quæ faciant quod priuetur commoditate partis contrafacientis tantū, & Bar. hic dat duo exempla,unum in eo qui promisit non excipere contra procuratorem uel postulantem,nā uno excipiente de inhabilitate procuratoris uel postulantis stipulator qui litigabat cum dicto procuratore uel postulante priuatur tota commoditate,quia per eius exceptionem nō poterit esse procurator in parte tāgente alios hæredes obseruantes,quia nō potest stare in iudicio etiā cum consensu aduersarii,per tex.in l. filius famil.§.ueterani.ff de procuratorib.& l.quos prohibet.ff.de postulādo,& uidētur pertrāsire cōit.*do.

417 Aretinus dicebat†quod hoc exemplū non est bonū,quia imo uno hærede excipiēte priuatur stipulator cōmoditate stipulationis pro parte tantum,& non pro aliis partibus,qm̄ si cōpareat ille miles pro aliis partibus repellitur ex officio iudicis,non aūt ex persona ipsius opponentis, qui ex officio suo nobili cognoscens inhabilitatem personæ reiicit eum.cap.j.extra de accusationib.&nota.in l.ubi pactum.C.de transactio. ad istud contrariū respōdebat Ias.hic,& dicebat quod imo stipulator priuatur tota cōmoditate propter excipiētem, quoniam ipse fuit causa mali,quia si ipse nō opposuisset nō cōstitisset in iudicio eū esse militē,& iudex ex officio suo nō eiecisset a iudicio, & potuisset perseuerare usq; ad finē, ut inquit ille tex.in illis uerbis.nisi fuerit lis contestata.

418 Et qui causam† damni dat damnū dedisse uidetur & conuenitur ac si dedisset.l.item si obstetrix. cum similib.ff.ad l.Aquil.sed hanc saluationē reprehendit Alc.hic.nu.187. defendendo argumentum Areti.& dicit quod non sufficit dare causam damni adhoc ut contrafaciens & alii hæredes incidāt in pœnam,sed opportet quod directo & immediate ipse stipulator priuetur cōmoditate rei per contrauentionem illius excipientis,quia effectus regulariter causæ immediate tribuuntur non autem mediatæ.l.sed si plures.§.in arrogato.ff.de uulg.& pupill.& l.si mulier.§.j.ff. rerum ammota. Bal.in l.sub prætextu.prima.C. de transactionib. facit quod no.Saly.& Areti.post alios.in l.4.C.de sacr.sanct. eccle. ubi ademptio priuilegiorū eius qui immediate ea impetrauit non trahitur ad eos qui ea consequti sunt mediate, & facit etiā, quia differentia est magna an aliquid sit ex facto unius uel propter factum unius.l.j.§.ex incendio. ff. de incendio Ruy.& naufrag. ergo cum propter exceptionē unius iudex repulerit illū militē in aliis

partibus nō autem ex exceptione proposita ab il lo,sequitur quod non debet committi pœna in totū,maxime quia in pœnis mitior pars est eligenda. ca.in pœnis.de reg.iur.in 6.& l.si de interpretatione.ff.de pœnis. & ideo in hoc exemplo ista exceptio non dicitur indiuidua, sed potius diuidua,cū si ipse miles uellet cōparere non admitteretur,ut per Bar.in d.§.ueterani.& per Fely. in ca. nulla.in 2.col.extra de accusation.Propterea Alc. hic alia cōsideratione saluabat exēplū Bar.dicens ꝙ imo ꝑ exceptionē illius solius miles immediate repellit ut nō possit ꝑ aliis partib.cōparere,qm̄ ille excipiens opposuit inhabilitatē ꝑsonæ q̄ inhabilitas est indiuidua,quia non pōt quis pro parte esse habilis & pro parte non,ut per Bal.in l.si quis testibus.C.de testib.Imol.in l. qui testamento. ff. de testa.Bal.& Imol.in l.ad testium.§.conditionē. ff.de testa.& cum propter hanc exceptionem effectum fuerit notorium iudici quod ille est in totū inhabilis.ca.cū olim.extra de uerbo.sign.et quod fiat per exceptionem,ut per Abb. in ca.2.extra de ordine cognitionum,unde debet iudex eum omnino repellere.ut per Oldradū,Azo.&Bal.Saly.& Alex.in l.unica.C.ut quæ desunt aduoca. Bal.in l. quos prohibet.ff.de postulan.etiā si non fuerit imploratū officiū iudicum,cū ista exceptio respiciat publicā utilitatem,ut per Bar.in l.4. §. hoc autem iudiciū.in 2.opposi.ff.de da.infec. igitur cum ista repulsio in totum ex necessitate sequatur propter exceptionem in parte, causa mediata habet naturam immediatæ, ut per Bal.in ca. imperialem. §. insuper.de prohi.feudi alien perFedericū,&quod no.Bar.in l.j,in 2.col.ff.de mand.principū, ut hic per eum,quæ etiam saluatio potest oppugnari, negando quod illud ueniat ex causa ipsius accipientis,& quod persona militis sit indiuidua, qa imo inhabilitas sua potest esse diuidua, cum nihil impediat quod stipulator habeat duos procuratores,unum respectu partis ipsius excipientis, & mi litem respectu aliarum partium,cū ipse sit actor, iux.tex.in d.l.iā tñ.§.si plures.in h.t.iudi. solui.

419 Nihilominus† mihi placet exemplum Bart. per rationem Ias.iunctam etiam cum ratione Alci. & coniunctam cū generali ratione,quæ habet quod quando per contrafacientem, priuatur stipulator tota commoditate pœna committitur contra omnes,nec inspicitur an hoc sit ex causa mediata uel immediata,sed solum illud accidens quod obseruatio aliorum non habet plenam utilitatem quā haberet si non fuisset facta exceptio, & effectus solū consideratur non autē modus neq; causa,ut habetur in d. §. itē si in facto. & d.l.5.§.fi.ibi,aliter non potest fieri sine iniuria stipulatoris,& in l.hæredes.§.in illa.& §.idem iuris.ff.fam. hærc. & sentiunt docto. in tota hac materia,ideo ex hoc capite exemplum potest procedere.

420 Sed iterū† contra istud exemplū instabat Iaso. hic,quia præsupponit Bar.quod defunctus promisit non excipere contra inhabilitatem procuratoris a lege prohibitā,unde talis promissio debet esse nulla.per l.iurisgentiū.§. si paciscar. ff. de pact. ut neque conuentio pœnalis ualeat.l.Seius & Angerius.ff.ad l.Falc.l.non dubium.C.de legib.Iaso. hic fatetur contrarium,sed dicit exemplū Bar.debere procedere tantūmodo quando promissum fuit in genere nō opponere exceptionē,quia multa permittuntur in genere quæ in spetie prohibentur.l.j.ff.de fun.dota.& l.cū seculū.de iure patron. sed Alc.reprehendit,quia imo etiā dispositio in genere facta nō ualet contra prohibitionē legis, ut per Paul.de Cast.in l.j.ad fi.princ. ff.de officio eius.Abb.in ca.ex literis.col.fi.de iur. patr.

Imo promittens non opponere aliquam exceptionem non intelligitur promisisse de illa quæ est contra publicam utilitatem.ca.in generali. ff. de reg.iur.item promittens in genere non uidetur promisisse de respicientibus inhabilitatē personæ,ut per Bar.in l j.§.&parui.ff.quod ui aut clā, & per Bal.consi.293.& consi.sequenti. in 3. uolu. qui in terminis loquitur,& idem tenet Anchar.cōsi.166.uisis diligenter.& Fely.in ca.pastoralis. in 3.col.de exceptionib.ergo oportet dicere quod hic in spetie fuit promissum non opponere exceptionem nullitatis personæ quæ non potest ualere,quia est contra legem.d.l.non dubium. C.de legib.& sic exemplum non est bonum & sequuntur hic aliqui Mod. dicentes quod exempla non semper uera traduntur sed demonstrationis causa secundum philosophum.Alciat. uero defendit solutionem Ias.quia parte non opponente procedit iudicium.d.§.ueterani.dum dicit, nisi fuit lis contestata,& ad contrarium respondet,quod multa tacite permittuntur in genere quæ in spetie ꝓhibentur.l.si unus.§.illud.ff.de pact.nec quod dicitur de statuto prohibente exceptionem procedit in contrahentibus qui possunt iuri suo renūtiare.

Sed ego puto quod etiā promissio facta in spetie de non opponendo illam exceptionem ualeat neque dicatur contra legem, quoniam nulla lex dixit quod pars cogatur opponere exceptionem, neque resistit illi promissioni,sed solum dat licentiam parti opponendi,& etiam iudici ex officio suo repellendi parte non opponente, tamen neq; eum cogit,cum in d.§.ueterani.si iudex & pars tacet non impeditur esse procurator secuta litis cōtestatione,& ideo est de casibus contentis in l. nō quicquid.ff.de iudi.ideo cum lex nō resistat,promissio de non excipiendo contra inhabilem ualebit in genere & in spetie, sed tamen restringetur hæc promissio quatenus iudex taceret, sed eo repellente sine obiectione partis non obligaretur, quia tunc esset contra legem. unde apparet quod istud exemplum adhuc potest procedere.

421 Tertio contra† istud exēplū instatur etiā ꝑ Ias. hic,qa promissio generalis de nō opponendo exceptionē nō cōprehendit exceptiones dilatorias, quæ nō sunt propriе exceptiones, qm̄ exceptio est actionis exclusio,l.2.ff.de exceptioni.&exceptiones dilatoriæ opponūtur ante litis cōtestationē, & non excludunt actionē.l.ita demū.de procura. ca.insinuante.de offi.deleg.& ante litis cōtestationē quis nō dicit agere, sed uelle agere, l. amplius nō peti.ff.rē ratā hab.ergo in stipulatione pœnali nō debent comprehendi,cū pœnæ sint odiosæ. le.

cum

cũ quidã.ff.de lib.& post.& ca.odia.de reg.iur.in 6.& confirmat Ias.per tex.in l.j.§.j.ff. si ager uecti. & quia exceptio dicitur ab excipiendo idest elidendo actionẽ,ꝙ proprie pertinet ad peremptorias,ut dixit Abb.in ca.j.in 4.nota. extra de ordine cognitio.sed Alcia. saluat Bart. ut intelligatur posuisse exemplum quando promisisset defunctus in spetie non opponere exceptiones dilatorias, Secundo etiam saluat,quia exceptiones dilatoriæ sunt proprie speties exceptionis,ex eo quia exceptio in genere comprehendit tres speties,dilatorias,peremptorias,& mixtas,ut habetur in ca.exceptionem.extra de excepti. sumendo in genere, dilatoriæ dicuntur proprie speties, ut est gloss.in ca.quoniam.in uerbo exceptiones, extra de probationibus,&per Bal.in l.2.C.de iur.aur.annullo. & per Bar.in rub.ff.sol.mat.& hoc etiam mihi placet.nam ex subiecta materia cognoscitur quomodo uerba contrahentes uoluerint capere an in genere uel in spetie,ut per Alex.in rub.ff.sol.matri. & dictum Barto. intelligitur in casu quo subiecta materia hoc dictat.

422 Circa†secundum exemplum Bar.cum quo transeunt doct.dum allegat.l.si quis separatim.§.fin. ff.de appellatio.uidetur quod Bar.male loquatur, quia licet appellatio unius prosit aliis, istud est uerum si alii uellint & inhæreant appellationi, & eam prosequantur, alias appellatio unius solum prodest appellanti,ut ibi declarat Bart. quo præsupposito non uidetur quod exemplum Bar.possit conuenire,quia aut alii nolunt prosequi appellationem & tunc non fit plenum præiudiciũ, sed pro parte tantum.Aut alii prosequuntur, & tunc debent teneri ex facto proprio potius, & sic damnũ dicitur potius oriri stipulatori ex prosequtione aliorum quam ex appellatione illius. Aut sumus in dubio quando unus appellauit & non apparet an alii uellint inhærere appellationi, & adhuc non debebit cõmitti pœna,quia ut dicit tex. hic,committitur pœna contra alios qñ pro parte peccari nõ potest. sed in nostro casu potest si illi nolint inhærere appellationi, ergo non deberet unquã committi integra pœna ex contrauentione unius,& hoc uidetur esse uerius,licet Ang.cõsi. 326.aliter teneat,& unũ etiã hic no.Alc. quod appellatio participat de exceptione, quia est defensio,ut perAbb.& Dec.extra de appellatio.in rub, & facit tex.in ca.cum inter.de exceptionib.

423 Quare concludas†quod prædicta exempla Bar. sunt bona & probant eius intentionem, sed tamẽ quãuis non probarent,nos parum curare deberemus, ex eo quia sufficerent quod ponerentur demonstrationis causa.nã sufficit nobis habere theoricam generalem.quomodo promissio de non excipiendo dicatur esse diuidua uel indiuidua,&resolutio dãda est,ꝙ si per exceptionẽ non priuatur stipulator nisi cõmoditate partis excipientis, tũc reputabitur diuidua.si uero priuatur tota cõmoditate per exceptionẽ unius dicit esse indiuidua, quia tunc obseruatio facta a tacentibus nõ affert tantã utilitatẽ in parte, sicut in toto respectu totius,& hoc sufficit ad resolutionẽ quæstionis, discussio uero facta de ipsis exẽplis magis prodest quantũ ad ea in spetie quã quantũ ad quæstionẽ, & per dicta in eis habes modũ argumentandi circa alia exẽpla q̃ in practica contingere poterunt.

424 Quarto quærit†Bar.hic,quid si aliquis promisit uel aliter sit obligatus agere pro alio,ut in casu legis cũ in plures.§.messem.ff.loca.& l. si sic.§. fi.ff.de leg.j.an teneatur ad factũ diuiduũ uel indiuiduũ.Petrus dicebat,ꝙ aut quis uult agere nomine suo,& tũc agere est diuiduũ, quia oẽs actiones lex 12.tab.diuidit inter hæredes uel principales. l.pro hæreditariis.C.de hære.actio.& l.ea quæ. C. fam.hærc.Aut quis uult agere nomine alieno, & tunc est indiuiduũ, quia hæredes separatim non possunt agere,sed debent oẽs hæredes dare unum procuratorem.l.iã tamen.§.si tamen plures. ff. iudi.solui.sed Bar.dicit quod ille tex.probat cõtrariũ,quia in fine dicit ꝙ stipulator potest agere cũ pluribus procuratorib.& ꝙ dicitur de fideiussoribus procedit in reis se defendentibus non aũt in stipulatore agente.ideo ipse facit regulam generalem,quod agere nomine proprio & nomine alieno est diuiduũ,quia æqualiter oẽs actiones dicũtur esse diuisæ per l. 12.tabu.fallit quando natura negotii aliter dictat, quia requirit unionem hæredũ,ut in l.quod si nolit,§.si plures.ff.de ædil.ædic. & l.si famil.ff.famil.hærc.uel quando agitur ad indiuiduum, ut hic per eum,

425 Contra tamen regulã facit, † quia agere est factum successiuum usq; ad sententiã & executionẽ, & non sufficit agere usq; ad conclusionem in causa.l.Papinianus,§.meminisse.ff.de inoff.testa. cum simili.ibi adductis per glo.& sic est factũ indiuiduũ sicut cætera facta regulariter sunt indiuidua, & agendo pro parte non affert tantã utilitatẽ,sed respondetur quod agere non consideratur per se sed consideratur respectu rei ad quã agitur,ut supra dictũ fuit in præmissis, nã factũ ꝙ exercetur circa rem deductã in rerũ natura nõ consideratur ut factũ sed iudicatur diuiduũ uel indiuiduũ secundũ naturã rei,& quãuis sit actus successiuus,tamen restringitur ad partes rei,ut ille actus successiuus requiratur in qualibet parte rei, & in persona cuiuslibet hæredis. Sed adhuc instatur contra dictã regulã,quia si agitur ad domũ uel fundũ ꝓ parte tm̃ põt cõtingere solutio in diuersis rebus, ergo est indiuiduũ.arg.d.l.in executione.§. ꝓ parte.& l.2.§.& harũ. sup. eo. ideo pro solutione debet distingui.Aut agitur ad pecuniã,& tunc omni modo reputabitur factũ diuiduũ,quia nõ põt induci illud incõueniens.Si uero agitur ad domum uel fundũ,tunc dependet a ueritate eorũ quæ supra dicta fuerunt,qñ facta sint diuidua, & ibi cõclusum fuit quod in factis negatiuis nõhabet locũ inconueniens.§.pro parte, quia non tractatur de solutione sed de retentione & auocatione, & solũ habet locũ in factis affirmatiuis,in quibus tractatur de solutione,ideo si in casu d. §. messem. unus cõdiceret medietatẽ lancis uel animalis uel alterius spetiei faceret principalẽ incidere in cõmunionem.l.si non sortẽ.§.si centũ.ff.de condict. indebi.& pro alia parte haberet pecuniã,induceret

illud inconueniens,& ne eueniret opportet quod omnes hæredes agerent, & uno deficiente nõ esset satisfactũ stipulatori neq; in totũ neq; in parte.l.cum ex causa.inf.eo. & quãuis diuisa sit actio in hæredib. tamen opportet quod simul agant, & dent procuratorem unũ,quia ipsum agere propter rem quæ petitur uidetur ꝙ sit indiuiduũ solutione,& sic dictũ Bar.non uidetur uerum regulariter,cum agere sit factũ affirmatiuum, & recipiat illud inconueniens, & hac ratione sequitur quod exemplũ positũ hic per Bar.de l,si sic.§.fi.de lega. j.non est bonum. quia ibi agere est indiuiduum. qñ in obligatione alternatiua solutio pro parte fieri non potest propter illud inconueniens, ut dicitur expresse in di.le.2. §. & harũ.sup.tit. nostro. & idem esset qñ ageretur ad rem in genere,ut ibidem etiam dicitur.sed tu solue quod istud inconueniens non facit agere esse indiuiduum,cum quã do obligatio est indiuidua solutione tantũ actio ipsa est diuidua & non potest agi nisi pro parte, quia nemo sine actione experitur.l.si pupilli.§. uideamus.ff.de neg.gest.sed solum facit quod agẽs ad suã partem non plene prospicit principali,neque ei satisfacit,quia facit incidere in cõmunionem,tamen recte considerando hoc inconueniẽs cessat,& per actionem ad partem in effectu principalis consequitur totum qñ illæ non potest liberari a parte nisi totũ soluat,&sic principalis stipulator per obseruationẽ unius hæredis cõsequitur nedum partem suam sed etiã totũ, unde præstat utilitatem in parte,ergo diuiduum est agere, & solũ cõtraueniens priuabit stipulatorem tantũ modo quiete,quia cogetur litigare,sed non priuabit neq; re ipsa neq; parte ipsius rei, & per consequens apparet quod conclusio Bar. est uera quod agere sit diuiduum regulariter,& plus dixit Alc. hic,quod illi hæredes possunt cogi præcise ad factũ,quia tenentur ex dispositione legis,ut per Barto.in d. l.stipulationes,in 6.q.inf.eo. quod uerum est in legibus hic positis per Bar. sed si aliquis in contractu promisisset agere secus esset.

426 Ideo tu plenius† cõsidera,aut agere capitur per se prout est factum, Aut capitur agere per se sine obligatione de agendo,Aut capitur agere cũ obligatione legali ad agendum,Aut capitur agere cũ
427 obligatione conuentionali ad agendũ.† Primo casu agere est indiuiduum,quia nõ sufficit agere ad partem iudicii nisi perseueraret usque ad finem, quia facta rerum fiendarum non sunt in rerũ natura nisi post ultimam perfectionem , nec ante eã dicuntur perfecta.le. is qui quadringenta.§.quædam.ff.ad l.Falcid.

428 Secundo† modo agere est diuiduũ in omnibus casibus in quibus actio diuiditur inter principales.iux.l.reos.§.cum in tabulis.ff.de duob.reis.uel inter hæredes.l.ea quæ.C.fam.herc. & l.pro hære. C.de hæred.acti.qa nemo põt agere sine actione, & necessario agit solum pro sua parte. l. plane. ff. de petitio.hæredita.si uero lex non diuidit actionem,ꝙ est qñ debetur res indiuidua, tunc ipsum agere est indiuiduũ.l.2.§.ex iis.sup. eo, & l. hæredes.§.an ea.ff.fam.herc. nec obstat tex.in d.§.& harũ.quia non dicit quod agere sit indiuiduum, sed solũ dicit quod promissor aliquando nõ liberatur præstando partem,quod est diuersum, cũ semper agatur ad res corporales pro parte licet debitor non possit aliquando liberari nisi soluendo totum,& dicitur solutio indiuidua, non autẽ obligatio,neque actio,neque ipsum agere.

429 Tertio casu quando † per l. quis tenetur agere propria actione,dicas quod obligatio ad agendũ est indiuidua sine dubio quando agitur ad rẽ indiuiduam,& unusquisque hæres obligati tenebitur agere insolidum, & pro parte non audiretur. d.§.ex iis,& supra plene in 2.oppositio.Bar. sed si hæredes obligati ad agendum tenentur agere pro re corporali,ut domo uel fundo uel fructibus,tũc agere erit diuiduum,& ipsa obligatio ad agendũ diuidetur inter hæredes & unusquisque liberabitur agendo ad partem suam, nõ distinguendo an debitor liberetur præstando partem,uel teneatur soluere totum,quia quod teneatur soluere totum auget potestatem agendi ad partem ut illa possit operari solutionem totius,non autem facit quod actio sit indiuidua,sed ipse cuius interest quando per persecutionem factam ab uno non consequitur totum potest cogere alium præcise agere pro parte sua,ut dicebat Alcia.unde in dicto. §. messem.& in dict.l.si sic.potest unusquisque cogi præcise agere,& singuli hæredes poterunt cogi agere & nõ erit opus deuenire ad aliquod inconueniẽs, & unusquisque cogetur agere pro parte sua , ideo ipsum agere & obligatio ad agendum & prosequtio semper erunt diuidua.

430 Quarto casu † quando quis ex sua promissione cõuentionali agere tenetur,& moriatr pluribus hæredibus relictis,& tũc si agendũ est ad indiuiduũ oẽs debent agere insolidũ & nõ audiũtur pro parte.d.§.ex iis.Item unusquisq; agẽs semper tenetur perficere iudiciũ suũ usq; ad executionem , & hoc respectu etiã agere est indiuiduũ ut sup. arg. d. §. meminisse.si uero agitur ad rem corporalem,&tenentur agere actione cõsistente in sua persona , & unusquisq; tenetur agere solũ pro parte actionis quã habet,quia nemo potest sine actione experiri, neq; potest actionem cohæredis intentare.d. le. si pupilli.§.uideamus.sed tamen quia tenentur ex facto defuncti ad faciendũ quod stipulator habeat unam rem integram,obligatio descendens ex promissione de agendo est indiuidua.unde unus hæres agendo pro parte sua etiã plenissime nõ liberatur ab illa obligatione de agendo,nisi per suam actionẽ causaret ꝙ res tota deueniret ad manus stipulatoris,nec sufficit ꝙ de decẽ hæredibus nouẽ agerent,nisi & decimus quoq; ageret, & ipse nihil diceretur facere neq; eis prodesset.arg.l. cũ ex causa.inf.eo.qa licet res sit diuidua. tñ uẽditio est indiuidua,ita &hæc stipulatio.arg.l.si quis aliam. de solutionib.& ideo tenebitur constituere unum procuratorem qui agat pro omnibus ne incidant omnes in pœnam si unus non agat, sufficiet tamẽ agentibus ut dixi quod res insolidum detur stipulatori,quod faciliter consequentur,quoniã reus non poterit liberari a parte nisi soluat totum

etiam

etiam quod alii cessarent, quia plus non interest eius. argument. dicti. §. item si in facto. uersi.contra. supra eodem.

431 Si uero † quis teneretur ex contractu agere nomine alieno cum actione aliena, tunc Petrus dicebat ꝙ obligatio de agendo erat indiuidua, per dictam l. iam tamen.§.si plures.infra iudicatum solui. sed Bartol. reprehendit, quia ille tex.in fin.dicit quod semper actor potest diuisim agere, & non coguntur eius hæredes dare unum procuratorem, sed possunt agere separatim, ideo dicit quod etiam obligati ad agendum nomine alieno tenentur ad factum diuiduum, Iason. uero defendit Petrum, quia dictus §. si tamen. in fin. loquitur de actore agente nomine proprio non alieno, & quæstio nostra est quando quis tenetur agere nomine alieno, unde melius potest dici, quod ille tex. non probat opinionem Bar. quam quod probet contra eum, sed in proposito an uno hærede non agente pœna committatur insolidum, uel pro parte, uel an sit diuidua uel indiuidua obligatio, Docto. dubitant de intentione Bart. aliqui dicunt eum uelle quod uno non agente committatur pœna in totum, quia est indiuidua, alii uero dicunt eum uelle totum contrarium, quod non committatur pœna contra obseruantem quia obligatio est diuidua, tamen uerior est opinio Ias. ꝙ uelit obligationem esse diuiduam sed tamen male loquitur, quia imo est indiuidua, & coguntur plures hæredes dare unum procuratorem, quoniam qui agit nomine alieno agit cũ actione aliena quæ unica est, & licet ille qui tenebatur agere moriatur cum pluribus hæredibus qui sunt obligati agere, præsupponẽdo ꝙ possint esse obligati, & tunc illa actio aliena non diuiditur inter istos hæredes, sed remanet unica, & prius fundata in persona domini, ergo non poterunt hæredes eam pro parte intentare & pro parte non, & per consequens erit necessarium ut integra actio intentetur, & quod ipsi simul dent unum procuratorem qui agat, & hæc opinio est plana hoc modo declarata, & cessant omnes considerationes doct. & ita habes unum casum quo hæredes unite tenentur agere, contra Bar.uidelicet quando tenentur agere nomine alieno, & opinio Petri remanet uera, licet doc.non bene perceperint eius intentionẽ.

432 Alium casum † ponit Bar.hic, in quo plures hæredes coguntur simul agere quamuis agãt nomine proprio, in l.quod si nolit.§.si plures.ff. de ædilitio ædicto, & ratio est secundum Bart. quia natura negotii hoc dictat, & Soc.hic & Aret. laborant super hac ratione, & dicunt hoc ideo esse, quia alias uenditor inuitus incideret in communionem contra l.si non sortem.§. si centum.ff.de condi. ind.idem nisi consentirent, unus posset uelle redhibere, alius agere quanti minoris, & ita consequeretur partem rei & partẽ pecuniæ, & sequeretur inconueniẽs.§. pro parte.Ias.tamen dicit ꝙ per tot uerba non inducitur ꝙ conueniat conclusioni Bar. quia loquitur de hæredibus agentibus nomine proprio sine illa coactione uel legis uel promissionis, sed tu solue quod text.non allegatur in decisione sed pro exemplo, ut appareat quod una actio ex natura negotii potest esse in hæredibus indiuidua, ideo si eueniret quod aliquis teneretur redhibere nomine alieno & haberet plures hæredes, esset opus quod concordarent & darent unum procuratorem, & hæc fuit uera intentio Bar. ut etiam hic dicit Rippa.

433 Aliud exemplum † ponit Bar de lege. Si familiæ. ff.famil.her. qui non facit secundum Ias. cum loquatur de agentibus nomine proprio & propria actione, item nõ bene probat ꝙ ibi esset actio indiuidua, Areti.uero dicebat illum tex. posse induci, quia omnes hæredes habentur loco unius, ut ibi dicebat glo. ergo & ipse portiones considerantur tanquam una res, tamen hæc inductio non cõcludit secundũ Soc. quia licet considerentur plures portiones ut una res, tamen non sequitur ꝙ sit indiuidua, quia una res diuidi potest.l.qui hominem.§.primo, de solutio.ideo secundo dicit ipse posse responderi, quia illi plures constituunt & non possunt constituere nisi unũ procuratorem. ita nec etiam ipsi plures hæredes secundum Paul. de Cast. in dicto. §. si tamen plures. sed respondit Rippa quia secundum hoc omnes actiones essent indiuiduæ in persona hæredum qui semper loco unius sunt, ut not. per gloss. in lege prima, infra de prætoriis stipulationibus.item dicit Socc.licet illa gloss.uellit quod sint tanquam una persona, tamen quando iudicatur non est una sententia indiuidua, cum unicuique acquiratur ius diuisum ex illa sententia, & actio iudicati & omnis alia est diuidua in una persona, fortius erit diuidua in pluribus. facit l.qui cum procuratorio.§.unius. supra de procuratoribus. unde ipse soluit quod contrarium procedit in pluribus hæredibus nouum iudicium intentantibus, sed quando succedunt defuncto qui iudicium intentauit, ipsi non possunt illud diuidere, quia fuit unica actio, & coguntur dare unum procuratorem qui illam unicam actionem intentet.dict. §. si tamen plures. & concordat l. non tamen. ff. de procur. in alio casu. Sed tu potes respondere, quod nec etiam hoc casu impediuntur separatim agere, quia si intentant unam actionem omnes, ut probatur in d. §. si tamen plures. ibi desiderante stipulatore. tenebuntur dare unum procuratorem. & quando faciunt nouum iudicium, adhuc si inordinate agunt, tenentur dare unum procuratorem. dicta l. quod si nolit.§. si plures. & ideo tota uis uidetur consistere an inordinate agant.igitur si in dicta l.si familiæ hæredes unius hæredis peterent suas uiriles, repellerentur quia unam solam partem defuncti petere possunt quam postea alio iudicio debent inter se diuidere, sed si cõcordarent in petendo illam solam portionem debitam authori suo, nihil impediret quod non possent agere diuisim. dicto. §. unius. aliam rationem etiam adducebat Aretin. quod tenentur dare unum procuratorem, quia unusquisque est actor & reus, & ne fiat contradictio debent dare procuratorem, & attenditur illa qualitas quæ est magis fauorabilis aliis consociis, argument. leg. si pupillus. ff. ad legem falcidiam, & hoc est fauorabilius, ut citius expediatur causa. Soccinus tamen dicit hoc non facere causam magis indiuiduam, tu dicas quod imo facit causam magis indiuiduam, quia si

discordant repelluntur a iudicio ex inordinato modo agendi, & factum unius nocet omnibus, cum faciat totam utilitatem omnes ammittere, aliam etiã declarationem ponebat Aret. quam etiam reprehendit Soc. Rippa finaliter dicit ꝙ sibi placet etiam gl. ibi, ꝙ natura diuisionis hoc inducat, quia in persona omnium ferrenda est sententia, alias res non ualet.l. in hoc iudicio.ff. famili. hercíscundæ.Maria.dicit ꝙ illud ibi contingit quia iudicium erat inceptum cum uno, ergo ne unũ iudicium diuidatur in plures, illud ibi dispositum fuit ut detur unus procurator, ut secus esset si ipsi nouiter inciperent iudicium, uel secundum Ruy. ibi per naturam negotii consideratur totus casus occurrens, quia ibi erat lis incepta, & ꝙ ibi actor erat etiam reus, & sic facultas agendi erat unita cum defensione, & defensio est indiuidua & requirit unum procuratorem, dicto.§.si tamen plures, ergo etiam illo casu requiritur.

434 Tu potes dicere † claram esse rationẽ, quia si particulariter agerent non peterent tertiam partem hæreditatis prout faciebat defunctus, sed peterent nonam partem, & grauarent cohæredes qui tenebantur diuidere in tres partes, ut facerẽt nouem partes, & sic induceretur nouum iudiciũ & noua narratio, & nouus libellus esset dandus, & potest dici ꝙ illa actio ad tertiam partem competens defuncto nõ diuiditur inter hæredes, sed ipsis pro sua portione causatur noua actio quæ non potest intentari in illo iudicio, cum esset mutare actionem contra no. in l.edita.in materia mutationis.C. de edendo. itẽ etiã aduertas, ꝙ doc. dicunt hæc duo exempla non conuenire secundæ regulæ de qua agimus, & ideo non esse bona, nam hæc oppositio non est admittenda, ex eo quia Bar. hic ista duo exempla non posuit ad regulã secundam quando agitur nomine alieno, sed posuit pro limitatione primæ regulæ, quando agitur nomine proprio, cui bene conueniunt & faciunt optimã limitationem ad eam per rationes tamẽ supra declaratas. & si referres ad secundam regulam de nomine alieno facerent ampliationem ad eam & confirmationem non autem limitationem, & solum conuenirent propter quandam similitudinem.

435 Item etiã aduertas † Circa intellectum d.§. si tamẽ plures, quia dum loquitur de fideiussorib. non potest intelligi ꝙ hæredes sui agant nomine alieno sed nomine proprio, cum ipsi sint obligati, & quamuis ipsi defendant principales, tamen concurrunt cum eis qui se defendunt per propriam actionẽ & exceptionem, unde dicebat Alci. quod ipse non reperit in iure aliquem agere nomine alieno, seu cum aliena actione nisi sit procurator, de quo non tractatur in illo tex. unde uere non probat conclusionem Petri de eo qui agit nomine alieno, subdit postea hic Alcia. ponendo distinctionem quando plures agentes cogantur dare unum procuratorem, & in effectu ponit regulam, ꝙ plures agentes possunt dare plures procuratores. Fallit quando in actione continetur defensio quæ est indiuidua, quia tunc tenentur dare unum procuratorem. d.§.si tamẽ plures. ne fiat deterior cõditio agentis. Secundo fallit quãdo iudicium incipit ab uno & decessit plurib. hæredib. relictis, quia etiã tenentur dare unum procuratorem cũ fieret præiudicium ipsi actori mutando actionẽ & formam iudicii. d.l.quod si nolit.§.cum plures, & d.l.si familiæ.& licet incommoditas inducatur ex uariis causis, semper hoc seruabitur, ꝙ quando iudiciũ transit in plures personas, ne ex persona hæredum mutetur forma agendi, erit opus dare unum procuratorem desiderante actore, dictis iuribus.

436 Prædictæ † tamen omnes discussiones & considerationes procedunt circa spetialem cognitionẽ exẽplorum positorum per Bar. quæ plærunque ex subiecta materia mutant naturã suam propter uariũ modum agendi, per quã ex accidenti efficiũtur diuidua uel indiuidua. sed tamen quantũ ad materiã tex. nostri, in utraque quæstione est eadem determinatio, ꝙ tã stipulatio de non excipiendo, quã de agendo est diuidua in omnib. illis casib. in quibus per contrauẽtionem ab uno factã non priuatur stipulator nisi parte rei, nã tunc obseruantes faciunt ut stipulator habeat totã utilitatem in parte eorũ respectu partis sicut in toto respectu totius, si uero per contrauentionẽ priuetur stipulator tota re, tunc dicuntur indiuiduæ stipulationes, & pœna cõmittitur cõtra omnes pro hæreditaria portione, per d.§.item si in facto, & d.l.5.§.fi. nã tunc obseruantes pro parte sua non faciunt ꝙ stipulator habeat utilitatẽ in parte respectu partis sicut haberet in toto, quando autem hoc eueniat non possunt dari firma exempla, quoniam unũquodque exemplum uariari potest propter subiectã materiam, & propter uaria accidentia, ut patet ex discursu posito in exemplis prædictarum quæstionum per quæ potes inferre ad multa alia.

437 Quinto † quærit Bar. de quæstione proprie pertinẽte ad text. nostrum, in quo dicitur ꝙ stipulatio amplius non agi & rem ratam haberi dicitur esse diuidua, unde dubitatio est magna de qua sæpius facta fuit mentio supra in discursu tam in notabilibus quã in oppositionibus, utrum hæc cõclusio tex. nostri sit generalis, ꝙ semper stipulatio amplius non agi & rẽ ratã haberi dicatur esse diuidua ut semper cõmittatur pœna contra contrafacientem tantum pro portione, & Bar. refert Dy. determinantem ꝙ solum sit diuidua quando agitur ad quantitatem uel factũ diuiduum sui natura, secus autem quando agitur ad rẽ indiuiduã, quia tũc efficitur indiuidua ratione subiectæ materiæ propter adiunctum. arg. l. si ita fuerit. §. quæstio hæc. ff. de manumis. testam. & ideo tunc cõmittetur pœna ex contrauentione unius contra omnes hæredes pro hæreditaria portione, Petrus uero tenebat contrarium, ꝙ imo semper sit diuidua, ex eo quia obseruatio partis a cohæredib. facit ut stipulator consequatur plenam utilitatem in illis partibus, & solum priuetur commoditate partis contrafacientis, cum contrafaciens solus non possit cõsequi integram seruitutem in fundo communi dissentientibus cohæredibus, per l. itinere. de seruitutibus rusti. prædiorũ. Bar. autem primo argumentãdo defendit Dy. Io. uero distinguẽdo dicit Dy. bene loqui quãdo quis promiserat amplius nõ agere ad seruitutẽ cõstitutã, sed Petrũ bene loqui quando quis promisit amplius non agere ad seruitutẽ constituendã, ut hic per eũ.

Ex cuius dictis habes duas principales conclusio-
438 nes prima est † quod ubicunque aliquis promisit amplius non agere ad seruitutem constitutam, & unus ex hæredibus eius agit, tunc stipulatio dicitur indiuidua, ex eo quia cum seruitus sit constituta, non est opus ut amplius cohæredes concordent, & consentiant de loco. iuxta dictam leg. itinere. unde ipse agens solus cum habeat actionem ad integram seruitutem consequitur eam totam ut stipulator priuetur commoditate totius stipulationis, & cohæredes obseruantes nullam utilitatem præstiterunt ei, quoniam per suam contradictionem non potuerunt impedire illum solum agentem consequi totam seruitutem, & istam conclusionem Bar. sequuntur communiter doc. quoniam cõcordat cum natura indiuiduorum, de qua habetur in d.l. 2. §. ex iis. & in d. §. itẽ si in facto. & in tex. nostro, & licet aliqui opponant ut per Alc. hic in fi. nu. 202. tamen cũ defendunt & approbant ut infra dicetur, & ego etiam puto esse uerã per rationes Doc. de quib. inf. dicam & per aliã rationem, quia quando seruitus est constituta tunc cõpetit illi cui data est actio in rem non autem actio in personam, ut habetur in §. æque. insti. de actionib. & in l. corruptionem. C. de usufructu. unde dicitur quis promittere non agere actione reali, quo casu per talem conuentionem non extinguitur actio ipso iure, sed remanet integra, licet cum obstaculo exceptionis, quoniam per promisionem de non agendo uel non mouendo controuersiam non transfertur
* dominium, ut est gl. communiter * approbata in l. stipulatio ista. in prin. in uerbo successores. infra eod. & facit l. si pro fundo. C. de transactio. & tenuit Alcia. in alio proposito supra num. 61. unde sequitur ꝙ ipsi hæredi agenti competit rei uendicatio ad integram seruitutem, & eam potest in totum habere seu manutenere, & non poterunt alii hæredes impedire, qui soli non possunt auferre dominiũ quæsitũ cohæredib. suis, ideo opinio hæc omnimodo est tenẽda.
439 Secunda est † conclusio Bar. quod ubicunq; quis promisit non agere ad seruitutẽ constituendam, si unus ex hæredibus eius agat, stipulatio erit diuidua, quia ipse non potest consequi seruitutem in fundo communi nisi consentiant hæredes, d.l. itinere, quæ proprie procedit in seruitute constituenda. unde remanet ꝙ stipulator retinet fundum suum liberũ non obstante petitione illius agentis, & sic propter obseruationem cohæredum consequitur utilitatem suæ stipulationis nedum pro parte cohæredum sed etiã in tota seruitute, quoniam agens nihil de seruitute consequi potest, nam cum seruitus est constituenda competit illi cui debetur sola actio personalis, & non potest competere actio realis, cum nondum dominiũ ipsius sit acquisitum. ut no. in d.l. corruptionem. C. de usufruc. & in d. §. æque. insti. de actioni. & sic iste casus differt a præcedenti, quia ibi promisit non agere actione reali, quæ per talem promissionem non extinguitur, hic uero promisit non agere actione personali, quæ solet ex tali promisione extingui, ut nulla actio competat, si hoc actum est ut tollatur. l. si unus. §. pactus ne peteret. ff. de pac. & tenuit Alcia. supra in alio proposito. nu. 60. ideo cũ agens nullã habeat actionẽ non potest consequi seruitutẽ, & stipulator retinet cõmodũ suæ seruitutis, & istã opinionẽ
* sequuntur cõiter * Doc. nã licet uideãtur uariare, tamẽ postea eã defendũt ut hic per Alc. Rip. & Maria.
440 Quinto † aliqui uolebant ꝙ nulla committeretur pœna etiã ꝙ ipse egisset, quoniã nullum damnum fecerit stipulatori qui integrũ ius suum retinet sine aliqua diminutione, ut saltẽ deberet obstare exceptio. iuxta. §. itẽ si in facto. supra eod. & l. si seruus. §. si pluriũ. supra si quis cautionib. tamen Alci. hic dicit hanc opinionẽ non esse uerum, ex eo quia licet nõ priuet stipulatorẽ ipsa seruitute tamen incidit in pœnã propter molestiam præstitam, quia in stipulatione amplius non agi de actione personali cõtinetur obligatio de non mouendo controuersiã seu uexationẽ de facto. l. ubi pactum. C. de transactio. & tenuit idẽ Alcia. num. 60. per tex. in l. stipulatio ista. §. alteri. infra eo. & satis potest procedere tenẽdo cõem, sed de ueritate statim dicetur. alii uero uolebant, ꝙ iste propter hoc ꝙ moueret cõtrouersiã incideret in pœnã insolidũ, & ꝙ omnes cohæredes insolidũ tenerentur ad pœnã, quia uidetur cogitasse de petitione seruitutis de facto, arg. l. mulier. §. fi. ff. de condit. & demon. quã tamen opinionem reprehendit hic Alc. & bene, quia stipulationes in dubio intelliguntur de iure non autẽ de facto, quia semper uerba capiũtur in propria significatione de iure in dubio. Tertia quoq; erat opinio, ꝙ pœna cõmitteretur insolidũ contra cõtrafacientẽ tantum, quã etiam reprehendit hic Alc. & bene, ex eo quia conditio indiuiduorũ solum operatur ꝙ pœna committatur insolidum, sed tamen quia ipsa est diuidua & propter l. 12. tabularũ inter hæredes diuisa nõ potest unus teneri nisi pro parte, & necessario agitur contra omnes pro hæreditaria portione, ut supra sæpius dictum fuit, per tex. nostrum, & sic hucusque opinio Bar. remanet defensata.
441 Contra † tamen hãc conclusionẽ ita firmatã instat Rip. hic, & contra primã, quando promissũ fuit agere ad seruitutẽ constitutã, quia imo per actionem unius non cõsequitur stipulator totũ dãnum, cum ille in effectu nõ petat nisi partẽ seruitutis, ergo stipulator dando estimationẽ partis liberabitur, & sic nõ habebit dãnum nisi in parte, Replicat idẽ Rippa, Negãdo ꝙ possit liberari dando partẽ estimationis, quia alias sequeretur ꝙ ipse liberaretur a parte seruitutis & non teneretur amplius ad totã seruitutem sed ad duas alias partes ꝙ est impossibile. l. libertus. §. operarũ. ff. de oper. libertor. l. pro parte. in fi. ff. de seruitutib. & l. 1. C. de cõium rerũ alienatione. cũ seruitus non possit pro parte ammitti neq; alienari. Præterea tu adde ꝙ cũ seruitus sit cõstituta nõ agit ille nisi ut ipse ea utatur & agit actione reali ad totam seruitutem, & non potest dari estimatio, & pro non usu & pro seruitute quam soluens non consequitur, quia habet & nõ potest solui estimatio pro patientia præstãda, quæ in effectu petitur. arg. l. 2. §. 1. ff. si cer. pet. & est quædã obligatio ad restituendũ quæ nõ potest pro parte fieri ut supra uidimus in eius materia.
442 Iterũ opponitur † per Alc. ꝙ imo stipulator nõ habeat nisi partẽ damni, quia mortuo illo qui habebat seruitutem multiplicantur in hæredibus seruitutes,

d.l.2.§.ex iis. ergo si unus agit pro sua seruitute tantum remanet stipulator liberatus a seruitute nō agētium, & solum damnificatur in seruitute debita agenti, ergo nō præiudicat nisi in parte, & per consequēs est diuidua obligatio, Respondet ipsemet, quod imo est unica seruitus tantum in omnibus, & tota in toto fundo & in qualibet parte, licet plures personæ utantur ea, ut per Bar. in l. stipulationes. in tertia oppositione. infra eodem, & l. seruitutes. ff. de seruitutibus. unde pro obseruatione aliquorum solum consequitur quod ipsi non utuntur, & non molestatur ab eis, sed tota seruitus remanet debita & integra quæ plene debetur etiam aliis non agentibus, & per consequens per actionem unius fit damnum in tota seruitute etiam pro parte obseruantium, & merito pœna debet committi contra omnes. Replicari tamen potest, quia imo uidetur quod seruitus possit multiplicari si diuidatur fundus cui debetur, & unusquisque hæres uadit per illum fundum ad suam portionem fundi ex propria seruitute, ut est text. in l. non satis. & ibi gloss. magistralis, quemadmodum seruitutes ammittantur. Dupplicatur quod dato quod sint plures seruitutes multiplicatæ, tamen ille qui agit petit tantum illam seruitutem debitam & promissam per stipulatorem, & ipsi defuncto debitam, & agendo præiudicat stipulatori in totum in illa seruitute debita defuncto, quæ eam conseruat totā.

Tertio adhuc instatur, quod imo solus agens non præiudicet nisi in parte per Marian. hic, quia stipulator potest opponere exceptionem pacti de nō petendo, quod transit etiam ad hæredes, & si opponendo se defendit non potest consequi pœnam, arg. l. rescriptū. §. si pacto. ff. de pactis. & in effectu nō habet damnum nisi pro parte, & nihil damnum pro parte obseruantium. Respondetur quod si est oppositum pactum, ut rato manente pacto debeatur pœna, contrarium non obstat, quoniā poterit se defendere per exceptionem, & etiam consequi pœnam, ut per gl. in l. qui fidem. ff. de transactionibus, sed si non est apposita illla clausula, adhuc pœna committitur in totum, licet repellatur per exceptionem si se defendit per pactū, sed si se non defendit potest consequi totam pœnam, quia habuit totum illud damnū, & semper pœna committitur in totum, & est illud de quo disputamus. Præterea ꝙ non posit exigi pœna non est absolutum, cum contrarium dicatur in l. amplius non peti. ff. rem ratam haberi, & ibi no. & sic conclusio Bar. remanet uera, quod stipulator priuetur tota re, nam tria damna consequitur uno solo agente, primo quod molestatur de facto & de iure & cogitur expendere & ire ad curiam in aliam ciuitatē. Secundo ꝙ tenetur litigare. Tertio ꝙ non potest habere remissionem seruitutis nec liberationē ab eo, quæ non contingerent si omnes obseruarent, & hanc rationem sequentes Barto. referunt hic Alcia. nu. 181. Rip. nu. 89. & Marian. nu. 247.

443 Contra † autem secundam conclusionem, quando promissum est non agere ad seruitutem constituendam, ꝙ imo stipulator nullo modo posit agere quia nullum damnum consequitur, & sic contra Dy. Bar. & Petrum, quia si solus agit potest dicere conuentus, cōcordare cum aliis quia tibi soli nō teneor respondere, & interim seruitus neq; acquiritur neq; deperit. d. l. itinere. & d. l. pro parte. & cū iis solis uerbis se tuebitur, & nunquam præstabit æstimationem aliquam, & per consequēs nullum damnum habebit, & est de mente Soc. hic in uersi. sed considera, sed potest defendi Bar. admittendo ꝙ non cogitur stipulator dare seruitutē, tamen nō potest negari quin fuerit in iudicio molestatus, & non fuerit contestatus litē, & habuerit expēsas pro procuratorib. & aduocatis conducendis, & forsan pro eundo ad alienas ciuitates, ergo propter contrauentionē suam incidit in pœnam tā ipse quā cohæredes. l. amplius nō peti. ff. rem ratā habe. hæc tamen responsio notabilis est ualde, & si uera esset, tolleret multas cōsiderationes docto. hic, & multas eorum inuolutiones, & faceret ꝙ semper omnes inciderent in pœnam per contrauentionem, uel saltem ipse, sed tamen non est tuta, quia alioquin semper stipulator haberet & rem & pœnā contra legem rescriptū. §. si pacto. ff. de pactis. ideo uidetur quod d. l. non amplius, procedat solum quando est clausula, rato manente pacto, licet litera non dicat, uel eam declarat ut statim subiiciam, placet tamen opinio contra Bar. & Petrum, quod iste stipulator non posit cogi præstare æstimationem neque partis neque totius, non solum per dictam rationē, quod soli non potest quæri, sed quia ille habet exceptionem pacti de non petēdo propter æstimationē cū qua se defendere potest, unde uidetur adhuc multum probabile ꝙ nulla pœna committatur quando stipulator se defendit uel propter pactū uel propter discordiam, uel saltem committatur cum obstaculo exceptionis, & nō posit cogi ad aliquam æstimationem, cum ipsi impediantur agere ex facto suo. arg. l. penult. soluto matrimonio. & l. 1. §. quod autem. ff. quorum legatorum. ideo cum obseruantia illorū cohæredū fuerit causa quod stipulator nullū sit passus damnum, nulla pœna committetur, uel si committetur obstabit exceptio, & sic neque Petrus neq; Bar. bene dixerunt, hoc tamen erit, quia seruitus est indiuidua, per dicta iura, & cum sit indiuidua probatur opinio Dy. quod obligatus non agere ad seruitutem tenetur ad factum indiuiduum indistincte, quod ego puto uerum ut infra dicam.

444 Quare alii † uolentes saluare Bar. dicunt ꝙ stipulator de facto cogitur constituere seruitutem argu. l. mulier. §. fi. ff. de conditio. institutionum. & l. per fundum. ff. de seruitutibus rusticorum prædiorum. ubi licet unus solus non posit constituere seruitutem, tamen si constituit, non potest prohiberi uti, & ut dicebat Dy. tota pœna committetur. Sed respondetur quod lex per fundum procedit quando uni iuste debetur seruitus, quia conseruabitur constitutio de facto licet nō sit uere quæsita, in hoc autem casu iuste non petebatur propter pactum de non petendo, & cessat ratio benignitatis & æquitatis in qua fundatur d. l. per fundum. & opinio Dy. non procedit. præterea ille tex. loquitur quādo seruitus erat libere præstita, hic autē recusabat stipulator, & iudex uerisimiliter cum non coget nec cogere poterit stantib. allegatis in iudicio contra seruitutem.

Quam-

Quamobrē Raphael quoq; uolens defendere Dy. dicebat ꝙ semper pœna cōmittitur ex hoc solo ꝙ ille agit ad totā seruitutem, & contestatus est litē, per d. l. amplius non peti. ff. rem ratam habe. sed Soc. negat, allegans nō facere ad propositū, intendens dicere ꝙ quamuis pœna cōmittatur per litis contestationē, tamen quanta sit non apparet de præsenti, sed apparebit ex fine litis, quia si solū pars petita soluetur, habebit damnū particulare stipulator, si tota soluetur habebit totale dānum. Secundo respōdet, ꝙ Bar. considerauit effectū, ꝙ in se uerum est quantū ad intentionē Bar. sed an bene dicat nō probatur. Alc. uero inquit ꝙ est ualde dubiū an cōsideretur effectus, quia illa lex est multum clara. & Bar. ibi in sua distinctione col. 2. præsupponit ꝙ pœna cōmittatur per litis cōstitutionem, & solum inspiciatur executio ad sciendum an in totum uel pro parte, ut dicebat Soc.

Tu autem cōcordando opiniones potes dicere, ꝙ stipulatio ista potest concipi uariis modis, & per uarios modos demonstratur uaria intentio seu uoluntas contrahentium secundum quam pœna cōmittitur a principio uel in fi. ut per Bar. ibi col. 2. in fi. qui ponit uarias cōceptiones, & in stipulatione amplius non agi, puto considerandum, aut intentio fuit ad simplicem molestationem & tunc cōmittitur per litis contestationem, ut ibi, aut intētio fuit ad effectū, & non cōmittitur nisi per effectū post sententiā, & iste tex. uidetur præsupponere ꝙ in dubio consideretur effectus, quia si consideraretur simplex factū agēdi semper esset indiuidua in omnib. rebus etiam diuiduis, quia omne factum agendi consideratum respectu sui semper est indiuiduum utsupra dixi, itē Bart. in d. l. amplius non peti. non facit mentionē de istis uerbis amplius non agi, sed solum de illis uerbis amplius non peti, quæ uidentur referri ad rei uendicationem, & uerbū petere, uerificetur per litis cōtestationem, & quid sit de uerbo agere, ibi non dicitur, unde uidentur hæc iura posse cōcordari, ut iste tex. loquatur de stipulatione amplius non agi, & d. l. amplius. de stipulatione amplius nō peti, & sic loquūtur hæc iura in diuersis terminis, & solutio Cuma. nihil faciat, tamen in effectu uidetur ꝙ sit idem sensus, per tex. in l. uinum. ff. si cer. pet. coniūcta l. ratio. §. cū per uenditorem. ff. de actio. empti. & l. fin. ff. de triticaria actione, & facit lex actio. in personam. ff. de actio. & obligationibus. & est gl. & ibi Paul. de Castro in l. si postea. ff. de peculio.

Vel possumus dicere, ꝙ stipulatio, amplius nō peti, committatur sæpius primo propter molestiā ad interesse, & hoc fit per litis contestationem, secundo cōmittatur per executionē ratione rei & interesse, & sic requirat effectum solutionis, sicut in simili dicitur in d. l. si procurator. ff. rem ratā haberi. in 2. responso, & l. si sic stipulatus, infra eod. & l. nisi. §. quæsitū. ff. si cui plusquam per l. falcidiam. & sic solutio erit. quod d. l. amplius nō peti, nō loquitur de cōmissione pœnæ, sed de cōmissione particularis interesse uel de pœna apposita ad factum molestiæ, teneas primam & ultimam, & per eas declara istum tex.

445 Quarto † pro Dy. & contra Petrum, & Bar. facit, quia imo stipulatio, amplius non agi, debeat reputari semper indiuidua quia ipsa seruitus non potest deberi nisi pro parte, & non potest peti nisi insolidū. d. §. ex iis. ergo quando unus solus hæres agit petit totā seruitutē, & molestat eum in tota seruitute, & agendo petit condemnari ad totam seruitutē, ita ꝙ operatio sua & intentio est ꝙ stipulator priuetur tota cōmoditate, & non debet considerari ꝙ ex accidēti deueniatur ad æstimationem, quia omnis stipulatio seruitutū esset diuidua, per l. loci corpus. §. si fundus. ff. si ser. uendicetur. quod est contra legem stipulationes. infra eod. & ibi etiam dicetur de stipulationib. factorū. nam quantū ad primitiuā obligationē semper stipulationes ad indiuiduum sunt indiuiduæ, ut per omnes supra in prima oppositione Bar. potes tamen respondere defendendo Bar. ꝙ ipsa stipulatio affirmatiua de constituendo seruitutē est indiuidua, ut in præcedenti quæstione, tamē ista stipulatio negatiua de amplius nō agendo ad seruitutē poterit esse diuidua, utsupra, cum ipse contraueniens nisi æstimationis partē & stipulator damnum pro parte tantū.

446 Nihilominus † quia assumptū Bar. & Petri est falsum ꝙ stipulator cogatur soluere æstimationem partis, uel etiā constituere seruitutem recepta estimatione, remanet ꝙ non dicitur esse in damno aliquo, & si soluit uoluntate sua soluit, & sibi imputetur, ꝙ totū est, quia seruitus est indiuidua quæ pro parte neque per unum potest acquiri, & per cōsequens stipulatio negatiua, amplius nō agi, semper est indiuidua, & militat ratio, quia stipulator molestatur in tota seruitute, & non potest molestari in parte quin molestetur in totum, & insolidum conuenitur ad totam seruitutem, & contrauentio per unum fit insolidum, & confirmatur per primam regulam tex. nostri, quæ loquitur de stipulatione negatiua ad factum indiuiduū, ut in stipulatione per te non fieri, & tamen pœna committitur insolidum. Confirmatur quoque, quia utsupra dixi, quando agitur ad seruitutem constituendā competit sola actio personalis quæ per stipulationē, amplius non agi, uidetur extincta ipso iure, ut dixit Alciat. supra nu. 61. & ideo promissio, amplius non agi, continet non mouere controuersiam. arg. l. stipulatio ista. infra eod. ideo committitur pœna per solam litis contestationem & in totum, quia ipse agit ad totam seruitutem, & tunc est amplius non agere diuidua quando intentat actionem ad partem rei petitæ tantum.

Vnde tu facias regulam generalem, quod stipulatio tam affirmatiua quam negatiua respiciens rem, uel factum indiuiduum semper dicitur esse indiuidua, & semper pœna committitur insolidum si contrafiat, uel nulla pœna committetur si contrafaciens non poterit præiudicare pro parte sua, cum sit res indiuidua, nisi stipulatio contineat clausulam de non mouendo controuersiam, quæ tamen in dubio præsumitur quando promissio est de non agendo actione personali, ut dictum fuit, & ideo opinio Dy. regulariter est uera indistincte.

Tertia colligitur cōclusio ex d. Bar. ꝙ quādo unus ex hæredib. promissoris de amplius nō agēdo ad seruitutē est effectus dominus totius fundi cui debetur seruitus unus solus cohæres pōt cōsequi totā serui-

tutem, quia non est necessarius consensus aliorum. d. l. itinere, ideo stipulator cogetur totam præstare, & habebit totum damnum, & per consequẽs pœna cõmittetur contra omnes, sed hæc conclusio ut præcedens præsupponit unum falsum, ꝙ stipulator possit cogi præstare seruitutem, ꝙ de iure non procedit, quoniam potest se defendere per exceptionẽ pacti, d. l. si unus. §. pactus. ff. de pactis, & §. præterea debitor. inst. de exceptionibus. ergo si præstabit faciet ex uoluntate, & si coactus fuit a iudice præstare sententia fuit iniqua, quæ sententia non poterit præiudicare aliis cohæredibus nõ obseruãtibus. l. si per imprudentiam. ff. de euictionibus. neq; error stipulatoris. l. si fundo. §. 1. & l. & Ideo. cum concor. ff. de euictionibus, igitur non cõmittetur pœna contra alios cohæredes obseruantes. d. l. si per imprudentiam. poterit tamen agere ad pœnam contra illũ contrafacientẽ, qui non poterit allegare ꝙ iniqua sit sentẽtia, & si dicatur, secundum hoc nunquam præcise committetur pœna contra obseruantes, quia iniquitas contrafaciẽtis nõ debet nocere cohæredi, ꝙ expresse est cõtra tex. in d. §. item si in facto. cum omnib. aliis de materia quæ hanc conclusionem confundere uidentur, respondetur ꝙ illa iura procedunt quando contrauentio fit extra iudicium, & non potest considerari iniquitas iudicis, in hac autem stipulatione amplius nõ agere contrauentio fit in iudicio, & non potest habere effectũ nisi consentiat iudex, taliter ꝙ nõ est proprie ille hæres agens qui facit damnum stipulatori, sed est iudex ipse, & cohæredes non tenentur de facto iudicis, & solum pœna cõmittitur contra ipsum agentem qui iniquitatem illam non potest allegare, & hæc põt esse una ratio quare stipulatio amplius non agi sit diuidua, quia unus non potest sua authoritate sola præiudicare stipulatori neq; cohæredibus, & in stipulatione amplius non agi ad rem diuiduam concludit optime, & per aliam rationem opinio Petri poterit sustineri ꝙ hæc stipulatio nunquam committatur nisi contra contrafacientem, & nunquã cohæredes poterunt incidere in pœnã ex facto cohæredis contrafacientis, non quia sit diuidua, cum imo semper sit indiuidua quãdo datur ad rem indiuiduã, sed quia sine iudice non potest cõtraueniri, & iniquitas iudicis non debet nocere cohæredib. obseruantibus, & habes unam ampliationẽ ad istud exemplũ de stipulatione amplius nõ peti, ut procedat etiã quando agitur ad rem indiuiduam, & solum contrafaciens pro parte teneatur.

447 Propterea † ad tollendã istam obiectionem fuit forsan inductum ꝙ stipulatio amplius nõ agi contineat clausulam de non molestando de facto & non agendo, ut supra dictum fuit, & propterea cõmittatur pœna nõ expectata executione sententiæ, sed ex hoc solo ꝙ sit facta litis contestatio, quia tunc apparet de cõtrauentione, & hæc uidetur esse tutior opinio propter tantas inuolutiones quas implicant hic doc. unde hæc promissio de amplius non agẽdo ex interpretatione Iurisconsultorum recepit hanc determinationem ꝙ contineat clausulam de non mouendo cõtrouersiam, quæ potest fieri pro parte quando agitur ad partem rei, & potest fieri in totũ quando agitur ad totam rem, & propterea potest esse diuidua & indiuidua ratione subiectæ materiæ, & hãc tene quia clarior est & facilior. Non obstat ꝙ habeat rem & pœnam, quia imo habet solam pœnam, quoniam apposita fuit propter damnum incurrendum propter molestiam, non habito respectu ad priuationem plenariam rei a qua molestia causatur interesse sindicatus ad faciẽdum promissionem pœnæ ualidam. l. fi. ff. de prætor. stip. & §. fi. insti. de uer. obli. & habes in totũ confirmatam opinionem Dy. ꝙ generaliter promissio de non agendo ad rem indiuiduam semper dicatur esse indiuidua propter clausulam de nõ mouẽdo cõtrouersiã quæ in dubio semper præsumitur inesse.

448 Sed tamen † doc. adhuc non explicauerunt omnes difficultates, nam hic non examinãt utrum promissio de amplius non agendo ad domum uel fundũ dicatur diuidua uel indiuidua, & semper ad hanc quæstionem se remittuut, & hic nihil dixerunt. Dy. uidetur sentire quod sit indiuidua, quia solum uult esse diuiduam quando agitur ad quantitatem uel factum diuiduum, & idem uidetur tenere Bar. supra, & doc. in multis locis in discursu, per illam rationem, quod potest deuenire ad inconueniens. §. pro parte, cum uno obseruante stipulator habeat rẽ ipsam, pro parte uero non obseruantis tantummodo possit habere interesse, & ita habet solutionem in diuersis reb. quæ facit omnes stipulationes esse indiuiduas solutione. per l. 2. §. & harum. supra eod. & l. in executione. §. pro parte. infra eodem.

Contrariũ tamen tenuerũt multi moderni supra relati, quia hæc declaratio nimis restringit & uiolat hunc tex. qui simpliciter dicit stipulationem amplius non agi & rem ratam haberi esse diuiduas, & restringendo ad negotium pecuniarium quasi ad nihilũ deduceretur iste text. & illa ratio quæ militat in negotio pecuniario militat etiã in aliis reb. corporalibus, quoniã ut dixi in præmissis omnes res corporales dicuntur diuiduæ ex diuisione intellectuali in partes quãtitatiuas, quoniã affert utilitatẽ in parte sicut in toto, & factum ꝙ exercetur super re existente in rerũ natura dicitur esse diuiduum secundum naturam rei cui adhæret, ut supra sæpius dictum fuit.

449 Non obstat † ꝙ fiat solutio in diuersis rebus, quia responsum fuit ꝙ hoc non consideratur, ex eo quia stipulator habebat exceptionem pacti de nõ petẽdo per quam poterat repellere agentem & retinere totam rem, unde si postea non se defendit ex culpa sua incurrit hoc damnum, ideo debet sibi imputare. argno. in regula imputari, de reg. iur. in 6. cum uulgarib. Secundo responsum fuit ꝙ inconueniens. §. pro parte. habet locum in stipulationib. affirmatiuis, non autem in negatiuis, & cum hic simus in negatiuis non obstat illa allegatio. Tertio responsum fuit ꝙ dictus. §. pro parte, procedit quando tractatur de solutione fienda in diuersis reb. prout inquit ille tex. & text. in l. 2. §. & harum. supra eod. hic uero nos tractamus de retẽtione rei possessæ, & auocatione ficda, ut per actionem non priuet possidentem parte rei, & non reperitur quod in hoc casu sit consideratum tale inconueniens, ideo stamus in regula communi. argumen. leg. nec non. §. ꝙ eis. ff. ex quib. caus. maiores.

Quarto

Quarto etiam respondetur quod ille text. procedit ubicunque tractamus de pœna incurrenda propter plenam executionem fiendã, sed in stipulatione, amplius non agi, tractatur de pœna incurrenda propter petitionem & litis contestationem & controuersiam motam. dicta leg. amplius non peti. ff. rem ratam haberi, & supra declarauimus, sed quando unus hæres agit ad domum uel fundum, non habet actionem nisi pro parte hæreditaria, ergo non potest agere nisi pro parte, & cum non molestet nisi pro parte, neque possit fieri sententia nisi pro parte, non dicitur molestari stipulator nisi in parte rei, & propterea diuidua reputari debet dicta stipulatio amplius non agi, non considerato illo incidenti quod erit fienda solutio in diuersis rebus, & quod stipulator soluens ex accidenti poterit cogi ad totam rem, maxime cum ista coactio ueniat ex culpa sua ut dictum fuit.

Quare remanet conclusio, quod stipulatio amplius non agi dicitur esse diuidua regulariter tam in negotio pecuniario, quam etiam in aliis rebus, fallit ubicunque promissum fuit amplius non agere ad rem indiuiduam, quia tunc est indiuidua in totum, & secundum docto. aliquando est diuidua certis casibus, ut supra.

450 Sexto loco † quærit Bart. hic sumpta occasione ab iis quæ dicuntur in hoc tex. quomodo hæredes teneantur in stipulationibus indiuiduis, & eorum hæredes, ad finem ut decidat postea quæstionem quid agendum sit in hæredibus in casu quo promissio fuit facta de non offendendo hominem post pacem, quid iuris sit ubicunque aliquis stipulatur usum uel usumfructum pro se & suis hæredibus, & quomodo hæc stipulatio transeat ad hæredes, & dicit promptam esse responsionem quod stipulator in persona sua acquirit usum secundum indigentiam suæ personæ, in persona uero hæredum singulis acquiritur in solidum actio & obligatio, tamen quia descendit a stipulatione defuncti, & promissor grauaretur nimis multiplicando, usus ex æquitate restringitur, ut omnes hæredes simul non possint consequi plus quam habuisset ipse defunctus, sicut stipulatio de seruitute acquirit hæredibus insolidum actionem, tamen restringitur ut in effectu non teneatur promissor nisi ad unicã seruitutem, ut no. in dicto. §. ex iis. Petrus uero dicebat quod imo si essent centum hæredes omnes debent habere integrum usum secundum indigentiam propriam, ex eo quia cum non transeat ad hæredes sui natura opportet quod acquiratur eis ex duplicata stipulatione, ut per unam acquirat sibi usum, & per aliam acquirat usum ipsis hæredibus repetitum, perinde ac si ipsi hæredes stipulati fuissent, & ideo cum si ipsi hæredes fuissent stipulati usum qui est indiuiduus unicuique acquireretur totus iuxta indigentiam personæ singulorum, ita etiam ex stipulatione defuncti ipsis hæredibus tãquam principalibus, & non ex causa hæreditaria acquiritur singulis integer usus pro singulorum necessitate etiam quod esset centum, prout dicebat Petrus, ut hic latius per eum.

451 Ex cuius † dictis colliguntur multæ conclusiones, & prima est, quod usus dicitur esse indiuiduus & ususfructus diuiduus, quam conclusionem sequuntur Docto. hic, per l. prima. §. an usufructus. supra. ad l. falcidiam, & late disputant & firmant in l. stipulationes non diuiduntur, super quarta oppositione Bar. infra. eodem. concludentes quod omnes seruitutes prædiales dicuntur esse indiuiduæ, & etiam seruitutes personales, per dictam l. usus pars, de usu & habitatione. excepto usufructu, & est ratio, quia usufructus continet omnes fructus fundi qui præstant utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, aliæ uero seruitutes tam prædiales quam personales non præstant utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, & sequuntur etiam plærique in dicta l. stipulationes.

452 Secunda † colligitur conclusio, quod seruitutes personales non transeunt ad hæredes, & est tex. clarus in. §. finitur. insti. de usufruct. & de usu & habitatione per totum, quia dicuntur esse fundatæ in persona, ideo extincta persona extinguntur, sicut & etiam fundatæ in rebus extinguntur extinctis rebus. l. 1. ibi salua rerum substantia. ff. de usufruct. quod tamen intellige de hæredibus stipulatoris, secus de hæredibus promissoris ut infra dico.

453 Tertia est † conclusio, quod licet seruitutes personales non sint transitoriæ ad hæredes, tamen possunt per stipulationem defuncti acquiri ipsis hæredibus ex capite repetitionis, non ut sit eadem seruitus quæ est in persona defuncti, quæ transeat in ipsos hæredes, sed est noua seruitus quæ acquiritur ipsis ex noua & repetita stipulatione, ut probatur in l. stipulatio ista §. si quis ita. infra eodem. dum dicit, non iidem sunt fructus, sed alii, quia primi sunt extincti per mortem, & seruitutes personales ex quacunque causa extinctæ possunt per uiam repetitionis acquiri, ut inquit tex. & ibi not. in l. repeti. ff. quibus modis usufructus amittatur, quam conclusionem uidentur pertranseundo affirmare hic Docto. tamen recipit aliquas difficultates de quibus dicemus in 5. conclusione.

454 Quarta † est conclusio Bar. quod seruitutes prædiales debentur prædiis secundum indigentiam prædii dominantis, per l. ergo. §. fi. supra de seruitutibus rusticorum prædiorum, & ideo infert postea ad seruitutem usus quæ similiter debetur secundum indigentiam, & pro hac conclusione est glo. magistralis in leg. non satis. §. 1. ff. quemadmodum seruitutes ammittantur, tamen Ias. opponit & dicit assumptum Barto. non esse uerum, neque probari in dicta leg. ergo, qui loquitur in casibus spetialibus in certis seruitutibus, ut ibi uidetur se declarare text. nam si seruitus calcis coquendæ uel arenæ fodiendæ deberetur simpliciter, posset dominus prædii dominantis uendere calcem & arenam omnibus de ciuitate & absorbere sibi omnes fructus prædii seruientis, & idem esset in seruitute haustus quæ posset absorbere totam aquam, ideo dispositum fuit ut restringatur ad usum prædii dominantis, sed in aliis seruitutibus prædialibus non militat ista ratio, neque etiam adaptatur, ideo non restringuntur per indigentiam, unde inquit ipse, si aliquis stipuletur iter ad fundum

suum per fundum uicini, uel ad domum suam per domum uicini, nulla fiet restrictio ratione indigentiæ prædii dominantis, & ideo consequentia Bartol. est fundata in casu particulari, non autem in natura seruitutum, & uidentur pertransire moderni.

Sed tamen ego puto opinionem Bartol. ueriorem esse, quod imo omnes seruitutes prædiales restringantur secundum indigentiam fundi. per dictam. leg. ergo. §. fi. & uidetur sentire gloss. ibi, dum allegat legem ex meo. & leg. qui duos. eodem titulo, & ratio militat eadem in omnibus seruitutibus, ne ex arbitrio Domini prædii dominantis transeat in infinitum, & probatur in exemplo de itinere, nam si aliquis stipulatus est seruitutem itineris ad fundum suum, intelligitur secundum indigentiam fundi, ut possit ire propter necessitatem culturæ uel acquisitionis fructuum, & propter hanc causam etiam ut possit ibi habitare, & tenere omnes cultiuatores habitantes, hæc etenim est indigentia prædii ut præstet utilitatem naturalem uel ex usu per consuetudinem regionis destinatum, ideo si eueniret quod in illo fundo faceret tabernam, nõ deberet uicinus tenere iter appertum omnibus personis de populo, neque etiam si errigeret tribunal ibi, deberet uicinus facere uiam publicam in fundo suo ut tota ciuitas posset ire ad petendum iusticiam, isti enim usus sunt præter naturam ipsius fundi & ultra indigentiam secundum usum ex consuetudine destinatum, ideo non debentur, & idem & fortius procederet si esset concessum iter per domum uicini eundi ad domum propriam, nam intelligitur secundum indigentiam domus respectu habitudinis, prout est ex communi usu destinata, & si postea faceret tabernam uel erigeret tribunal tunc non deberet uicinus tenere domum suam appertam toto populo ut accederet ad illam domum, propter rationem dictæ leg. ergo. §. fin. solum ergo tolleratur quando multiplicantur personæ ex naturali causa, ut ex successione plurium hæredum, uel etiam si forsan efficeretur doctor ut plures personæ deberent accedere posset tollerari, quia diceretur esse quædam naturalis indigentia prædii dominantis, & sic apparet quod recte intelligendo, & datis paribus terminis, conclusio Bar. procedere potest generaliter, quod seruitutes debentur prædiis secundum indigentiam ipsorum arbitrio tamen boni uiri, & ideo consequentia etiam ipsius posset procedere quatenus reliqua præsupposita sint uera.

Quinta est conclusio quæ principalis est, quod ubicunque aliquis stipulatur usum pro se & hæredibus duæ sunt stipulationes, una est in persona stipulatoris de usu restricto ad indigentiam suam, alia est in persona hæredum, ut singuli habeant usus restrictos ad indigentiam suam non habito respectu quod promissor multum grauetur, cum in stipulatore unum usum præstaret, & in hæredibus si cētum essent centum usus deberet præstare secundum indigentiam eorum, etiam quod absorberent omnes fructus, quia illa ratio procedit quando acquireretur hæredibus ex causa hæreditaria, cum non debeat mutari conditio per personam hæredum, ut inquit text. in dicto. §. ex iis, hic uero non mutatur conditio sed incipit esse in persona hæredum qui tanquam ex propria persona & ex stipulatione noua sibi acquirunt, & hanc conclusionem uidentur etiam sequi communiter * Docto.

455 Sed tamen † in contrarium fortiter facit, quia præsupponit Barto. quod hæredes non uocentur ex causa hæreditaria per text. in l. hæreditarium. ff. de bon. autho. iudi. poss. qui expresse dicit quod est hæreditarium es alienum quamuis non incipiat in persona defuncti, sed solum incipiat in persona hæredū, ut si quis post mortem suam promittat dare certam pecuniam, ita etiam erit quando quis stipulatur usum hæredibus suis ille erit usus hæreditarius quāuis nō incipiat in persona defuncti, quoniam habuit originem a facto & cōuentione defuncti, & propterea debet iudicari acquisitio ex causa hæreditaria, & declarari, prout in aliis hæreditariis acquisitionibus. Ias. hic uidetur stare contra Bar. & eum reprehendere, ex eo quia opponit & nō respondet, & uidentur etiam sentire Doct. in sequenti quæstione.

456 Tamen tu potes † respondere duobus modis, primo, quod ille tex. loquitur, quando interuenit unica stipulatio. nam tunc uidetur esse intentio quod acquiratur hæredibus ex causa hæreditaria, sed in casu nostro dicuntur interuenire duæ stipulationes, quoniam usus in persona stipulatoris non potest transire ad hæredes, & necessario interponitur secunda stipulatio ut incipiat obligatio in persona hæredum, itē in dicta l. hæreditarium, quod promittebatur poterat transire ad hæredes, in casu uero nostro non poterat transire, ideo cum sit nouus usus ex noua stipulatione acquiritur, & non ex causa hæreditaria, secundo potest responderi, ꝙ ille tex. loquitur in hæredibus promissoris, in quibus facilius transit obligatio ad hæredes nos autem in hæredibus stipulatoris, ut probatur in dicta l. stipulatio ista, §. si quis ita, infra eod. coniuncta l. 5. §. reo, supra de usufructu, & tenuit ipsemet Bar. in sequenti quæstione. in uersic. sed dices tu & utraque solutio bona est.

Sed tamen ultra Docto. facit, quia uidetur quod stipulatio ista non ualeat, quoniam hæredes sunt incerti & forsam non existentes in rerum natura, unde stipulatio alteri facta quæ regulariter prohibita est ut in. §. alteri, insti. de inutilib. stipulationib. non uidetur ꝙ cum tanta incertitudine debeat in hæredibus permitti, nisi nominetur persona, iuxta. l. Iulianus. infra eo. sed ad hoc tu etiam potes respondere, & dicere, ꝙ imo hæc incerta stipulatio passim est permissa, ut no. in l. Gallus. §. quidam recte, infra. de lib. & posthum. ubi pater potest stipulari emphyteusim pro se & hæredibus quibuscunq; & pro filiis in infinitum, & tamen ualet, & quotidie obseruatur in feudis ut quis stipuletur pro se & hæredibus masculis in infinitum, qui tamen sunt incerti & non nati. c. 1. §. beneficium, in quib. caus. feudum ammittatur ergo & idem seruabitur in hæredibus. le. pactum. in fi. ff. de probationibus.

457 Sed iterū † & fortius contra dictam conclusionē, quod imo dicatur habere ex successione hæreditaria

taria facit, quia defunctus hic stipulatur hæredibus suis dari tuitionem & non offendi a dicto promisso re uel eins hæredibus, & appellatur stipulatio alteri facta, quæ in persona hæredum indistinctè ualet, quamuis in extraneis non ualeat nisi sua intersit. l. stipulatio ista. §. alteri. infra eod. & §. si quis alii. insti. de inutilibus stipulationibus. in omnibus tamen casibus ille qui promittit alteri dare uel facere, obligatur ipsi stipulari, & in casu quo ualet obligatur etiam alteri dare uel facere, & obligatio quæ est in persona stipulatoris dicitur esse hæreditária, quia fundatur in persona stipulatoris, ut no. in dicto. §. si quis alii, & hoc idem procedit in iure non transmissibili ad hæredes, ut si quis stipuletur alteri dari usumfructum obligatio fundatur in persona ipsius stipulatoris, licet ususfructus uel usus alteri sit quærendus, & hoc est semper uerum, & ita intelligitur tex. in dicto. §. si quis ita, ergo ista obligatio quod promissor teneatur hæredibus dare transit ad ipsos hæredes, & sic ipsi hæredes habent hoc ius ex causa hæreditaria, & appellabitur hæreditarium, argu. tex. in dicta l. hæreditarium. ff. de bon. aut. iudicis possidendis, hoc contrarium uidetur esse forte, tamen adhuc potest sustineri opinio Bart. & fateri quod hæc obligatio transit ad hæredes, tamen alia obligatio quod teneatur ipsis hæredibus dare non est hæreditaria sed dependet ab actu inter uiuos.

Et sicut si quis stipularetur alteri extraneo licet obligatio fundata in persona stipulatoris transiret ad hæredes, tamen ille extraneus non haberet ex successione hæreditaria sed ex actu inter uiuos, ita etiam ipsi hæredes hanc obligationem ut non teneatur eos offendere non habebunt iure hæreditario sed habebunt ex actu inter uiuos sicut haberet quilibet extraneus, & solum requiritur quod sint hæredes, quia stipulatio est facta ipsis cum qualitate hæreditaria, tamen habent ex actu inter uiuos, sicut dicitur in cap. primo. an agnatus uel filius, de eo qui habet feudum ex pacto & prouidentia quod consequitur ex concessione regia extra successionem hæreditariam, tamen quia in concessione fit mentio qualitatis hæreditariæ non consequûtur nisi sint hæredes, tamen immediate a Rege & non a defuncto feudum consequuntur, ut ibi plene no.

Simile est etiam quando testator donauit ipsi filio certa bona & postea instituit hæredem, nam illa bona consequitur ex actu inter uiuos & non ex causa hæreditaria, ut per Bar. in l. in quartam, infra ad l. falcidiam, in distinctione de lege falcidia, & ibi ego late declaraui per multa exempla, demonstrando quod aliquis potest habere bona extra causam hæreditariam & testamentum, licet aliquando reperiantur in hæreditate.

Quare stat conclusio, quod præfati hæredes habent usum ex actu inter uiuos extra hæreditatem quamuis ex stipulatione deufncti consequantur, & per consequens non debet iudicari de eo sicut fit de rebus trãsitoriis ad hæredes iure hæreditario, & sic opinio Bart. remanet uera quantum ad primitiuam obligationem, quid autem sit quando est apposita pœna dicetur in quæstione sequenti, & istam conclusionem etiam approbat Alcia. hic & licet opponat quod in dubio uideatur hæc stipulatio intelligi de usu facti & non de usu iuris, tamen ipse postea tenet cnmmunem, quod imo inteligatur de usu iuris, & respondet adductis per docto.

Ex qua conclusione firmata Alciatus colligit tria notabilia num. 205. unum, quod in re indiuidua non trãsitotia ad hæredes si quis stipuletur sibi & hæredibus suis, talis obligatio non trãsfunditur de testatore ad hæredes iure hæreditario, sed in eis incipit tanquam ipsi stipulati fuissent personaliter dictam rem indiuiduam, per dictum. §. si quis ita, unde infert etiam ad facta uon transitoria ad hæredes, ut & ipsa insolidum acquirantur hæredibus tanquam ex propria stipulatione, & insolidum committatur pœna, ut ipse dixit in. 1. not. dando nouam declarationem per totam materiam, sed tamen nos ibi reprobauimus eius opinionem, & dedimus responsum omnibus adductis per eum, & etiam tangemus in quæstione sequenti, cum de usu ad facta non teneat consequentia, ut ibi dicemus.

458 Secundum † colligit notabile, quod cum hæredes habeant ex separata stipulatione unusquisque hæredum habet nouum usum, ideo sequitur quod tali casu sunt plures usus & multiplicantur ex persona ipsorum hæredum, & firmat etiam Bar. in l. 3. §. econtrario, in ultima col. ff. de acquir. possessio. sed in contrarium ipse adducit tex. in l. 2. §. ex iis, supra eodem. ubi ex persona hæredum non est alteranda conditio obligationis, ideo cum in persona testatoris non esset nisi unus usus, non uidetur posse dici quod in hæredibus efficiantur plures, sed ipse respondet quod ille tex. loquitur quando ex stipulatione transfunditur ius in hæredes ex causa hæreditaria, secus autem quando ex diuersa stipulatione ipsis hæredibus tanquam principalibus ius conceditur, & est uera responsio propter quam tollitur alia obiectio ꝙ ipse promissor habeat tantum damnum contra intentionem suam ut omnes fructus fundi in ipsis hæredibus consumat, nam illud procedit quando unica est stipulatio quæ transfunditur in hæredes, secus autem quando sunt plures stipulationes, nam se inuicem non tangunt, & una est facta promissori alia est facta pluribus hæredibus, & si dicatur, imo etiam in indiuiduis non multiplicatur seruitus sed unica est quæ debetur omnibus, ut habetur in dicto. §. ex iis. respondetur secundum Docto. quod seruitutes reales debentur a re rei, quæ res est unica, & licet perueniat ad plures hæredes, tamen unicum remanet ius restrictum ad illam rem, sed in personalibus seruitutibus ius est fundatum in persona stipulatoris, & restrictum ad eam, ideo si deueniat ad plures hæredes necessario multiplicatur secundum numerum hæredum in quibus consistit, & ad eos restricta est, unde sequitur quod si fundus seruiens diuideretur in plures partes, & per diuisionem fierent plures fundi iuxta l. communi diuidendo. §. primo. ff. communi diuidundo, tunc dicerentur esse plures seruitutes, ut per glo. in dicta l. non satis. ff. quemadmodum seruitutes ammittantur.

459 Idem & † tertium notabile colligitur, quod in

seruitutibus realibus fundus seruiens non grauatur, licet fundus dominans non efficiatur plurium qui deinde eum diuidant, & consequenter multiplicentur seruitutes, secundum glos. in dicta l. non satis, & facit dicta lex. ergo. §. fina. de seruit. rusticorum prædiorum, sed in contrarium ipse adducit quod notat. Aretin. & Paulus in leg. stipulationes infra eod. qui dicunt quod si quis sit stipulatus ius eundi de domo sua ad domum alterius potest alienare domum & cedere illi ius seruitutis, non autem posset cedere pluribus, quia grauaretur promissor, & sequitur hic Iaso. sed Ruyn. reprehendit, sed Alciatus respondet, quod seruitus itineris de domo ad domum non simpliciter consistit in iure reali, sed habet aliquid personalitatis propter habitationem, quod dicitur nihil est, quia omnes seruitutes respectu commoditatis fundantur in personam, ideo tu aliter potes saluare, quod si cedit uni qui emit ualet cessio licet postea multiplicentur personæ ex causa naturali, sed si ab initio uenderet pluribus, uideretur de nouo facere plures seruitutes, quod non est licitum ei, & multa ueniunt in consequentiam quæ non conceduntur principaliter. lege prima. ff. de fundo dotali. & capitul. cum seculum, de iur. patronatus.

460 Septimo loco † Bartolus. quæsiuit de pace quam uoluit subiicere post præcedentem quoniã ab ea dependet, ideo quæsiuit, si quis est stipulatus se non offendi neque hæredes suos, an si offendatur unus ex hæredibus pœna committatur in totum uel pro parte, & omnes agant, uel ille solus, & dicit uideri hanc quæstionem in terminis determinatam fuisse in leg. secunda. §. item si in facto uersic. contra, supra eodem. ubi si quis stipulatur, per te non fieri quo minus ire agere liceat, idest non impediri, ipse neque hæredes sui ire & agere, si unus ex hæredibus stipulatoris sit impeditus, pœna committitur insolidum in fauorem omnium hæredum, ut unusquisque habeat actionem pro parte hæreditaria, tamen solus offensus agere poterit pro sua portione hæreditaria, & alii hæredes agentes repellentur exceptione, quia eorum non interest, ita isto hærede offenso pœna committitur in fauorem omnium, tamen ille solus offensus agere poterit proportione hæreditaria, cohæredes agentes repellentur exceptione, ita quod in effectu offensus agit ad partem, & promissor non potest molestari nisi in parte pœnæ. Bartol. uero dicit quod hæc opinio non est ita expedita, quia ista quæstio non potest determinari per dictum. §. item si in facto, sed debet determinari per quæstionem positam supra de usu, quoniam text. in §. item si in facto, loquitur de stipulatione apposita super iure seruitutis transmissibili ad hæredes, ideo ipsi iure hæreditario habent hoc ius, & determinari debet, ut in illo text. sed in casu nostro hæredes non habent hoc ius ex causa hæreditaria, sed habent ex propria stipulatione quam pro eis testator uidetur fecisse, quoniam ius offendendi non est transmissibile ad hæredes, ideo dicendo promittis me neque hæredem meum offendere duas uidetur fecisse stipulationes, unam de persona sua quæ extinguitur cum ea, & aliam de persona hæredum, perinde ac si ipsi hæredes personaliter stipulati fuissent se non offendi, ideo sicut si ipsi stipulati fuissent hoc indiuiduum acquirerent actionem insolidum, dicto. §. ex iis, ita per dictam secundam interpretatam stipulationem unusquisque acquirit ius insolidum, & tot sunt tuitiones quot sunt hæredes, sicut supra dictum fuit de usu, & propterea postea in uno quoque etiam pœna fuit promissa, unde succedat secundum ipsum, quod uno solo offenso ipse aget ad integram pœnam insolidum ex iure quæsito sibi ex propria stipulatione, & alii cohæredes non poterunt agere, quia neque ipsi offensi fuere neque facta fuit eorum stipulatio, ita quod non est opus exceptione, quia actionem non habent, & sic in effectu concludit quod offensus solus aget ad integram pœnam, & non determinatur hæc quæstio per dictum. §. item si in facto, qnia ibi fit super iure transmissibili ad hæredes, & ad obiecta postea respondet ut hic latius per eum.

461 Ex cuius dictis † colliguntur aliquæ conclusiones, prima est conclusio respiciens intellectum. §. item si in facto, quod ibi stipulatio per te non fieri fuit apposita super seruitute tunc promissa, & uidentur sequi Doctores ibi, tamen hunc intellectum nos reprobauimus supra in præmissis, legendo illum. §. quoniam contradicit literæ, quæ post quam determinauit quæstiones de ipsis seruitutibus & obligationibus dandi subiecit quæstiones de stipulationibus faciendi, dicendo, item si in facto, unde est uiolare text. intelligere de stipulationibus dandi, cum & de stipulationibus faciendi in principio legis dixerat se uelle tractare, ideo ibi figurando casum diximus, quod illa stipulatio fuit facta ab eo qui non habebat prædium cui posset acquiri seruitus, & fuit stipulatio meri facti, quod diximus etiam procedere in aliis duabus stipulationibus sequentibus, & etiam postea subsequenter idem diximus esse seruatum in hoc §. Cato. exponendo illa uerba iter fieri uel non fieri, ut late ibi diximus in præmissis & in notabilibus, ideo cessat principale fundamentum Bartol. unde dicendum est ut in fine.

462 Secunda † colligitur conclusio quod facta non adhærentia iuri transmissibili sui natura non transeunt ad hæredes, idem etiam not. Bartol. in leg. si sic. infra. eodem. cum similibus & uidentur tenere communiter Doctores * saltem in hæredibus stipulatoris, sed istam conclusionem etiam in præcedentibus nos reprobauimus dando regulam generalem, quod omnia facta sunt transmissibilia ad hæredes, per l. ueteres. C. de contrahenda stipulatione quæ necessario loquitur de facto simplici &. non adhærente iuri, quoniam de facto adhærente iuri non poterat esse dubitatio apud antiquos, ideo ut dubitatio esset probabilis, opportet dicere quod loquebantur de

de factis simplicibus restrictis ad personam, & adducebant rationem, quia impossibile uidetur quod factum stipulatoris sit factum hæredis, ac factum in persona stipulatoris exequendum exequi possit in persona hæredum, sed tamē ibi Iustinianus determinat contrarium, quod imo transeat tam ad hæredes promissoris quam stipulatoris, & ad contrarium de impossibilitate quod illa tollitur propter similitudinem operationis quæ potest esse in principali & hæredibus, sicut dicitur in l. nemo est qui nesciat. ff. de duobus reis, coniuncta l. si non sortem. §. libertus. de condictione ind. ubi factum unius non potest esse factum alterius, tamen propter similitudinem plures possunt obligari ad factum unius, & ista opinio efficaciter probatur in dicto. §. item si in facto, & in §. nostro. tenendo illam opinionem magis probabilem quod loquantur de stipulationibus meri facti, & propterea reprobaui intellectum Alcia. in primo no. respondendo omnibus ibi adductis per eum, & si quis uult defendere Bar. non potest aliud dicere nisi quod offensio est unum factum ualde personale restrictum ad personam cum qua extinguitur, iuxta text. in leg. prima. §. ne autem. C. de cad. tollend. de cuius ueritate infra dicemus.

463 Tertia est † conclusio, quod offensio seu promissio de non offendendo est indiuidua, quia continet tutelam corporis quæ est personalis, & indiuidua, & allegat l. uulgaris. ff. de fur. qui tamen uidetur probare contrarium, quia postea uult quod non agatur nisi ad partem frumenti sublatam, ergo tantum furtum uidetur factum de illa parte subrepta non de toto acceruo, sed responderi potest quod imo probat, quia expresse dicit furtum esse factum de toto acceruo, & furtum etiam fit de toto dolio licet pars uini surripiatur, & ad contrarium quod non competit ratio, respondetur quod non tollitur quin furtum sit de toto aceruo, sed quia actio furti datur ad interesse tantum non competit ultra subreptum quia plus nō interest, quod facile procedit in rebus animatis, quia offenso digito dolor statim uadit ad cor, & semper est offensus totus homo, & pro parte non potest offendi, & facta quæ exercentur circa rem indiuiduam semper sunt indiuidua ut supra dixi super quinta quæstione. per leg. cum ex causa. infra. eodem. nec consideratur quod homo offensus sit separatus ab aliis cohæredibus, quia & etiam hæres contrafaciens est separatus ab aliis hæredibus, tamen propter rem indiuiduam omnes incidunt in pœnam quando factum est transmissibile ad hæredes, per dictum. §. item si in facto.

464 Quarta est † conclusio, quod promittens non offendere stipulatorem neque hæredem suum si offendit unum hæredem incidit in pœnam insolidum, quia hæredes non consequuntur hoc ius ex causa hæreditaria sed consequuntur ex propria stipulatione, quia talis offensio non est transmissibilis ad hæredes per hic late dicta per eum, sed Roma. Imol. & Raphael. in dicta l. stipulatio ista, & Alexan. hic tenent contrarium, quod imo offensus possit agere ad partem pœnæ tantum, & alii cohæredes agentes repellantur exceptione secundum formam positam in dicto. §. item si in facto, per quem dicunt determinari hanc quæstionem, & rationem Bar. non esse ueram quod hæredes non teneantur ex causa hæreditaria, per tex. sæpius allegatum in l. hæreditarium. supra de bon. author. iudicis possidendis, ubi sufficit quod stipulatio sit facta a defuncto, quamuis non incipiat in persona ipsius, sed obligatio incipiat in persona hæredum, nam semper reputabitur hæreditarium quod ex stipulatione defuncti prouenit & per illum text. ipsi communiter tenent contra Bar. sed tamen uere est debile fundamentum & non concludens, & supra nos dedimus tres responsiones, una est quod loquatur de hæredibus promissoris ad quos facta facilius transeunt, & res non transmissibiles efficiuntur transmissibiles in eos, ut apparet in usufructu & alimentis. l. quinta. §. reum. supra de usufructu, & in l. 3. ff. de alim. legatis. post medium, ut per Bar. infra in fin. istius quæstionis, & in dicta. l. hæreditarium stipulatio erat concepta quia testator promisserat soluere post mortem suam centum, nam ipse non obligatur sed hæredes sui, tamen quia incepit in persona sua, & propter eam hæredes tenentur soluere, appellatur hæreditarium, hic uero nos loquimur de hæredibus stipulatoris ad quos non ita faciliter transeunt facta. Secunda fuit responsio, quod ibi sumus in promissione de re transmissibili, ideo efficitur hæreditaria, ut hic etiam uoluit Bart. tertia fuit responsio quod ibi unica fuit stipulatio propter quam hæredes obligantur, hic uero sumus in duplici stipulatione, & hæredes propter suam stipulationem acquirunt ius ad pœnam, ideo ex facto suo non hæreditario habent actionem, & sic apparet quod fundamentum commune parum stringit.

465 Sed fortius † ultra Doctor. contra Bartol. facit, quia imo uidetur quod offensio defuncti transeat ad hæredes, per tex. quem totum non uidit Bar. in l. 1. §. & si forte. uersi. quotiens. infra de iniur. ubi dicitur quod si offensio est facta cadaueri uel funeri non adita hæreditate actio acquiritur hæreditati, & per hæreditatem transit in hæredem, ideo non posset clarius dicere quod hæc obligatio & actio sit hæreditaria, confirmatur etiam, quia si aliquis stipulatur se nō offendi, etiam quod non faciat mentionem de hærede, tamen hæc obligatio quæsita defuncto transit ad hæredes si fuit offensus, & ipsi possunt agere ad pœnam secundum omnes, ergo dicitur esse hæreditaria, tamen etiam ab hac obiectione potes defendere Bar. quoniam ipse non negat stipulationem de offensione defuncti transire ad hæredes quando defunctus est offensus, quia tunc ius est quæsitum ei & transit cum aliis iuribus in hæredes. l. cum hæredes. ff. de acqui. possessio. sed nos loquimur de ipso facto offendendi quod promissum de persona testatoris non potest trāsire ad hæredes, neque testator potest facere quod hoc factum offensionis transeat ad eos, quia facta non transeunt, dicta l. cum hæredes, & not. in leg. prima. in eod. titu. ideo est opus nouo facto ipsius hæredis, uel acquirendo possessionem, uel faciendo stipulationem pro se in uita defuncti uere uel ficte, & ideo est opus quod sint duæ stipulationes, una de offensione defuncti, & alia de offensione

hæredum, per quam ex actu inter uiuos non ex causa hæreditaria acquiritur actio hæredibus, & sic opinio Bar. hucusque potest procedere, & remanet defensata ab omnibus obiectionibus Docto.

466 Nihilominus † ex aliis ego puto opinionem Barto. non esse ueram, & quod iure solus offensus possit agere ad partem pœnæ tantum non autem ad totam, & probatur, quia præsuppositum Bar. ut dixi in secunda conclusione est falsum ꝙ facta restricta ad personam non transeant ad hæredes, ut dixi, nec obstat saluatio ibi tradita quod non procedat in factis restrictis ad personam, prout uidetur esse tuitio seu offensio personæ, quia imo istud procedit etiam in talibus factis propter rationem positam in d.l. ueteris, dum dicit ꝙ impossibilitas non uitiat, quoniam similitudo tollit eã, & tuitio uel offensio æqualis est in omnibus personis & æqualiter potest conuenire eis, & probatur in d.§. item si in facto. in illa stipulatione, per te non fieri, quæ resoluitur in hæc uerba, te non impedire personam meam quo minus possim agere, quod idem est quod non offendere, unde cum æqualiter trãseat apparet quod fundamẽtũ Bar. non probat, & iste casus deciditur in d.§. itẽ si in facto.

467 Et si tu obstinate † uelles tenere ꝙ textus in d. §. item si in facto, loquitur de facto adhærente iuri trãsitorio ad hæredes, adhuc dicitur ꝙ opinio Bar. procedere non potest, ex eo quia etiam quod hæredes uideantur sibi stipulari, tamen si uere stipularentur non stipularentur nisi pœnam pro parte eorum, nam licet stipulatio de non offendendo insolidum unicuique acquirat actionem, tamen quando stipulantur pœnam eam stipulantur pro parte, quia est diuidua ut uoluit idem Bar. in præceden. conclusione, qui dicit quod quando stipulantur usum acquirunt eum insolidum quia indiuiduus est, quando uero stipulantur usumfructum acquirunt sibi pro portione sua, ergo eodem modo si stipulantur tuitionem suam acquirunt insolidum, sed quando stipulantur pœnam, quia diuidua est, acquirunt eam pro parte, & si dicatur imo uidentur singuli stipulari integram pœnam quia tot sunt stipulationes quot sunt personæ arg. l. scire debemus. ff. de uerborum obligationibus, respondetur quod etiam hoc casu non uidẽtur stipulari nisi pœnam pro parte, sicut si quis stipulatur Stichum, Damam, & Pamphilum sub pœna, licet tot sint stipulationes quot sunt res, dicta le. scire debemus, tamen unica tantum modo pœna debetur ut probatur in l. si is qui ducenta. §. utrum. supra de rebus dubiis, præterea plures sunt stipulationes quando personæ singulariter nominantur, sed ubicunque sub nomine collectiuo uel appellatiuo nominantur, tunc semper unica est stipulatio, ut dicitur in dicta l. scire debemus in secundo responso. & quando principales stipulantur per se & suos hæredes, eis collectiue stipulantur.

468 Propterea † unica debet esse stipulatio, ideo unica pœna tantum modo in stipulatione fuit deducta, quæ cum pro parte sit acquisita, remanet quod si unus solus est offensus non potest pœna committi nisi pro parte, & sic opinio Bar. non potest procedere, & quæcunque fiat consideratio, siue ꝙ transeat ad hæredes iure hæreditario siue non transeat, sed ex propria stipulatione hæredes acquirant ius, semper pœna committetur tãtũ modo proportione sua, & alii cohæredes uel nullam habent actionem, uel si habent repelluntur exeptione, & hanc opinionem tenuit Angelus in leg. si seruum §. si plurium. ff. si quis cautio. Raphael. & Imol. in dicta leg. stipulatio. §. si quis ita, & Alex. hic, & Claudius, dicentes ꝙ communis opinio est contra Bar. & sequitur Ruy. hic. Alcia. tamen conatur defendere opinionem Bar. & dicit ꝙ text. in §. item si in facto, probat opinionem eius, quia dicit quod pœna committitur insolidum, ergo stipulator agit insolidum, & exponere insolidum id est pro hæreditariis portionibus est satis irrationabile, & dicit mirandum esse ꝙ Docto. terminãt contra Barto. per illum tex. qui expresse concludit pro Bar. si uerba certe intelligantur, & subdit quod iste error proueni ex illa opinione communi, quam late confutaui in primo. not. sed magis mirandum est de ipso qui conatur sustinere opinionem suam ibidem positam, quia fuit una mera fantasia, & ego eam ibi late reprobaui demonstrando quod non potest pro-

469 cedere † & ad text. in dicto. §. item si in facto in uerbo insolidum, data fuit responsio per docto. communiter ibi, & ad quatuor alios text. concordantes, ut in l. hæredes. §. an illa. ff. famil. herciscund. & l. in executione. §. insolidum. infra. eo. quod intelligũtur de commissione stipulationis, quia uerum est ꝙ stipulatio insolidum cõmittitur, & pœna insolidum debetur, tamen postea quia diuisa ut per l. 12. tabul. obligatio quoque diuisa fuit inter hæredes, ut non possint neque agere neque conueniri nisi pro portione hæreditaria, & ideo dixi quod pœna est indiuidua commissione propter factum indiuiduum, tamen est diuidua postea obligatione actione & solutione, & sic ille tex. cum similibus simpliciter loquens declarari debet per text. nostrum & alia similia iura magis distincte loquentia secundum doct. in l. sciendum. ff. qui satis. cog.

470 Quarta † colligitur conclusio ex dictis Bar. ꝙ offensio facta cadaueri non dicitur facta defuncto sed hæredibus per l. 1. §. & si forte. inf. de iniu. nã res quæ sensu caret nõ recipit nec facit iniuriã. l. 1. si quadru. paup. feciss. dicatur, contrariũ tenet Ang. hic, ꝙ imo fiat defuncto. per l. qui sepulchra. C. de sepulch. uiolato. & melius in l. cum sit iuris tamẽ ibi iniuriam fieri reliquiis defunctorũ, & in authẽ. ibi posita & probatur in d. §. & si forte, qui dicit cadaueri fit iniuria, & facit quod uoluit glo. in l. sororem, & ibi Docto. C. de iis quibus ut indignis, quæ uoluit quod quando uxor adulteratur, uel hæres concubuit cum uxore defuncti, §. sinautem, in authen. de nup. & §. fin. in authen. de restitutio. & ea quæ parit. Aretin. dicit quod iniuria uere fit hæredibus, & per fictionem fit defuncto, per dictam leg. qui sepulchra, in uerbo uidentur, sed hæc distinctio non uidetur bona, quia totum contrarium est magis probabile, cum hæredum persona non fuit tacta uerbo nec facto, & cadauer seu corpus defuncti uere fuit tactum, & tex. in dicta leg. prima. §. quotiens, de iniuriis dicit quodãmodo hæredibus facta uidetur, & sic pro-

prie

prie defuncto, & ficte hæredibus, qui non fuerunt facti, & si dicatur, non est amplius persona defuncti sed cadauer, respondetur quod maculatur æstimatio & fama defuncti tangendo illud cadauer quæ æstimatio adhuc durat uere, licet desinat homo esse in rerum natura, ut probatur in capit. a nobis. de sent. excommunicatio. & in dicto. §. quotiens. ibi, æstimationem purgare, & sicut uera est iniuria quæ uerbo fit quia offendit æstimationem, ita uera est iniuria uerbo uel facto facta cadaueri, quia offendit æstimationem, & ita hic tenet Alciat. numero. 192. alias. 218. qui allegat Bald. consili. 408. in 2. col. lib. pri. quidam ciuis.

Et propterea si quis comisisset adulterium cum uidua dicitur offendisse defunctum etiam proprie loquendo respectu honoris, ut uoluit Bald. not. & Ang. hic, & est de mente Barto. in l. licitatio. § quod illicite. ff. de publicia, & no. in dicta lege sororem, puto tamen quod etiã hæredes sint uere iniuriati, quia text. dicit proprio nomine dari actionem, cum sicut tangendo filium uel uxorem fit uere iniuria patri uel marito ultra illam quæ fit corpori filii, uel uxoris, ut in dicto. §. patitur. insti. de iniuriis. ita etiam quando tangitur cadauer, ultra iniuriam cadaueris, fit etiam iniuria hæredibus, quia offenditur etiam uere eorum existimatio, dicas tamen quod de proprietate sermonis offensio præsupponit hominem uiuum qui doleat de ea, & iniuria uere fit defuncto.

471 Ideo si statutum † diceret quod puniatur in centum qui offenderit aliquem ciuem uel clericum, si offendat cadauer, non punitur, quia non est uera offensio quantum ad intentionem statuentium, sed si diceret qui faceret iniuriam tali, tunc etiam punietur faciendo cadaueri iniuriam, quia uere defunctus seu eius existimatio læditur. dicta l. prima. §. quotiens. ff. de iniuriis, & si in stipulatione esset dictum simpliciter, promiserunt inuicem non offendere se nec suos hæredes, non committeretur pœna si fieret iniuria cadaueri, quia uiuus neque homo est offensus ut hic tenet Alcia. per decisionem Ioannis And. in cap. quia frustra. de reg. iur. in mercurialibus. ubi concludit quod quis non incidit in pœnam offendẽdo uxorem eius cui promisit non offendere sub pœna, quia non dicitur uere sed ficte offensus personaliter, prout uidentur cogitasse contrahentes. l. eum qui. §. fin. ff. de iniuriis, & sequuntur hic moderni repetentes in 3. no. Alci. tamen tenet contra Areti. ꝙ imo competat actio hæredibus, & dicit tenere Angel. & Imo. hic, quia uere facta est iniuria defuncto quo ad honorem, ut supra dixi, ut hic latius per eum, dicens ꝙ etiam maritus offenditur per uxorem.

472 Sed tamen † concordari possunt distinguendo inter uerbum offendere & iniuriam facere, nam si in stipulatione dicatur ꝙ promiserunt se inuicem non offendere, intellexerũt de offensione personali, quia naturaliter tale uerbum habet hanc significationem, sed si dicatur ꝙ promiserunt inuicem nullã iniuriam facere, tunc incideret in pœnam, quia uere fit iniuria, ut dixi, ideo sequitur quod hodie semper committeretur pœna, quia notarii semper solent in instrumento dicere, promiserunt se non offendere uero nec facto, neque de iure neque de facto, neque iniuriari nec quolibet alio modo se molestare, tunc committeretur pœna per offensionem factam cadaueri, quia uere iniuria est, & idem etiam esset si offenderetur stipulatoris uxor, quia uere stipulator habet iniuriã licet non sit offensus personaliter, & hoc modo intelligi debet dictum Ioannis And. in dicta regula quia frustra. de reg. iuris.

473 Et impunitas † e contrario quæ datur offendenti bannitum durat etiam post mortem ut possit offendi, quicquid dicat Bal. in d. l. sororem, quia pœna & impunitas offendentis durat post mortem, per l. 2. inf. de cadauer. punito. ibi pœna etiam post mortem ualet, & hic per Rippam, quia existimatio durat post mortem. c. a nobis. de sententia excommunicationis. conclusio tamen Bar. in casu suo dum loquitur de offensione, uera est, quia non egreditur tutelam corporis secundum intentionem.

474 Sed adhuc † contra instari potest, quia imo transit hæc stipulatio ad aliam personam, ut probatur clare in d. §. pater. insti. de iniur. & consequentia etiam debet diuidi, sed solue ꝙ ibi non transit de persona ad personam, nec communicatur, sed est noua offensio causata in persona aliorum quæ est etiam personalis eorum, & non egreditur eorum personam.

475 Ex hac † tamen causa potes addere, ꝙ cum doc. teneant ut committatur pœna tota, sed hæredib. nõ offensis obstet exceptio, d. §. item si in facto. posset ex hoc capite dici, quod si ipsi cohæredes essent tales personæ quæ iniuriarentur, propter offensionem factam uni ꝙ tunc non obstaret exceptio, quia cessaret æquitas excipiendi, & ratio in tex. ibi posita ꝙ non intersit ipsorum, cum imo ualde intersit, quoniam per offensionem factam cohæredi & ipsi quoque ficte sunt offensi, & uere iniuriati, quod est notandum in practica, & est limitatio ad dictum. §. item si in facto.

476 Sexta † est conclusio, quod interposita dicta stipulatione de nõ offendendo per se & suos hæredes, si unus ex hæredibus promissoris offendat stipulatorem, pœna committetur insolidum contra omnes hæredes pro hæreditaria portione, & stipulator aget ad integram pœnã contra omnes hæredes. nõ offendentes uero repetent ꝙ soluerũt per iudiciũ fam. herciscundæ. d. §. item si in facto. in primo dicto, quẽ dicit procedere in hoc casu, quamuis secunda pars non procedat de hæredib. stipulatoris, & rationẽ differentiæ assignat, quia quando quis promisit non offendere per se & suos hæredes, obligat eos ex propria stipulatione quæ transitoria est ad hæredes, sed in hæredibus stipulatoris actio non transit iure hæreditario, quoniam habent ius ex quadam stipulatione nouiter repetita. d. §. si quis ita.

Et regula est, quod ius nõ transmissibile ad hæredes ex parte stipulatoris est tamen transmissibile ex parte promissoris, ut patet in usufructu qui finitur morte stipulatoris. §. finitur. insti. de usuf. & non finitur per morte promissoris. l. quinta. §. reo. supra de usufructu, & idem est in alimentis quæ finiuntur morte alimentandi. lege tertia. circa medium. ff. de

adim.legatis. & tamen non finiuntur morte hæredis debentis.l.libertis quos.§.fi.eo. titul. ut hic per eum quem sequuntur communiter * Doc.sed Alc.hic tenet contrarium per duo,& primo,quia ratio Bar.secundum ipsum non est uera, quod stipulatio continens factum negatiuum cohærens personæ transeat ad hæredes promissoris, licet ex parte stipulatoris non transeat,quia istud non est uerum,quia sicut nõ transit ex parte stipulatoris ita nec etiã trãsit ex parte promissoris,gl.& doc.in l.si sic.2.infra eo.Bart.& doc.in l.ueteris.C.de contrah.stipulatione.neq;similia adducta per Bar.probant eius intentionẽ,quia loquuntur in dando,nos autẽ loquimur in facto negatiuo,sed defendendo Bar.dicas ꝙ imo transit ab utraque parte utsupra nos diximus,per d.l.ueteris. ponderando utsupra. & dato quod ex parte stipulatoris non transiret, tamen ex parte promissoris debet transire.

477 Et necessario † debet fieri differentia inter hæredes stipulatoris & promissoris,quoniam quando promissor promittit non offendere per se & eius hæredes dicitur promittere factum suum & factum suorum hæredũ, quæ promisio ualet, ut est tex.clarus in l.stipulatio ista.uersi.sed si sic.infra eod.qui dicit, quod licet quis non obligetur promittendo factum alienum, tamen quando promittit hæredes suos aliquid non facturos, obligatur ex facto hæredum, & ideo sequitur ꝙ necessario hæredes tenentur ex causa hæreditaria,cum ipse defunctus ex parte ipsorum hæredũ erat obligatus, quæ obligatio sicut pro persona sua ita & pro persona hæredũ transiuit ad hæredes,& ideo Marian.hic,& Claudius,& Alc. fortiter errauerunt,dicẽdo ꝙ iste testator nõ potest obligari pro facto suorum hæredum, quoniam ipse potest promittere, & per factum affirmatiuum & negatiuum suorum hæredum,d.l.stipulatio.§.sed si sic.

478 Et apparet † differentiam esse inter hæredes pro missoris & stipulatoris,quia in hæredib.promissoris licet factũ non offendendi non transiret ad hæredes, tamen potest obligari promittendo factum ipsorũ tã affirmatiuum quã negatiuũ. in hæredib. uero stipulatoris nõ cõuenit hæc promisio testatoris, quia ipse stipulatur factum alienũ in persona sua non præstari,& in persona hæredum,unde dicitur stipulari sibi & hæredibus,& cum illud factum non transeat ad hæredes,tenendo dictã opinionem, inducuntur duæ stipulationes, una de persona sua, & alia de persona hæredum,faciendo repetitionem,per dictam l.stipulatio.§.si quis ita. supra eodem, & sic apparet quod ratio Bartol. est bona, & differentia sua potest procedere.

479 Secundo † contra dictam conclusionem Bar.inducebat Alci.text.in d.§. item si in facto, retorquendo eum contra Bar.quia ipse nõ dicit ꝙ uno hærede cõtrafaciente pœna committatur pro parte hæreditaria,quia imo expresse dicit ꝙ committitur insolidũ, argumentãdo de tex.in uers.contra,ad principium illius text. dum dicit stipulationem committi insolidum non autem pro parte hæreditaria, quia contrariorum eadem est disciplina. lege fina. C. de indicta uidui. tollenda.& propter dictionem aduersatiuam, autem, quæ aduersatur in eisdem terminis & eandem qualitatem retinet, ut per Bald. in leg. omnes populi. in penult.col.ff.de iusti. & iure. & Alex. in l. filius a patre.ff.de lib.& posthu. col. 10. sed responsum fuit supra in alio proposito, quia imo ille text. sentit ꝙ committatur pro parte hæreditaria, quãuis dicat stipulationem committi insolidum, quoniã uerum est ꝙ committitur insolidũ, quia stipulatio pœnalis propter indiuiduum & priuationem stipulatoris tota commoditate committitur insolidũ, tamen ipsi hæredes ad eam obligantur pro parte hæreditaria,cum lex duodecim tabularum eã diuiserit,& non ipse contraueniens, non potest conueniri nisi pro parte sua, & necessario opportet ire contra alios ad consequendam totam pœnam, qui postea repetunt partes suas iudicio famil. herciscundæ, ut ipse contrafaciens in effectu soluat totam pœnam, & sic stipulatio pœnalis est indiuidua commisione, sed diuidua obligatione, & solutione, & ita debet declarari illle text. & text. in leg. in executione. §.insolidum, & leg. hæredes. §. an ea. ff. famil. herciscundæ, qui supplentur per text. nostrum. in §. Cato. quia una lex indistincte loquẽs declaratur per aliam magis distincte loquentem,argumen.dictæ leg.sciendum.ff. qui satis.cogantur.

480 Et suadetur † in eodem. §. idem si in facto. cum dicit, & cohæredes ipsius tenentur, & quod repetunt ab eo famil.hercundæ, & sic præsupponit quod omnes hæredes soluant, & quod solunt repetunt, quod non posset uerificari nisi tenerentur pro parte, cum si egisset contra contrafacientem tantum non potuissent molestari, & si egisset contra unum insolidum alter non molestaretur, nec ualet responsio Alc. ꝙ uerbum, omnes teneri, intelligatur collectiue, ut per Bartol.in l.hoc articulo. ff. de hæredib. insti.& tenentur insolidum, quoniam electio est stipulatoris ut agat contra quem uelit,& in effectu omnes collectiue propter hoc tenebuntur,sed cum electione stipulatoris, nam respondetur ꝙ imo dictio omnes, inttelligitur collectiue pro parte,ex eo quia dicit ꝙ ipsi repetunt a contrafaciente,& præsupponit omnes conuentos non unum per electionem, & hoc etiam suadetur per l.in executione.§.ꝙ si stipulatus. infra eodem,& licet etiam Alc.dicat eam probare opinionem suam,quia intelligitur singulos insolidum teneri,quamuis gl.ibi cauillet illum text.& ex præcedentib. colligitur sensus dictionis omnis, quæ stet distributiue.l.cum ex causa. infra eodem, tamen cauillatio est sua, intelligere quod omnes teneantur insolidum quia cõtradicit dictio omnes,quæ est collectiua in uno toto,non multiplicatiue. Et urget semper ratio illa cui nunquam fuit datum responsum, ꝙ cum obligatio sit diuisa per l.12.tab.non potuit contrafaciẽs insolidum obligari neq; cohæredes,& ideo tex.in §.nostro.dixit ꝙ alii cohæredes fingũtur contrauenisse repræsentando personam defuncti quam repræsentant pro portionibus hæreditariis, & propterea nec etiam istud fundamentum probat.

481 Et remanet † conclusio firma, quod casus noster deciditur per text. in dicto. §. item si in facto, non tantum per decisionem, sed etiam per

per similitudinem exempli, quia quando quis stipulatur per te non fieri dicitur stipulari se non offendi a promissore neque ab hæredibus promissoris, & sic stipulatur factum negatiuum de non impediendo in persona hæredum suorum, & tamen obligatur ad factum hæredum ex sua stipulatione quæ transit ad hæredes, & idem repetitur in §. nostro. declarando utsupra, etiam ex mente Alciat. quod non loquatur de stipulatione iuris, sed de stipulatione meri facti, quia uerbum, iter fieri, significat ire, ut ipse exposuit, & tractatur de illa stipulatione, per te non fieri, & sic ex suis rationibus semetipsum confundit, & conclusio Barto. & communis remanet uera, imo etiam utsupra dixi in hæredibus stipulatoris dictus. §. item si in facto, decidit quæstionem nostram, quoniam facta transeunt ad hæredes per d.l. ueteris. & probatur in dicto. §. item si in facto. & §. nostro. quæ intelliguntur de stipulatione meri facti ut sæpius firmatum fuit, et sic communis opinio in utroque dicto est uera & tenenda.

482 Limitatur † tamen communis conclusio per Roma. hic, ut procedat si ista pax fuisset facta ex mera uoluntate contrahentium, secus autem si fuisset facta uirtute alicuius statuti facti a comite uel barone, nam tunc cum statuta baronum dicantur ius prætorium secundum communem * opinionem firmatã in rub. C. qui admitti. ubi etiam dixi, eueniet ꝙ talis stipulatio erit prætoria ac si esset facta ædicto prætoris. unde sequetur ꝙ pœna committetur insolidum contra contrafacientem tantum, & in fauorẽ hæredis offensi, per tex. in l. pœnales. §. Iulianus. supra ad l. falcidiam. & l. 2. §. incerti. infra de prætor. stipulationibus. & Bar. dixit. in 2. quæstione, & uidetur sequi Ias. hic, licet dubitet an statuta baronũ sint ius prætorium. sed tu dicas ꝙ etiam si teneatur opinio ut dicantur ius prætorium, tamen limitatio non est uera, neque committetur pœna insolidum, primo quia stipulationes prætoriæ, quantum ad pœnã, non differunt ab aliis, ut ego declaraui in d. 2. q. reprehẽdendo Bart. sed tamen etiam ꝙ teneres opinionem suam, adhuc limitatio non procederet, quia opporteret quod statutum multum se extenderet, dicendo quod inimici teneantur facere pacem, & quod promittant per stipulationem se non offendere, & subiiciant pœnalem stipulationem. sed si simpliciter dicerent ut præsupponunt Iason. & Roma. quod teneantur facere pacem, non per hoc stipulatio de non se offendendo esset prætoria neque pœnalis stipulatio, imo plus, etiam quod omnia dicta uerba continerentur in statuto, nec etiam limitatio esset uera, quoniam non apparet quod interpretatio a Iurisconsultis fuerit data stipulationibus prætoriis sequentibus, sed solum hæc sumpta fuit in prætoriis factis & introductis tempore dictæ. l. pœnales. §. Iulianus. quia mens prætorum ex eorum uerbis poterat declarari in futuris forsan in eisdem terminis, sed tamen non potuit fieri interpretatio de futuris prætoriis stipulationibus in diuersis terminis, cum mens statuentium non esset cognita, imo potius uerba eorum uel debent interpretari per statuentes. l. in conuentionalibus. infra eodem, uel a iure communi, ut pœna committatur secundum regulas materiæ nostræ, & sic teneas, reiecta hac limitatione, hanc conclusionem communem indistincte.

483 Dicebant † etiam Ang. & Soc. hic, ꝙ quãdo unus ex hæredibus promissoris offendit stipulatorem, uel unus hæres est offensus, non est rupta pax quantũ ad alios, tamen uerba Angel. sunt dubia, & uariis modis declarantur, ut hic per Soc. sed potest dici ꝙ fundantur in illa opinione Bart. quod tot sunt stipulationes quot sunt hæredes, unde commissa pœna in una stipulatione per unam personam tanguntur aliæ personæ neq; eorum stipulationes, sed ego puto eius opinionem non esse ueram, neq; in hoc posse limitari cõmunem conclusionẽ, quia imo uno hærede contrafaciente stipulator priuatur tota cõmoditate, ideo stipulatio tota committitur & alii cohæredes finguntur contrauenisse, per totum tex. nostrum hic, igitur tota stipulatio de non defendendo fuit cõmissa quæ continebat personam promissoris & hæredum sub una pœna, ut dicitur in d. §. item si in facto, in primo dicto, ꝙ etiam procedit si unus ex hæredib. stipulatoris fuerit offensus, quia imo tota stipulatio est cõmissa, ut dicitur in d. §. item si in facto, dum uult ꝙ omnes hæredes habeant actionem quamuis remoueantur exceptione, etiam quod fuerit stipulatio meri facti, nec obstat quod sint tot stipulationes quot hæredes, quia non est uerum ut supra dixi, cũ stipulator fuerit stipulatus hæredib. suis sub nomine collectiuo seu appellatiuo, quo casu semper est unica stipulatio. d. l. scire debemus, & dato quod essent plures, adhuc tamen est unica promissio pœnæ, per text. in l. si is qui ducenta. §. utrum. de rebus dubiis, utsupra dixi, & propterea hæc limitatio etiam remanet non uera, & tota decisio præsentis quæstionis fieri debet secundum d. §. item si in facto. tam in persona promissoris quam stipulatoris, per prædicta.

484 Octauo † quærit Bar. quid si statutum disponit ꝙ occidens occidatur nisi habuerit pacẽ ab hæredibus, quæ uerba habent hunc sensum, ꝙ si quis non habuerit pacẽ ab hæredib. non possit fieri cõpositio cũ curia sed omnino occidatur, & si habuerit pacẽ ab hæredibus ꝙ possit fieri compositio cum curia, ut soluta certa pecunia mittatur in exilium, modo dubitatur a quibus hæredibus debeat haberi pax stantibus spetialibus uerbis statuti nisi habuerit pacem a cohærede, & ponit tres opiniones, una est, ꝙ debeat haberi pax ab omnibus hæredibus, Alia est, ꝙ sufficiat habere pacem ab uno tantum. Tertia est, quam ipse ponit, quod debeat haberi pax a maiori parte, ut hic latius per eum.

485 Ex cuius † dictis colliguntur aliquæ conclusiones. prima est conclusio, quod ius uendicandi necem defuncti, & ius remittendi dicitur esse indiuiduum, & sequuntur omnes. * Sed in contrarium facit, quia uẽdicare mortem est agere seu accusare, & remittere est promittere non agere, quæ conuertuntur, ut per gl. insti. de actionibus. in principio, sed agere est diuiduũ, ut in 4. q. ergo & ius uendican di diuiduum, item amplius non agere est diuiduum u t in hoc tex. ergo & ius remittendi est diuiduum, sed defendendo communem, dicas quod hanc indiuiduit atẽ causauit

ipsa uindicta mortis seu delicti quæ dicitur esse indiuidua restricta ad personam & delictum, & non pôt pro parte uẽdicari, sed qui incepit uendicare si non perfecit nihil operatur. l. cum ex causa. infra eodem. & argum. d. l. uulgaris. infr. de fur. & ubicunque agere fit ad rem indiuiduam, uel amplius non agere fit ad rem indiuiduam, ipsa efficiuntur indiuidua, ut per Barto. in secunda quæstione. dum allegat l. ꝙ si nolit. §. si plures. ff. de ædilitio ædicto. & l. si familiæ. C. famil. hercisc. & licet postea in quinta quæstione uelit quod amplius non agere ad seruitutem constituendam sit diuiduum, tamen eius opinio ibi reprobata fuit, & facta fuit conclusio generalis ꝙ amplius non agere ad factum indiuiduum semper sit indiuiduum, ideo & ius uendicandi & remittendi dicitur esse indiuiduum, per l. si ita fuerit. §. quæstio hæc. ff. de manumiss. testam.

486 Secunda † est conclusio, quod ius uendicandi nõ dicitur esse hæreditarium, neque includitur in hæreditate, quam etiam sequuntur cõmuniter * Doc. hic, & in l. pro hærede. §. fin. ff. de acquir. hær. & in l. si filius qui patri. ff. de uulg. & pupilla. & pro ea opinione facit tex. in l. sororem. C. de iis quibus ut indignis, ubi soror uendicauerat & uxor eius instituta hæres, sed tamen in contrarium quod imo sit hæreditarium, facit dicta l. sororem. 1. & per totũ. C. de iis quib. ut indi. ubi hæredes non uendicantes mortem defuncti priuantur successione, ergo eis cõpetit ius uendicandi, cum si non competeret nõ possent priuari hæreditate, arg. l. ex facto. §. Iulianus Longinus. ff. de uulg. & pupilli. & l. rescriptum. ff. de iis quibus ut indignis, neque possent esse in mora. argum. tex. in l. hæres. ff. ad Sylleianum. & tenendo hanc partem respondetur ad text. in dicta l. si filius, quod loquitur in suo hærede, qui licet se abstineat, tamen remanet hæres uere, & potest retinere hoc ius uendicandi, tamẽ hæc responsio non eneruat oĩa contraria, quia in l. sororẽ. uxor erat instituta hæres & non uendicabat, & soror non instituta uendicabat, ergo non est hæreditarium, facit etiam text. in l. 1. ff. qui accusare non possunt, & l. de crimine. & l. uxor. C. qui accusare non possunt. ubi dicitur quod mulieres possunt accusare prosequentes suam uel suorum iniuriam usque ad quartum gradũ, idem dicitur de militibus in l. non prohibentur. eo. titulo, & tamen non fit mentio in dictis iuribus ꝙ sint hæredes. Confirmatur efficaciter, quia in publicis iudiciis ius uendicandi competit cuilibet de populo, ut habetur in rub. & in l. is qui reus. ff. de pub. iudi. & instit. de publicis iudiciis. in principio.

487 † Communis resolutio est, quod ius uendicandi datur tribus generibus personarum. Primo, ipsis offensis. Secundo, consanguineis. Tertio, cuilibet de populo, illud quod datur consanguineis & cuilibet de populo non est hæreditarium, sed illud quod datur offensis est hæreditarium, quoniam omnia iura defuncti transeunt in hæredes. l. hæreditas. ff. de regul. iur. & l. cum hæredes. de acquir. possessione, in tantum quod iniuria facta cadaueri acquiritur hæreditati, & per hæreditatem hæredi. dicta l. prima. §. quotiens, infra de iniuriis. si igitur consanguineus succedat defuncto habet ius uendicandi ex duplici capite, tanquam consanguineus, & tanquam hæres, & si repudiat hæreditatem amittit illud hæreditarium & retinet suum, dicta lege. si filius, & si filius uendicat præsumitur uendicare iure consanguinitatis non iure hæreditario, ideo non uidetur adire hæreditatem. l. pro hærede. §. fin. ff. de acquir. hæreditate, & hæc de iure communi.

488 Si uero statuta † disponant quod occidens occidatur nisi habuerit pacem ab hæredibus defuncti, dubitant Doc. an intelligatur de filio & descendentib. uel potius de omnibus hæredibus. arg. l. ut iusiurandi. §. si liberi. ff. de op. liberto. & tunc uerificatur in filio abstinẽte, & in filio monacho, quia est hæres directo licet non utiliter. item an potius intelligatur de hæredibus bonorum tanquam in potentiori significatione. arg. l. 1. ff. si agere uectig. & quia hæc est communis significatio uerborum quæ attenditur. l. cum de lanionis. §. asinam. de fundo instructo. & librorum. §. quod tamen Cassius. ff. de leg. 3. & quia uerba intelliguntur cum effectu. l. 1. §. hæc uerba. ff. quod quisque iuris. capit. relatum. de testam. tamen Rip. hic uidetur tenere ꝙ uerificatur in filio abstinẽte tale statutũ, & Marian. hic, licet dubius, persistit.

Sed ego puto considerandum, quia hoc statutum uidetur corrigere ius commune, & facere quod ius uendicandi competat solum hæredibus, cum uelit pace facta cum eis non impediri compositionem per contradictionem aliorum, sentiens quod consanguinei non poterunt accusare, & per consequens ius uẽdicandi non consistat in persona eorum, ergo solum intelligitur statutum hoc de hæredibus bonorum secundum propriam significationem, & hoc ego puto uerius, quia secundum communem usum loquendi hæredes dicuntur solum qui habent successionem defuncti, & sic conclusio remanet, ꝙ debet haberi pax ab hæredibus bonorum stante tali statuto, & hoc uidentur tenere Alex. & Ang. in dicta l. si filius. & Maria. hic irresolutus more suo. firmiter tamen ego puto quod non cõprehendatur hæres sanguinis, per dictas rationes.

Quare concludo, quod ius uendicandi de iure cõmuni quod datur iure sanguinis uel cuilibet de populo, non est hæreditarium, sed illud quod datur offensis est hæreditariũ, & potest unus habere ius uendicandi duplici iure, imo triplici, sicut in marito accusante uxorem. l. 2. & l. si uxor. cum similib. ff. de adulter. ex forma uero statutorũ inspicienda sunt uerba eorum, tamen in præmisso statuto puto ius uendicandi effectum esse hæreditarium, ut competat illis tantum qui succedunt in bonis, uel quod saltem præferantur aliis & eos possint excludere, & opinio Oldr. de qua infra solũ potest sustineri ꝙ nõ est hæreditarium, idest affixum rebus hæreditariis, prout sunt seruitutes prædiales, tamen non uidetur negare quin de per se comprehendatur in hæreditate.

Tertia est conclusio principalis interpretatiua dicti statuti, a quo hærede debeat haberi pax & Bar. in ea refert duas opiniones, & ponit suam tertiam, ut per eum, de quarum ueritate est uidendum. Pri-

489 ma est opinio † ꝙ opportet ab omnibus hæredibus habe-

habere pacē, quia singularis appellatio hæredis æquipollet vniuersali.l.si plurib.ff.de le.2.& l.si plures.ff. de le.3.sed tenentes aliam partē respondent ꝙ illud est de impropria significatione & per interpretationem, ut per Bar.in d.l.si pluribus. de proprietate uero sermonis numerus singularis uerificatur in uno, ut no.in l.ubi numerus.ff. de testib.& indefinita uerificatur in uno tantum, & æquipollet particulari, ut per Bar.in l.hoc articulo.ff.de hæredib.insti. Secundo adducit Bar.tex.in l.per fundum.ff.de seruitutib. rust.præd.& l.fi.ff. cōia prædiorum, & d. l.unus. sed Old. respondet ꝙ procedit in iure hæreditario affixo alicui rei hæreditariæ, sed illud ius uendicandi nō est affixum rebus hæreditariis quæ diuidantur inter hæredes, & nō posit unus priuare hæredē dominio suo. Tertio adducitur l.fi.C.de autho. præstā.ubi unus nō potest facere actum præiudicialē alteri ut priuetur illo iure, sed respōderi potest, ꝙ loquitur in casu spetiali, quē ita introduxit Iustinianus ibi, & nouiter disponendo præsupponit ꝙ aliud erat de iure antiquo, in hoc autē casu nō habemus a statuto dispositum. Quarto adducitur mens statuentium quæ uidetur requirere pacē ab hæredib.ut uideatur facta a defuncto & omnes tantummodo representant personā defuncti ergo ab omnib.debet haberi. Responderi potest negando hanc fuisse mentem statuentiū, quia ius uendicandi non est hæreditariū, & cōpetit etiam illis qui non representant defunctum. Quinto inducitur tex.in l.1.§.fin.ff.de uentre inspici.sed respondetur ꝙ aliud fuit dispositum hic fauore liberationis, & est principale fundamentum istius quæstionis, item ibi tractatur de periculo subornationis & suppositionis partus, & de fraude præsumpta, ideo requiritur ꝙ plures personæ interueniant, ut omnes quorum interest possint ueritatem inquirere, & sic apparet ꝙ hæc opinio nō probatur concludentibus fundamentis.

490 Secunda est † opin. Old. contraria præcedenti, ꝙ imo sufficiat ut habeatur pax ab uno hærede, tantū, & primo adducit, quia statutū utitur. uerbo singulari hærede, ꝙ uerificatur in uno tantū, ut not.in l.ubi numerus.ff.de testibus.sed respondetur ꝙ singularis oratio in statutis & legibus, quando est indefinita, æquipollet uniuersali semper, ne lex uideatur incertū casum decidere, ut per Bar.in d.l.si plurib.ff.de lega.2.& confirmatur, quia nomen hæredis æquipollet uniuersali in dispositionib.priuatorū, d.l.si pluribus.& l.in usu.§.1.de uerb.sign. & si hoc est in priuatis in quib. non solet æquipollere, tanto fortius erit in statutis in quib. semper dēt æquipollere propter incertitudinē, nec ualet ꝙ hoc non sit de proprietate sermonis, & uerba in statutis proprie debeant intelligi.l.3.§.hæc uerba.ff.de neg.gest. quia imo dicitur uenire ex proprietate secundū intentionē, quoniam ut dicit Bar.in d.l.si pluribus.hoc fit per interpretationē non per fictionem, interpretatio autē sumitur a mēte disponentis, & demonstrat mentē disponentis in prolatione illius uerbi, & interpretatio naturalis passim est permissa in statutis, ut per Bart. & alios in leg. omnes populi in sexta quæstione principali.ff.de iusti. & iure. & si statuentes fuissent interrogati quomodo intellexissent, ita dixissent, ergo attendi debet, ut per gloss.in l. tale pactum.ff. de pact.

Secundo adducebat Oldr. quia ius uendicandi & ius remittendi est indiuiduum, ergo competit unicuique insolidum, d.l.2.§. ex iis. supra eodem. si insolidum, ergo unus solus potest totū ius uendicandi remittere cum totum habeat, sed respondet Bart. ꝙ licet habeat ius remittendi, tamen non habet cum effectu nisi interueniat consensus omnium, per l.itinere.ff.de serui.rustico. prædiorum. Secundo etiam responde, ꝙ licet habeant ius insolidum tamen non possunt aufferre ius competens alteri, per l.fi.C. de auth.præstanda & licet sit spetialis decisio, tamen est fundata in ratione naturali & generali, per l.fi.supra de pact.cum sua gloss.etiam quod sint duo rei, quia unus non potest donare suam obligationem in præiudicium correi.l.si unus.in principio.ibi, nec nouare.ff.de pact. item etiam facit, quia esset inconueniens quod unus ribaldus posset corruptus parua pecunia aliis præiudicare. argumen.l.sed si unus.§.si filio, uersi. interdum. ff. de iniuriis.huic tamen posset responderi, quod Old.intellexit de homine morigerato & bonæ conditionis, non autem de uno ribaldo, quia non attenderetur sicut excipitur casus a regula qui ponitur in dicto.§. interdum.

Tertio adducitur tex. in l.1.§.si ex pluribus.C. si unus ex pluribus.& l.3.ff. de administra. tuto. coniuncta leg.inter tutores.ff. de administrat. tuto. sed respondet Bartol. quod non procedit in tollendo ius alterius contutoris per dictam legem finalem. C. de administratio. tutor. nec opponi potest quod loquatur in diuersi terminis, quoniam & fundamentum procedit in diuersis terminis, & responsio est data in eisdem terminis in quibus est obiectio.

Quarto potest adduci text. in l. transigere. C. de transactio. ubi transactio facta de crimine capitali ab accusatore præiudicat omnibus aliis, ut non possit puniri ex illo processu, & sic remissio facta ab uno ualet & præiudicat aliis, sed respondetur quod ille text. procedit quantum ad actum ipsius transigentis, ut per transactionem præiudicet accusator omnibus aliis in illo processu facto ab eo, sed non præiudicat alii quin possint nouiter accusare, & facere instantiam, ut puniatur, ut ibi no. Bartol. & alii, ita etiam dicendum est in casu nostro, quod si pax est facta ab uno qui fecit processum præiudicat omnibus aliis in illo processu qui potuit cassari per accusatorem, & eo non obst. potest fieri compositio, sed tamen hæc pax non præiudicat aliis si fuerunt consortes in illo processu quin possint de nouo accusare, & stante eorum accusatione impedire quod possit fieri compositio, & sic retorquetur, & declarat hanc materiam, & sic opinio Oldrad. nec etiam bonis fundamentis probatur.

491 Tertia † est opinio Bar. quod pax debeat haberi a maiori parte hæredum, declarādo maiorem partem ut in l. maiorem.ff.de pact.& l.fi.C.qui bonis cedere possunt, quæ opinio declaratur ut debeat procedi

hoc ordine, quod omnes citentur & congregentur, & facta discussione cum contradicentibus maior pars præualeat, non autem quod occulte fiat separtim, dicta l. & suum. §. fi. ff. de pactis. nam posset esse quod ille contradicens traheret alios in suam opinionem, ut no. in cap. cum olim. ff. de arbitris. & unus spretus non contineretur in numero, & uitiaret actum. argum. cap. in genesi, extra de electio. & §. hoc autem, qui feudum dare possunt. Secundo etiam declaratur, quod existẽte paritate numeri præferrantur filii seu consanguinei extraneis hæredibus quia magis sunt offensi, ut hic per Iason. & pro ista opinione Bar. adducit.

Primo, quia hoc statutum est fauorabile, quia tendit ad fauorem liberationis a morte, quæ attenditur, ut probatur in dicta lege transigere. C. de transactionibus, ubi regulariter non licet transigere de crimine, sed permittitur in crimine capitali propter illam rationem, quia redimit sanguinem suum, unde apparet quod multa quæ regulariter non conceduntur propter fauorem liberationis admittuntur, ita hic etiam admitti debet, & sic attenta ista ratione hoc statutum est fauorabile, sed respondetur negando quod sit forabile, quia imo est odiosum, quoniam est contra publicam utilitatem, quia interest reipublicæ delicta puniri. l. ita uulneratus. ff. ad legem Aquil. & inducit occasionem delinquendi, ut facilius homines committant homicidia contra quietem populi, & hoc confirmatur etiam, quia istud statutum est correctorium iuris cõmunis, quoniam facit, ut consanguinei qui habent ius uendicandi & quilibet de populo priuentur iure suo, & reducit ius uendicandi & remittendi ad solos hæredes, unde stricte debet intelligi ut minus offendat ius commune, & quod seruetur regula, quod delinquentes puniantur sua pœna. præterea text. in dicta lege transigere non probat in terminis, quia ibi tantummodo est licitum præiudicare alii quantum ad processum suum, non autem fauor liberationis facit ibi quod habentes ius uendicandi priuentur iure suo, quod non fieret in casu nostro.

492 Secundo etiam † adducebat Barto. text. in l. & suum. §. fina. ff. de pactis, ubi maior pars præiudicat minori fauore liberationis, quamuis nos habeamus regulam, quod in iis quæ competunt singulis, ut singulis maior pars non præiudicat minori, & solum præiudicat in iis quæ concernunt plures, ut uniuersos. leg. quod maior. ff. ad Municipales, & not. ibi per doctor. sed respondetur quod ille text. nihil facit, licet Bartol. in eo se fundauerit, ex eo quia ibi tractatur de remittendo ius suum sine præiudicio publicæ utilitatis, in hoc uero casu fit contra publicam utilitatem, & quietem populi, unde sunt diuersi termini, item ille text. loquitur quando tractatur de dilatione tantum, non autem quando tractatur de remissione, cum maior pars ibi creditorum tantummodo possit dare dilationes quinquennales, non autem potest donare creditum aliorum non consentientium. imo neque princeps potest. l. quotiens, & ibi no. C. de præcib. imp. offerren.

493 Et in proprietate † debiti remanet regula, quod in iis quæ competunt ut singulis maior pars non attenditur. l. est receptum. ff. communia prædiorum, & not. per omnes in capitul. cum omnes, ex. de constitutio. & l. in concedendo. ff. de aqua pluuia arcenda, & regula non debet. de regul. iur. in sext. & in regula quod omnes. de regul. iur. & si dicatur in dicta lege. & suum. §. fin. competebat ius pluribus ut singulis & tamen maior pars præiudicat fauore liberationis, respondetur quod illud est speciale, quia tractatur de paruo præiuditio in differrendo, hic uero tractamus de priuatione iuris sui, in quo fauor liberationis non præiudicat, dictis iuribus, & habetur in d. l. transigere. C. de transactionibus. unde apparet quod nec opinio Bar. iure probatur, imo dixit Fel. in d. c. cum omnes, quod opinio Bart. communiter reprobatur.

Quartam opinionem ponebant Roma. & Imol. hic, dicentes quod aut statutum uult quod habita pace delictum remaneat impunitum & tunc requiratur consensus omnium, quia tractatur de plena priuatione, per tex. in dicta regula, quod omnes, & dicta l. est receptum, cum similibus. si uero uult statutum quod pœna possit commutari per curiam in pecuniariam uel exilium, & tunc sufficiat maior pars, per rationem Barto. quæ opinio in effectu est eadem cum opinione Bartol. cum si statutum mandaret quod delictum esset impunitum non ualeret neque admitti posset, cum inuitaret homines ad delinquendi. contra l. erit autem lex. quarta distinctio. unde statutum de quo disputatur procedit ut possit fieri commutatio in pecuniariam pœnam uel exiliũ, & propterea est eadem cum opinione Bart. & ideo continetur in prædictis responsionibus, & propterea nec etiam ipsa est tenenda. Quintam ponebat Nellus in suo tracta. bannitorum. in tertia parte secundi temporis. quæstione. 39. quam refert hic Ias. tamen & ipsa ex præcedentibus reprobatur, & sic apparet quod articulus est dubius ualde.

494 Resolutiue † autem loquendo, puto opinionem primam ueriorem esse. quod imo pax sit habenda ab omnibus hæredibus, quam tenet Iason. hic, & tenuit principaliter Vbertus de Cremona, pro cuius sententia terminauit collegium Bononiense ut refert Pau. de Cast. in le. secunda. C. de lib. & eorum liber. & eandem opinionem tenet Salyc. & Fulgos. ibi, & Gandinus in tracta. maleficio. sub rub. an pax facta de uulnere. uersi. sed pone statuto. Raphael Cuma. Roma. Petrus de Besutio. And. Sicul. & Ias. hic. & Alex. qui dicit istam opinionem esse de iure ueriorem, & Ang. in l. pro hærede. §. fi. ff. de acqui. hære. & Aug. de Arimino in add. Ang. in malefi. in uerbo comparẽt d. inquisiti in termino defensionis. & hanc opi. appellat communem * Feli. in c. cum omnes. 16. col. uersi. fallit in casu ex. de constitutionibus, & Alc. hic nu. 221. cum sequentibus.

495 Et pro ista † opinione facit illud solidum fundamentum, quod indefinita nominis hæredis æquipollet uniuersali in ultimis uoluntatibus, & contractibus. dicta leg. si pluribus. & dicta l. si plures, & l. in usu. §. pri. infra de uerborum significatione. & probatur

batur in §. item si in facto. supra eodem. & in l. stipulatio ista. §. si quis ita, & in l. Iulianus. infra eod. & in decem si nilibus legibus in quibus ponitur stipulatio pro se hæredeque suo, in nume. singulari, & ideo tanto fortius æquipollebit uniuersali in legibus & statutis, quoniam hæc regula traditur per Barto. in l. si pluribus. ff. de leg. 2. quod in legibus semper indefinita æquipollet uniuersali propter euitandam incertitudinem, quia alias incerta esset dispositio quæ ratio etiam militat in statutis, unde si in contractibus & in priuatis æquipollet uniuersali in quibus hoc non solet admitti, facilius æquipollebit in statutis in quibus hoc est ordinarium propter incertitudinem.

496 Nec ualet † quod hoc sit ex interpretatione & non de proprietate sermonis, ut sensit Bart. in dicta l. 2. & expresse firmauit Bald. in consil. 52. in primo. uol. & cons. 384. in. 5. & Alberi. in tracta. statutorum in prima parte. quæstione. 9. in 2. col. & per Moder. in l. 2. ff. de lib. & posthu. & facit l. si seruitus. de serui. urbanorum prædiorum quos refert hic Alcia. nam respondetur ꝙ quamuis sit ex interpretatione, tamen illa admittitur in statutis, ex eo quia fundatur in mente statuentium, quia illa uerba proferrendo uoluerunt ita intelligere, & mens statuentium ante omnia est consideranda, & si interrogati fuissent ita dixissent illud seruandum, est glo. magna in fin. com

* muniter * approbata in l. tale pactum. ff. de pact. & quæ interpretatio ex mente dicitur naturalis. iuxta. no. in l. omnes populi. in 6. q. princ. de insti. & iur. & semper in statutis admittitur, ut ibidem Bart. in penul. col. & ideo in statutis uidetur esse ex propria significatione magis quam ex interpretatione, & firma. Bar. in l. omnes populi. in 5. q. 6. q. principalis de iust. & iur. & sentit in dicta l. si pluribus, & facit ratio. posita per Dy. in rub. de reg. iur. in 6. & sequitur hic Alcia. num. 222. uersi. secundo dico.

497 Confirmatur etiam † quia in usu receptum fuit ut indefinita singularis numeri æquipolleat uniuersali, qui usus inducit communem usum loquendi qui recipitur in statutis, ut per Bar. in dicta l. omnes populi. in 4. quæstio. 6. quæstionis principalis, in tantum quod etiam in contractibus stricti iuris admittitur, ut in dictis iuribus supra allegatis, & propterea apparet quod concludit pro hac opinione quod debeat intelligi dictum statutum ut uellit pacem ab omnibus haberi.

Secundo etiam hoc confirmatur, quia tale statutum est correctorium iuris communis, & uult quod non admittatur ius uendicandi in quolibet de populo neque etiam in consanguineis, sed solum restringatur ad ipsos hæredes, unde non potuit assignari alia ratio, nisi quia ipsi representant personam defuncti, & uoluit quod sicut defunctus potuisset remittere hanc offensionem & facere pacem, & totus rancor diceretur esse remissus, ita etiam hoc faciant hæredes representantes dictam personam defuncti, & tunc pars hæredum eam non representet, dicta leg. cum a matre. C. de rei uendi. ita etiam nec pars hæredum poterit facere pacem, quoniam nec medius defunctus potuisset eam facere, prout etiam dicebat hic Barto. sed hoc modo declarata remanet defensata ab omnibus obiectionibus & concludens ualde.

498 Tertio etiam † facit alia ratio Bar. quia in indiuiduis licet unusquisque habeat ius insolidum tamen illud non possunt exercere cum effectu nisi omnes consentiant. dicta l. itinere, coniuncta l. unus, & l. per fundum. ff. de seruituti. rusti. prædiorum. nec ualet responsio quod procedat in iuribus fundatis in rebus hæreditariis, quia respondebat Bar. hoc etiam procedere in iure quod non fundatur in rebus. d. l. fi. de serui. præstanda, & facit ratio generalis, quia ubicunque plures considerantur ut singuli quod maior pars facit non uidentur omnes fecisse, ut not. per omnes in dicta l. maiorem, ubi maior pars non potest donare creditum minoris partis, licet in dilatione posit præiudicare.

499 Quarto etiam † facit tex. in dicta l. transigere. C. de transactionibus qui retorquetur contra Bart. ubi fauore liberationis & redemptionis sanguinis permittitur transactio in crimine publico tamen illa præiudicat transigenti tantum, & in processu ab eo facto, non autem præiudicat aliis quin possint nouiter reaccusare & impedire compositionem curiæ uel alterius personæ, item & quinto urget fauor publicæ utilitatis, qui est quod non ita faciliter impediatur pœna delictorum, & ne detur occasio delinquendi, cum faciliter si maior pars hæredum non esset de consanguineis obtineretur talis pax, & impediretur punitio, contra l. si operis. C. de pœnis, & facit tex. in l. hæredes. §. incerto. ff. famil. herciscundæ, & l. 3. §. fi. C. communia de leg. & l. 3. §. si plures. ff. de sepulchro uiolato, & dicta leg. prima. §. fin. ff. de sepulchro uiolato. sexto etiam facit ratio generalis, quia hoc statutum est correctorium iuris communis, & ideo stricte est intelligendum ut minus lædatur ius commune, & quod ultra correctiones de duobus iuribus uendicandi corrigatur & tertia competens hæredibus, & statutum quod operatur contra ius commune in certis casibus in reliquis intelligitur secundũ ius cõmune, per l. 2. C. de noxalibus, cũ similibus, & propterea omnimodo hæc opinio est tenẽda quæ tutior est & magis adhærens menti iurium.

Verumtamen licet hæc quæstio tacta hic per Docto. fuerit multum examinata, tamen non resoluit totam principalem dubitationem quæ sæpissime in practica contingit, quomodo debeat esse facta pax ad hoc ut posit fieri compositio cum curia, & quoniam de iure communi illa non permittitur ex potestate ordinaria, ideo necessarium est quod fiant priuatiua statuta quæ uario modo possunt concipi & cum uariis clausulis de quibus per præcedentem discussionem non est data resolutio.

500 Ideo † tu plenius determinando quæstionem, dicas quod talia statuta possunt fieri cum quinque conceptionibus, una ꝙ occidens occidatur nisi habeatur pax ab omnibus hæredibus, secunda quod ponatur clausula nisi habeatur pax ab hæredibus, tertia quod ponatur clausula, nisi habeatur pax ab hærede, quarta quod ponatur clausula, nisi habeatur pax ab uno hærede, quinta quod ponatur clausula, nisi

habeatur pax, ſimpliciter non nominando perſonas a quibus.

501 Circa primã † conceptionem nulla eſt dubitatio ꝙ debeat haberi pax ab omnibus hæredibus, quia uerba ſtatuti clara ſunt, & in claris non eſt opus con iecturis, & uniuerſalis omnes, omnia comprehendit. l. Iulianus. ff. de leg. 3. & cap. ſi Romanorum. 19. diſtinctio. quod ſtatutũ operatur duo contra ius commune, unum quod tollatur ius uendicãdi competẽs cuilibet de populo & conſanguineis, ſecundũ quod poſſit fieri compoſitio ſi habeatur pax ab omnibus hæredibus, ſed poteſt dubitari an ſit neceſſariũ quod iſtam pacem faciant ſimul uniti uel congregati, iuxta capitulum in geneſi. de electione, uel potius poſſint facere ſeparatim, & uerior eſt opinio ꝙ poterunt facere ſeparatim, & pax primorum ſtabit in ſuſpenſo donec ultimus faciat pacem. l. eſt receptum. ff. communia prædiorum, & l. per fundum, cum ſimilibus. ff. de ſeruituti. ruſti. prædiorum, & quia quãdo unum cõpetit pluribus ut ſingulis non requiritur cõgregatio, quoniam nulli fit præiudicium. dicta leg. eſt receptum, cum ſimilibus.

502 Circa † ſecundam formam quæ differt a præcedẽti, quoniam ibi ponitur dictio omnibus, & hic nõ ponitur, difficultas eſt an intelligatur de duobus hæredibus tãtũ, iuxta. l. ubi numerus. ff. de teſtibus, uel intelligatur de oĩbus, uel de maiori parte, & hoc ultimũ uidetur ſatis probabile, quia numerus pluralis ſine dictione, omnium, hoc uidetur ſuadere, nihilominus ego puto ꝙ dẽat haberi pax ab omnibus, ex eo quia indefinita de nomine hæredis etiã æquipollet uniuerſali ut ſemper ĩtelligatur de omnibus hæredibus. arg. dictæ l. ſi pluribus, & dictæ l. in uſu, a fortiori, & ſi hoc eſt in contractibus fortius erit in legibus & ſtatutis per ſupra allegata, & faciunt omnia quæ ego ſupra adduxi in quæſtione formata per Bartol. quia æqualiter cõcludit in hoc caſu, & nõ intereſt an ſit ſingularis uel pluralis numerus ut habetur in l. 1. & 2. ff. de lib. & poſthum. & tãto fortius procederet ſi eſſet dictũ, cõcorditer habeatur pax ab hæredibus arg. gl. in cap. in cauſis, de electione, & per Rom. hic & faciet quod no. Bal. in conſ. 506. in tres marchiones, in 5. uol. & Alcia. hic nu. 225. & operatur poſtea omnes illos effectus quos diximus in præcedenti.

503 Circa † tertiã formã, quando dictum fuit ab hærede, iam concluſio firmata fuit poſt longam diſcuſſionẽ quod debeat haberi pax ab omnibus hæredibus, unde apparet quod iſte tres cõceptiones licet uariæ ſint in uerbis tamen eundem habent ſenſum & effectum, ut ab omnibus debeat haberi pax.

504 Sed in eis † omnibus poteſt eſſe alia dubitatio, utrũ intelligatur de hæredibus ſanguinis uel hæredibus bonorũ, nã reperiũtur quædã iure cõpetẽtia hæredibus ſanguinis tãtũ, ut iura ſepulchrorũ familiæ. l. quia perinde. & ibi Alex. ſupra ad trebellianum, & ius patronatus libertorũ. l. fabriles. ff. de oper. libertorũ. cũ l. ſequẽti. §. ſi liberi. & no. in l. ſi non fortẽ. §. libertus. ff. de cõdict. indebi. idẽ eſt in actione ſepulchri uiolati. l. pro hærede. §. ſi. ff. de acq. hæred. & idẽ eſt in feudo ex pacto & prouidentia. iuxta tex. in c. 1. §. beneficiũ ibi, pro hæredibus maſculis, cum gl. ex quibus cauſis feudum ammittatur, & habetur in c. 1. an agn. uel filius, & multa alia ſimilia poſita per Alexan. & docto. in dicta leg. quia perinde.

Vnde poteſt eſſe dubitatio, an hoc ius uendicandi intelligatur eſſe conceſſum hæredibus ſanguinis uel hæredibus bonorum, & uidetur competere hæredibus ſanguinis, quia ipſi ſunt qui dolent & habent rancorem & læduntur & non extranei, ſed in contrarium facit, quia nomen hæredis de proprietate ſermonis ſignificat hæredes bonorum, & in potentiori ſignificatione, & ita argumentatur Rippa hic, & Marian. licet dubii poſtea remaneant, ſed ego ſupra dedi reſolutionem, quod intelligatur de hæredibus bonorum, ex eo quia ſtatutum eſt correctorium, & intelligendo de hæredibus ſanguinis faceret tertiam correctionem quod non eſt admittendum, per not. in leg. ſecunda. C. de noxalibus, item conſideratur quod hæredes repreſentent defunctum ut uideatur defunctus remiſiſſe, quod non poteſt contingere in hæredibus ſanguinis, uel qui repudiauerunt hæreditatem, ideo habes generalem concluſionem quod debet haberi pax ab omnibus hæredibus & ab hæredibus bonorum.

505 Circa quartam † conceptionem, quando dictum fuit, ab uno hærede, non eſt dubitandum quod unus ſufficiat, quia uerba ſunt clara, tamen poteſt dubitari an ſaltem debeant omnes congregari, & ſimul diſcutere, cum fiat præiudicium omnibus aliis, & uidetur multum æquum quod hoc fiat, quia poſſent illũ trahere in ſuam opinionem arg. no. in ca. cum olim. de arbitr. item poteſt dubitari an debeat intelligi de hærede ſanguinis qui etiam ſit hæres bonorũ, ꝙ etiã uidetur rationabile, cum ipſe ſit qui doleat, & ne eueniat ꝙ unus hæres extraneus in una uncia faciat tantum præiudicium filiis uel conſanguineis, unde poſſet rationabiliter dici quod tale ſtatutum nõ ualeat cum ſit ualde præiudiciale. cap. erit lex. quarta. diſtinctio. uel ſi ualeat quod debeat temperari cum illis duabus reſtrictionibus.

506 Circa † quintam conceptionem, quando non fuerunt nominatæ perſonæ, cõſiderandũ eſt, quod tale ſtatutũ excludit ius uendicandi competens cuilibet de populo, cum uel opporteret ut totus populus faceret pacem, uel ſufficeret quilibet, ideo uidetur uelle quod ius uendicandi competat hæredibus & conſanguineis ſecundum ius commune. iuxta. l. primam & leg. ii infra qui accuſare. non poſſ. & l. ſi uxor. C. qui accuſare non poſſunt, & etiam fœminæ admittuntur, dictis iuribus, & leg. ſororem. C. de iis quibus ut indi. ſed poteſt dubitari, utrum debeat ab omnib. haberi pax, uel potius ſufficeret quod maior pars faciat, & in contigentia facti in ciuitate Salerni uidi diſputari de hoc, & ab aliquibus allegari quod ſufficiat maior pars, per doct. Bar. hic cum ſui. ſequacibus, alii uero tenebant quod deberet haberi pax ab omnibus hæredibus & ab omnibus conſanguineis, & hæc opinio præualuit, & etiam ego puto ueram eſſe, quia in iis quæ competunt ut ſingulis non ſufficit maior pars. & dicta l. maiorem loquitur de dilatione non autem de plena remiſſione, & per alia ſupra adducta.

Alia

507 Alia quoque † est dubitatio quam etiam in contingentia facti uidi in ciuitate Salerni in persona Ascanii capo grassi qui uulnerauerat unum mortifere a quo postea habuit pacem & mortuus fuit, unde fuit dubitatum utrum talis pax prodesset, & per compositionem impediretur foriudicatio, & late & plene fuit disputatum, allegando quod ipse solus erat offensus & potuit totam iniuriam & rancorem remittere, e contrario uero dicebatur quod ille hoc fecerat zelo conscientiæ, & motus ab exhortationibus & persuasionibus monachorum & confessorum propter salutem animæ, & si non fuisset moriturus illud non fecisset, & post longam dissensionem fuit iudicatum quod non ualeret, & quod admitterentur sorores ad accusandum, & ita fuit foriudicatus, sed quia facta fuit longa discussio, ideo facta fuit pragmatica in Regno Neapolitano, quod pax offensorum morientium non prodesset & admitterentur hæredes accusantes ut satisfieret conscientiæ morientis & etiam iustitiæ.

508 Vltimo † dubitauit hic Ias. quid si essent plures filii instituti hæredes qui fecissent pacem, & cum unus esset maior & alii minores, promisit quod fratres sui cum erunt 25. annorum ratificabunt pacem, & cum secundus frater effectus esset maior noluit ratificare pacem, ideo dicebatur eum incidisse in pœnam, & dicit hanc quæstionem positam fuisse per Alberi. & Oldradum in l. pen. ad finem. C. de impub. per illum tex. & per l. quamuis. C. eo. tit. in contrarium tamen allegabatur, quia pluralitas resoluitur in singularitates. l. falsa. in fi. ff. de condit. & demonstrat. in quo tamen dubius ipse residet, sed tu dicas quod tex. in d. l. quamuis. nihil facit, quia loquitur de conditione facta per distributiuum uterque, quod est collectiuum, & in casu proposito non fuit positum, unde dicas quod hæc quæstio dependet a uerbis instrumenti secundum formam conceptionis uerborum quæ contraria possunt esse, & possunt octo modis concipi, & quilibet modus recipit distinctionem an resoluatur uel non resoluatur in plures singularitates, ideo tu in contingentia facti considera bene formam uerborũ, & postea recurras ad ea quæ ego posui post Rippam in l. hæredes mei. §. cum ita. supra ad trebellianum. in præmissis, & in materia, & inuenta forma uerborum, quia eam ibi omnino reperies, poteris secundum ibi posita resoluere hanc quæstionem. & hæc sufficiant pro expeditione istius no. & practibalis materiæ.

Ioannes Bolognetus Salerni legens. & Messanæ repetita die 11. Aprilis 1570 in 32. lectionibus.

SVMMARIVM.

1 *IN hac lege tractatur, an requisita necessaria ad perfectionem actus si non sunt expressa præsumãtur interuenisse, ut actus sit ualidus, an potius remaneat nullus.*

2 *Hæc materia utilis est ualde difficilis tamen et inuoluta quoniam Doct. eam male & inordinate tractauerunt.*

3 *Quinque pro præuia inspectione ad euitandas inculcationes separatim præmitti debent cum ordine hic relato.*

4 *Solennitas capitur in iure nostro in genere & in spetie, in genere comprehendit omnia requisita ad actum, in spetie unum substantiale tantum.*

5 *Sex sunt requisita substantialia ad actum ciuilem hic relata.*

6 *Solennitas in spetie quid sit & quomodo diffiniatur.*

7 *Solennitas in genere quid sit et quomodo diffiniatur, de qua tractatur in hac lege, & quia sub hoc nomine præsumatur, refertur.*

8 *Solennitas in genere diuiditur inter substantialẽ, & accidentalem, siue intrinsecam uel extrinsecam, & earum exempla ponuntur.*

9 *Solennitas intrinseca quid sit & quomodo diffiniatur.*

10 *Solennitas extrinseca quid sit & quomodo diffiniatur.*

11 *Principium uerũ a quo capitur causa præsumendi solẽnitatem dependet a prolatione uerbi denotantis actũ perfectum, quod exemplis demonstratur.*

12 *Causa inducendi præsumptionẽ solennitatis fuit facilior negotiandi facultas, quod declaratur multis exemplis.*

13 *Incertitudo qualitatum impedit hanc præsumptionem.*

14 *Præsumptio solemnitatis Inducitur ex quocunque uerbo denotante quemcumque actum perfectum.*

15 *Verba apta qualia sint ad inducendam præsumptionem solennitatis, & quomodo cognoscantur late declaratur.*

16 *Iura introduxerũt cõtractus actus et delicta quibus dederunt nomina denotantia eos profectos ut distinguerentur in sermone.*

17 *Verborum quædã denotant actum perfectum, quædam partem actus, & quædam plures actus generaliter, quæ per exempla declarantur.*

18 *Verborum denotantium partem actus aliqua ex consuetudine deputata fuere ut denotarent totum actum quæ hic referuntur.*

19 *Verba generalia quoque introducta fuere complectẽtia & denotantia plures actus.*

20 *Quando profertur uerbum spetiale denotans actum perfectum inducitur præsumptio solennitatis illius actus.*

21 *Qui profert uerbum denotans actum perfectũ simul quoque implicite dicitur proferre solennitates omnes necessarias ad illum actum.*

22 *Qui profert uerbum denotãs partem actus non dicit totam substantiam, ideo illa non præsumitur.*

23 *Qui profert uerbum generale nõ dicit solẽnitatem alicuius actus spetialis, ideo nulla præsumitur nisi restringatur ex subiecta materia.*

24 *Scriptura qualis sit necessaria ad inducendam præsumptionem, declaratur.*

25 *Scriptura priuata an sufficiat ad inducẽdã præsumptionem, & quicunque alius modus proferendi uerbum denotans actum perfectum.*

26 *Verbum denotans actum perfectum inducit præsumptionem solennitatis quãdo profertur in præterito tempore, secus si in præsenti uel futuro, & de ratione.*

27 *Solennitas quæ non potest interuenire tempore quo profertur uerbum non præsumitur.*

28 *Solennitas qualis præsumatur breuiter declaratur.*

datur si interogatus a iudice nesciuit quid sit Velleianum, uel potius actus reddatur nullus.

195 Notario asserenti se fecisse falsum instrumentum, uel testi se dixisse falsum, an credatur.

196 Notarius asserens se certiorasse mulierem facit instrumentum ualidum quamuis interogatus nesciat quid sit Velleianum, quoniam præsumitur tūc uidisse summam Orlandinam.

197 Minur iurans non uenire contra ratione minoris ætatis uel ex alia causa an possit petere restitutionem in integrum, late discutitur.

198 Fundamenta pro opinione Dy. referuntur, quibus respõdetur, & ibi, quod nemo præsumitur renuntiare iuri quod ignorat sibi competere.

199 Iurans aliquid facere uel adimplere non uidetur iurare de eo quod ignorat seu uerisimiliter non cogitat.

200 Minor potest cõparere in iudicio possessorio ut maior, & tamen ei competit restitutio in integrum.

201 Exceptio eontraria iuramento non excluditur per iuramentum si actor iurat.

202 Iuramentum non debet esse iniquitatis uinculum.

203 Fundamenta pro opinione Bart. referuntur quibus respondetur, qui iurat super facto an uideatur iurare de omnibus comprehensis sub facto.

204 Minor quomodo teneatur cõtractus iuratos obseruare.

205 Mulier iurans super intercessione non læditur, sicut minor uendens etiam pro minori prætio.

206 Iuramētū facit minorē maiorem in eo de quo iuratur.

207 Docto. in hoc articulo fuere per 400. annos contrarij, ut communis opinio sit ab utraque parte.

208 Opinio Dy. in puncto iuris uerior demonstratur.

209 In practica obtinuit opinio Bar. propter authoritatē Iurisc. sed petita absolutione præualuit opinio Dy.

210 Minor renuntians restitutioni in integrum cum Iuramento an obtenta absolutione possit eam petere.

211 Fictio an habeat locum in tex. nostro uel præsumptio.

212 Contra præsumptionem tex. nostri an admittatur probatio in contrarium.

213 Præsūptio in hoc tex. ē iuris tātū, et nō iuris, et de iur.

214 Probatio contra præsumptionem an fiat per testes uel scripturam discutitur.

215 Contra præsumptionem extrinsecam non scriptam admittitur probatio per duos testes idoneos.

216 Contra præsumptionem scriptam requiritur probatio per tres testes uel duos instrumentales.

217 Contra præsumptionem intrinsecam scriptam requirūtur testes omni exceptione maiores.

218 Contra negantem solemnitatem intrinsecam nō scriptā sufficiunt duo testes idonei.

219 Contra negantē totā scriptarā an & quando requiratur scriptura alia uel sufficiat probatio per testes.

220 Scribens præsumitur uoluisse quod scriptū est, quia solēnitas uoluntatis & consensus præsumitur ex uerbo prolato.

221 Scribi faciēs an præsumatur uoluisse quod scriptū fuit.

222 Verba scripta a notario præsumuntur scripta secūdum intentionem proferentis, & argumentatur ex eis sicut si pars scripsisset.

223 Solemnitas instrumentalis est duplex, una quæ respicit personam testium, alia quæ respicit ea quæ fiunt a notario, & qualitates testium referuntur.

224 Qualitates respicientes notarium quales sunt referuntur, & quæ solemnitas requiratur.

225 Præsentia & intelligentia testium an præsumatur, & quando.

226 Testes an præsumantur rogati late discutitur.

227 Rogitus testium an sit de solemnitate intrinseca uel extrinseca.

228 Testium interuentus in nullo actu est de solemnitate intrinseca.

229 Testiū rogitus præsumitur si scriptū sit, testib. rogatis.

230 Testes se subscribentes an præsumantur rogati discutitur & concluditur quod sic, si se subscripserunt præsentibus partibus alioquin secus.

231 Testium rogatio an præsumatur quando notarius scripsit eorum nomina præsentibus partibus.

232 Testium rogatio an præsumatur quando testator & notarius sunt periti.

233 Testium rogatio an præsumatur quando dictum fuit præsentibus testibus &c.

234 Testium rogatio an præsumatur quando dictum fuit testibus uocatis adhibitis.

235 Adhibere & rogare æquipolleut,

236 Testium rogitus an præsumatur propter subscriptionē, plenius confirmatur.

237 Actus factus ad utilitatē alterius scientis præsumitur factus ad eius instantiam.

238 Testes an uideantur adhibiti ad negotium aliud uel ad præsens.

239 Testes an præsumantur rogati a partibus, & dicitur q̃ sic per se uel per personam notarij uel alterius.

240 Testes dicentes se ab aliis personis rogatos non sunt cōtrarij si factum fuit in præsentia partium.

241 Quinque requiruntur qualitates in testibus, quæ quomodo præsumantur breuiter epilogatur.

242 Sex qualitates requiruntur pro solemnitate instrumentali in persona notarii quæ scribendæ sunt hic relatæ, alias non ualet instrumentum.

243 Solemnitates respicientes personam notarii an sint extrinsecæ uel intrinsecæ declaratur.

244 Solemnitates respicientes notarium præsumuntur quando profertur uerbum, instrumentum publicum.

245 Anni domini, dies & cōsul nō præsumūtur nisi scibātur,

246 Ex præsentia præsumitur auditus & intelligentia.

247 Notarius an & quando præsumatur rogatus,

248 Voluntarius actus præsumitur factus ad instantiam eius cuius interest.

349 Publicatio instrumenti an præsumatur quādo notarius dixit, rogatus scripsi.

250 Publicatio & rogitus an præsumantur, si dictum fuit interfui & scripsi.

251 Instrumētū scriptū i prothocollo an præsumatur pfectū.

252 Solēnitas depsona notarii qūo præsumatur, declaratur.

253 Notarius quando præsumatur rogatus scribere clausulas consuetas.

254 Pro nuntio & eius gestis an præsumatur discutitur interpretando prius mentem Bar.

255 Duplex est nuntius, missus a parte, & a iudice, seu nuntius priuatorum & iudicialium actuum.

256 Nuntius priuatorum æquiparatur notario in præsumptione solemnitatis.

257 Duo sūt articuli separati, unus de nūtio priuatorū, alius de nūtio iudiciali in præsumptione solemnitatis.

258 In nuntio priuatorum ponitur thema quotidianum per

quia per illa lex substantialia actus ipse inducitur in rerum natura, & differt & separatur ab aliis actibus. dixi semper & in omni indiuiduo necessarium, quia actus nullus sine ipsis sex substantialib. fieri potest.

10 Solemnitas† extrinseca est qualitas actui attributa ad solemnizandum actum aliquando necessaria, dixi qualitas & non substantia, quia hæc accidentalis non dat substãtia, sed illa prima præstat, tamen qualificatur propter hanc, ut nec etiã ualeat, dixi ad solemnizandum actum ut differt ab intrinseca quæ dat essentiam actui qui post perfectionem per hãc qualitatem solemnizatur, dixi aliquando necessaria, quia solummodo in certis casibus requiritur & per accidens, ut patet in exẽplis sup. traditis, & sic apparet quod differt in tribus ab intrinseca, quia illa est substantia, hæc qualitas. Illa dat essentiã actui, hæc solemnizat eum. Illa est semper necessaria, hæc aliquando. & in aliquibus indiuiduis, & de istis duabus spetiebus solemnitatis in genere loquuntur hic docto. in materia sed de sola intrinseca in uerbis loquitur lex nr̃a, & has oẽs cõclusiones tanquã generales & firmas & sẽp ueras in capite firmare & retinere debes.

11 Secundo principaliter † præmittendum est, a quo principio sumatur hæc præsumptio seu potestas præsumendi, & quæ sit causa & ratio, in quo debes dicere, quod principium proprium præsumendi est quando scribitur uel profertur uerbum denotans actum perfectum. nam quando quis scribit se fecisse uel alium fecisse actum per uerbũ denotans ipsum, præsumitur ꝙ uellit scribere actum ualidum prout significat uerbum prolatum, & qm̃ ad perfectionem ipsius requiruntur sua substantialia, uidetur quoq; scribere & proferre omnia dicta substantialia interuenisse. unde præsumitur, quod dicta substantialia interuenerint, & sic solẽnitas præsumitur ex hoc solo quod fuit prolatum illud uerbum denotans actum perfectum, & ideo si proferreretur uerbum generale uel non denotans actum perfectum non præsumeretur solemnitas, unde si notarius scripsit aliquem fideiusisse, profertur uerbum denotans fideiussionem perfectã, quia fideiubere est fideiussionem ualidã facere, & cum ad perficiendã fideiussionem sit necessaria stipulatio, & omnia requisita stipulationis, implicite quoq; dicitur proferre stipulationẽ, & omnia necessaria stipulationis interuenisse, sicut si dixit, furtum factum esse, uidetur implicite proferre fuisse cõtrectationem de re aliena inuito domino sed si quis scripsisset interogationem interuenisse ut fideiuberet, nõ præsumeretur hæc solemnitas, quia uerbum prolatum nõ denotat fideiussionem perfectam, & si quis scripsisset eum contraxisse, nõ prȩsumeretur fideiussio neq; eius solemnitas, quia non profertur uerbum denotãs actum fideiussionis perfectum, & idem si proferreretur uerbum uẽditionis, locationis, & aliud simile. Ideo apparet quod proprium principium est istius prȩsumptionis quãdo prolatum est uerbum denotans actum perfectum, & apparet quod nõ est præsumptio immediate ad ipsam solemnitatem, sed est præsum-

ptio quod proferens uerbũ implicit
que eam. solẽnitatẽ interuenisse, &
quod proferendo illud uerbum den
ctum uoluit dicere actum fuisse uali

12 Causa autem† inducẽdi hãc præsu
lemnitatis fuit, quia notarii habeba
gotia & nõ poterãt scribere singula
stipulationis uel alterius actus, cum
pulationẽ factã oportebat dicere qu
præsentes, & unus interogauit ut dar
& alter respõdit uelle dare, unde ne h
laborem, & ne uerbosi essent, ceperunt
uibus demõstrare actum factũ, & di
deiussit pro Sempronio in præcedent
talis uendidit rem, uel talis promisit
tendentes quod ꝑferrẽt uerbũ illud d
perfectum etiã implicite scribere oĩa
cessaria ad eum, & solita semper interu
usus cum esset multũ popularis, ita rec
ut etiã per legislatores approbatus fuer
hoc modo inducta fuit causa prȩsumend
tatem propter celeritatẽ actus, simile h
cõuersione cõtractuum in l. singularia, ul
xi, in præmissis. ff. si cer. pe. & inde factus
noster hic, &. §. fi. insti. de fideiuss. &. §. si i
tum. insti. de inutilib. stipula.

13 Et ideo† sequitur etiam quod hæc præ
inducitur de illis tm̃ quæ semper & cum i
dine solent interuenire, sed si cõtinent in
dinẽ, ut nominatio & declaratio rei deduc
tractũ, illa non præsumitur, & simile est, sed
in l. qđ si nolit. §. qui assidua. ff. de ædil. æd
est aliud principiũ ꝑsumẽdi de quo dicã in

14 Item infertur† quod hæc præsumptio ne
de stipulatione & fideiussione de quibus lo
tur dicta tria iura, sed ẽt fit de omnibus ali
bus, & si q̃s dicit se fecisse domũ dicit quoq
cisse parietẽ & tectum, & ideo qui concedit
dictionem uidetur concedere omnia sine
illa exerceri non potest. l. 2. ff. de iurisdictio
nium iudicum & in uenditionibus quoque,
tionibus, mutuis, & omnibus contractibus
uerbis & literis contrahuntur, & in cæteris
bus actibus habet locũ hæc præsumptio pe
dem rationem, & in iudiciis, contractibus, e
nibus, præsentationibus, & omnibus aliis
nibus, ut per Inno. in ca. innotuit, de eo qui f
di. suscep. & tenet Bar. in l. j. C. de iur. fisci. lib
* & communiter* docto. dum allegant illã l. i
co apparet quantum errauerint illi qui cre
runt quod hæc præsumptio habeat locum so
contractu stipulationis, atque tantummodo
catur per illud solum uerbum (fideiusisse) & u
(promisisse) cum imo habeat locum in omn
aliis contractibus & actibus, & in quibuscunq
bis denotãtibus aliquem actũ perfectum. Et
habes aliam generalem conclusionem sempe
ram in tota materia, quod præsumitur solen
tas in quocunq; actu de mundo quando profe
uerbum denotans secundũ leges illũ actũ pe
ctũ & in spetie, cũ simul quoque uideatur scri
omnia alia necessaria ad illũ actum interuen

Tertio

ut dixi in dicta l.nemo potest.

5 Causa efficiens† consistit in contrahentibus, de quibus dictum fuit in l.j.in prin.Causa materialis consistit in consensu.l.j.ff.de pact. Causa formalis consistit in interogatione & responsione d.l.j.§.si quis ita.Causa subiectiua consistit in rebus, ut dictum fuit in l.2.Causa solemnitatis consistit in ordine & modo faciendi,ut quod fiat in præsentia, & unico contextu,de qua dictum fuit in d.l.j.§.qui præsens,& causa finalis est ut stipuletur quod sua interest,de qua dictum fuit in l.stipulatio ista.§.alteri.inf.eo.& in testamentis omnia similia interueniunt,& causa solemnitatis est quod testes sint rogati, & adhibiti & se subscribant & sigillent.

6 Quæ solemnitas diffinitur per Bal.in l. etiam. C. de executio.rei iudica. dicentem, solemnitas est quædam qualitas rei accedens per quam actus fit solemnis,quæ descriptio uidetur imperfecta,quia explicat idem per idē,ideo tu clarius potes dicere,solemnitas est quidam ordinatus & limitatus modus procedendi in confectione actus,uel solēnitas est quædam norma interponendi necessaria ad conficiendum & perficiendum actum, nam licet ex tribus consistat omnis actus, ex causa efficienti,materiā,& forma, tamen opportet ad eum conficiendum seruare certum modum &ordinem qui appellatur solemnitas,fuit enim inuenta solemnitas ne disponentes ex abrupto & inconsiderate procedant in perfectione actus,ad finem ut appareat an ioco uel seriose eum confecerint, & in stipulatione apparet in d.§.qui præsens,quia debet fieri unico contextu & inter præsentes,&in testamentis,ut nomen hæredis exprimatur.l. Iubemus.C.de testam.& testes rogentur & se subscribant aliquando.l.hac consultissima.de testam. unde differt solemnitas a causa efficienti,quia illa facit & hæc modificat,& a forma,quia illa est qualitas essentialis hæc adhibet modum in ea perficienda.Item differt a materia, quia illa est consensus hæc uero adhibet modum interponendi, item differt a subiecto,quia res de quibus fit actus hęc modum faciendi ponit.Ideo Bal.in l.etiam.C.de usuris.dixit quod solēnitas differt a substantia actus & ab eius natura,&in hac significatione capitur in d.§.qui presens,&d.l.cōtinuus.&per Bal.in l.etiā. C.de usur.& per Bar.in l.cum ii.§.si prætor.ff. de transactio. & l.j. §. sed si prætor.ff.de ser.ubi dixit quod partes possunt renuntiare solemnitati, quāuis formæ & materiæ renuntiari non possit,&idē etiam repetitur in l.nemo potest.in 2. oppositione Bar.ff.de leg. j.

7 Solemnitas† autē in genere dicitur esse quædā generalis substātia cōplectens omnia dicta substātialia,sicut hoc nomen requisitū, cōprehendit omnia requisita,&nomen(substātia)cōprehendit omnia dicta reqsita,ita & hoc nomen(solēnitatis)ea cōprehendit ut etiā solemnitatem in spetie comprehendat,& in hac significatione capitur in tex. nostro,& per omnes doct.hic,quoniam dubitantes an solemnitas præsumatur,intēdunt dicere an præsumatur quod sit habilitas causæ efficientis, uel interuenerit materia,uel forma, uel subiectū, uel causa finalis,de omnibus enim istis æqualiter fit dubitatio,quoniā sine eis uel aliquo eorū actus non potest ualere.unde & nos quoq; habebimus uidere an præsumatur materia,& forma, subiectū & habilitas causæ efficientis.

8 Diuiditur† autem hæc solemnitas in naturalem seu propriam & accidentalē.Propria & naturalis solemnitas actus est quę semper requiritur ad perfectionem actus,& in omni indiuiduo interuenire debet,& hæc alio nomine a doctorib. appellatur intrinseca. Accidentalis est illa quæ neq; semper neque in omni indiuiduo requiritur,sed adhibetur propter aliquam accidentalem causam, ut est authoritas tutoris in stipulatione pupilli quæ non requiritur in maioribus neque in pupillis, quando non est damnosa.§.j. insti. de authoritate tutorum,& decretum iudicis in alienatione rerū minorum,de quo in l. 1.& per totum. ff. de rebus eorum,& subastatio in alienatione rei fisci.l.1.cū glo.C.de fid.instru.& iur.hastæ fiscal.& ibi Bar. & consensus patris in donatione caus.mor.l.tam iis. §.filius.ff.de donatio.caus.mor. uel in lite quā facit filius.l.cum autem.cir.fin.princ. in uer. necessitate.C.de bon. quæ libe. & hæc solemnitas accidentalis alio nomine a doctoribus appellatur extrinseca,quia extra substantiam propriam actus interponitur,dicitur autem solemnitas quasi reddens actum solum,quoniam eum celebrem facit, & ab aliis uidetur separari.l.si stipulata.§.si uxor. ff.de donatio.inter uir.& uxorem.ibi,solemne idest celebre, inde actus solemnes nuncupantur prę ter alios celebrati.ca.fi.extra,de feriis.&solemnia munera idest consueta in certis diebus.l. tutor secundum dignitatem.§. in soluendis.ff. de administratione tutorum.& solemnis dicitur frequens.l. interdum.§.pater familias.ff. de hæredibus instituendis.solemniter,idest recte. l. non putauit. §. non quæius.ff.de contratab.solemniter, idest coram populo.capit.quia propter. de electione.per quæ demonstratur quod solemnitas est quidam modus procedendi ut actus augeatur recte fiat & magis approbetur.

Diffinitur autem solemnitas utraque secundum Bar.infra in secunda oppositioneq, qui dixit quod solemnitas intrinseca est illa quæ sine uerborum prolatorum natura uerificari non potest, & extrinseca est illa quæ non comprehenditur sub natura uerborum prolatorum, quas diffinitiones sequuntur docto.quia meliores inuenire nesciuerunt,tamen non sunt bonæ,cum solemnitas nō dependeat a natura omnium uerborum prolatorū, sed tantummodo ab aliquibus uerbis dependet, ideo Iason infra reprehendit, & dicit Albericum reprobasse Barto. in eis, & ponit ipse duas alias, quæ etiam sunt imperfectæ licet magis adhæreāt ueritati,ut ibi dicam.

9 Ideo† tu potes ita diffinire, solemnitas intrinseca est substantia actui a lege attributa ad dandum essentiam & formam actui semper,& in omni indiuiduo necessaria, dico quod est substantia,quia tantummodo consistit in illis sex substātialibus, dico ad dandam essentiam & formam,

quia per illa lex substantialia actus ipse inducitur in rerum natura, & differt & separatur ab aliis actibus. dixi semper & in omni indiuiduo necessarium, quia actus nullus sine ipsis sex substantialib. fieri potest.

10 Solemnitae†extrinseca est qualitas actui attributa ad solemnizandum actum aliquando necessaria, dixi qualitas & non substantia, quia hæc accidentalis non dat substãtia, sed illa prima præstat, tamen qualificatur propter hanc, ut nec etiã ualeat, dixi ad solemnizandum actum ut differt ab intrinseca quæ dat essentiam actui qui post perfectionem per hãc qualitatem solemnizatur, dixi aliquando necessaria, quia solummodo in certis casibus requiritur & per accidens, ut patet in exẽplis sup. traditis, & sic apparet quod differt in tribus ab intrinseca, quia illa est substantia, hæc qualitas. Illa dat essentiã actui, hæc solemnizat eum. Illa est semper necessaria, hæc aliquando. & in aliquibus indiuiduis, & de istis duabus spetiebus solemnitatis in genere loquuntur hic docto. in materia sed de sola intrinseca in uerbis loquitur lex nr̃a, & has oẽs cõclusiones tanquã generales & firmas & sẽp ueras in capite firmare & retinere debes.

11 Secundo principaliter † præmittendum est, a quo principio sumatur hæc præsumptio seu potestas præsumendi, & quæ sit causa & ratio, in quo debes dicere, quod principium proprium præsumendi est quando scribitur uel profertur uerbum denotans actum perfectum. nam quando quis scribit se fecisse uel alium fecisse actum per uerbũ denotans ipsum, præsumitur ꝙ uellit scribere actum ualidum prout significat uerbum prolatum, & qm̃ ad perfectionem ipsius requiruntur sua substantialia, uidetur quoq; scribere & proferre omnia dicta substantialia interuenisse. unde præsumitur, quod dicta substantialia interuenerint, & sic solẽnitas præsumitur ex hoc solo quod fuit prolatum illud uerbum denotans actum perfectum, & ideo si proferreretur uerbum generale uel non denotans actum perfectum non præsumeretur solemnitas, unde si notarius scripsit aliquem fideiusisse, profertur uerbum denotans fideiussionem perfectã, quia fideiubere est fideiussionem ualidã facere, & cum ad perficiendã fideiussionem sit necessaria stipulatio, & omnia requisita stipulationis, implicite quoq; dicitur proferre stipulationẽ, & omnia necessaria stipulationis interuenisse, sicut si dixit, furtum factum esse, uidetur implicite proferre fuisse cõtrectationem de re aliena inuito domino sed si quis scripsisset interogationem interuenisse ut fideiuberet, nõ præsumeretur hæc solemnitas, quia uerbum prolatum nõ denotat fideiussionem perfectam, & si quis scripsisset eum contraxisse, nõ pręsumeretur fideiussio neq; eius solemnitas, quia non profertur uerbum denotãs actum fideiussionis perfectum, & idem si proferreretur uerbum uẽditionis, locationis, & aliud simile. Ideo apparet quod proprium principium est istius pręsumptionis quãdo prolatum est uerbum denotans actum perfectum, & apparet quod nõ est præsumptio immediate ad ipsam solemnitatem, sed est præsumptio quod proferens uerbũ implicite dixerit quoque eam solẽnitatẽ interuenisse, & est p̃sumptio quod proferendo illud uerbum denotãs actum factum uoluit dicere actum fuisse ualide factum.

12 Causa autem†inducẽdi hãc præsumptionem solemnitatis fuit, quia notarii habebant magna negotia & nõ poterãt scribere singula substantialia stipulationis uel alterius actus, cum scribendo stipulationẽ factã opportebat dicere quod tales erãt præsentes, & unus interogauit ut daret talem rem & alter respõdit uelle dare, unde ne haberent húc laborem, & ne uerbosi essent, ceperunt uerbis breuibus demõstrare actum factũ, & dicere talis fideiussit pro Sempronio in præcedenti debito, uel talis uendidit rem, uel talis promisit dare rem, intendentes quod p̃ferrẽt uerbũ illud denotãs actũ perfectum etiã implicite scribere oĩa prædicta necessaria ad eum, & solita semper interuenire, qui usus cum esset multũ popularis, ita receptus fuit, ut etiã per legislatores approbatus fuerit, & ideo hoc modo inducta fuit causa pręsumendi solemnitatem propter celeritatẽ actus, simile habetur de cõuersione cõtractuum in l. singularia, ubi late dixi, in præmissis. ff. si cer. pe. & inde factus fuit text. noster hic, &. §. fi. insti. de fideiuss. &. §. si ita scriptum. insti. de inutilib. stipula.

13 Et ideo†sequitur etiam quod hæc præsumptio inducitur de illis tm̃ quæ semper & cum incertitudine solent interuenire, sed si cõtinent incertitudinẽ, ut nominatio & declaratio rei deductæ in cõtractũ, lla non præsumitur, & simile est, sed nõ idẽ. in l. qđ si nolit. §. qui assidua. ff. de ædil. ædi. qa ibi est aliud principiũ p̃sumẽdi de quo dicã in j. not.

14 Item infertur†quod hæc præsumptio nedum fit de stipulatione & fideiussione de quibus loquuntur dicta tria iura, sed ẽt fit de omnibus aliis actibus, & si qs dicit se fecisse domũ dicit quoq; se fecisse parietẽ & tectum, & ideo qui concedit iurisdictionem uidetur concedere omnia sine quibus illa exerceri non potest. l. 2. ff. de iurisdictio. omnium iudicum & in uenditionibus quoque, locationibus, mutuis, & omnibus contractibus qui re uerbis & literis contrahuntur, & in cæteris omnibus actibus habet locũ hæc præsumptio per eandem rationem, & in iudiciis, contractibus, electionibus, præsentationibus, & omnibus aliis actionibus, ut per Inno. in ca. innotuit, de eo qui fur. ordi. suscep. & tenet Bar. in l. j. C. de iur. fisci. lib. 10. & communiter*docto. dum allegant illã l. idcirco apparet quantum errauerint illi qui crediderunt quod hæc præsumptio habeat locum solũ in contractu stipulationis, atque tantummodo inducatur per illud solum uerbum (fideiusisse) & uerbũ (promisisse) cum imo habeat locum in omnibus aliis contractibus & actibus, & in quibuscunq; uerbis denotãtibus aliquem actũ perfectum. Et ideo habes aliam generalem conclusionem semper ueram in tota materia, quod præsumitur solemnitas in quocunq; actu de mundo quando profertur uerbum denotans secundũ leges illũ actũ perfectũ & in spetie, cũ simul quoque uideatur scribere omnia alia necessaria ad illũ actum interuenisse.

Tertio

15 Tertio principaliter præmittendũ est, quæ sint uerba apta quando sunt scripta uel prolata ad inducendam præsumptionem solemnitatis,&qñ ut statim dictum fuit,tantũmodo illa sunt apta quæ denotant actũ perfectum, ideo pro pleniori intelligentia opportet scire, ꝙ sicut homines propter cõmertia facilitanda& postea leges introduxerũt uarios cõtractus & actus.l.ex hoc iure. ff. de iusti. & iur.quib. dederũt formas suas & limites ꝗ præteriri non possunt.l.2.& ibi nota.& l.cum quid.ff.
16 si cer.pe.& toto tit.ff.de actio.& oblig.†Ita etiam introduxerunt uerba appropriata denotantia illos actus uel cõtractus cũ sua forma,ut possint nominari,sicut & in cæteris rebus nomina cõstituerũt ad distinguẽdas res.§.si ꝗs in nomine.insti.de leg. & l. ad recognoscẽdas. C. de ingen. & man.

17 Ideo†introduxerunt ad significandũ actũ fideiussionis uerbũ(fideiubere)& uerbum(uendere) ad cõtractum uenditionis,&uerbum(deponere) ad cõtractum depositi,& mãdare & locare, ad cõtractum mãdati uel locati,& mutare ad cõtractũ mutui,per quæ uerba ipsi cõtrahentes specificarẽt intentionem suam qñ uellent facere aliquem contractum,& proferrendo ea distinguerent intentionem suã,ac etiã introduxerunt uerba denotantia partem contractus ut ea proferrendo possent explicare intentionem suã,ut in stipulatione, interrogare,respondere,stipulari,in primitiua significatione,tradere,dare emere,& uendere, promittere,& respondere,ut insti.de uerb.obl.in prin.&de istis uerbis denotantibus partem contractus quædã fuerunt propter frequentiã deputata ut significarent totũ cõtractum,prout euenit in illis sex uerbis positis,insti.de uerb.obl.in princ.spondes spõdeo,promittis promitto,fidei promittis fidei promitto,dabis dabo,facies faciã,quæ in sui significatione partem cõtractus demõstrãt uel executiuã uel dispositiuã tñ, tñ receperunt ex usu pleniorem significationẽ,ut totũ cõtractum stipulationis & fideiussionis demõstrarẽt,ut etiã per legislatores ad tales cõtractus significãdos deputata fuerint,ut ibi dr̃,& probatur in l.sciendum.§.dictum. ff.de ædil.ædi.& dictum fuit in Rub.sup.eo.Similiter quædã uerba introduxerunt denotantia partes cõtractuum correspectiuorum, quæ & ipsa uirtualiter denotant totum contractum,quãuis contractus correspectiuus requirat actum ab utraque parte.l.Labeo.ff. de uerb. sign. cui actui datũ fuit suum speciale uerbum,ad finem ut se inuicem partes intelligerent,& alii etiam cognoscerent,& distinguerent intentionem eorũ,& cũ una pars non posit habere effectum nisi & alia pars sit cõpleta.

18 Tamẽ propter†frequentiã inductum fuit quod dicendo unã partem factã & perfectam implicite dicit totum cõtractum perfectum cũ actu utriusq; partis,ideo uerbum,locare,& uerbum(cõducere) & uerbum(emere)& uerbum(societatem) facere denotant totum contractum factum.l.fi.ff.de accepti.& no.in l.j.C.de cupress.lib. 10.quæ etiã appellationes propter frequentiam & faciliorem scripturam ex usu introductæ fuere, & quoniã erat populare & negotiis utile,etiam a Iurisconsul. recepta fuereut has implicatas significationes continerent,qñ proferrendo unã præsupponunt aliam partem cõtractus præcessisse,ut probatur in d.l.fi. de acceptilation.&de uerbo(promittere)cum suis similib.quod præsupponit interrogationem,propter quę sequtum fuit quod omnia dicta uerba dicuntur denotare actum perfectũ propter talem significationẽ ex usu attributã,licet in sui introductione tm̃modo unã partem significarent,quod ẽt receptum fuit in uerbo stipulari,nã secundũ grãmaticos stipulari est interrogare,ut dixit glos. in l.j.sup.eo.tamen põa ex usu receptum fuit ut significet interogationem cum responsione, ut ego ibi ultra alios dixi,& ideo sequtum fuit quod secundum legislatores uerbum(stipulari) denotat actũ perfectum, ut ibi ego demonstraui reprehendendo grammaticos qui uolunt uocabula legalia ad suas loqutiones reducere .

19 Rursus†etiam quædam uerba generalia introduxere quæ significarent uarios cõtractus,ut uerbum,cõuenio,paciscor,placet,intercesit,cauit, & similia,atq; etiã in cæteris actibus hoc factũ fuit ut in subreptione rei alienæ nomen furti , & in subreptione uiolenta nomen rapinæ , & in quibuslibet aliis delictis nomina sua particularia denotantia totum actum perfectum,uel partem delicti,uel generalia uerba multa delicta cõtinentes , &ne uocabularium facere uidear,in summa in omnibus actibus,cõtractib.iudiciis,& ultimis uoluntatib.ꝓpria uerba fuere introducta,quæ uel significarent totum actum perfectũ, uel partem actus , uel plures actus cõtinerẽt,ut hoĩes se intelligerẽt & actus suos exprimere possent,& hoc etiã receptum fuit in ecclesiasticis negotiis , ut in electione ecclesiastica uerbũ eligere,&in ꝓsentatione patronorũ uerbũ præsentauit,& in beneficiis uerbũ instituere,& cõferre.ut no.in c.authoritate.de insti.

20 Qñ igitur†in proposito nr̃o,prolatum fuit uerbum quod sui natura denotat actum perfectũ, uel notarius scripsit partes fecisse spetialem cõtractũ uel fideiusisse,uel ꝙ aliquis promisit , spopondit , stipulatus fuit,cõduxit,mutauit,emit , societatem fecit,& similia alia supra enumerata, tunc præsumitur in omnibus illis contractibus solemnitatẽ propriè interuenisse,& totã substantiam ad illum actum perficiendum interuenisse,ut per uerbum fideiubere,fideiusisse,fideiussionem,&uerbum stipulatum fuisse uel promisisse,seu spopondisse,stipulationem,& per uerbum uendidisse, mandasse locasse,& mutuasse,omnes dictos contractus perfecte factos fuisse præsumatur.per regulam tex nostri hic,& §.fi.insti.de fideiussorib. & per Imol. & Hosti.in ca.innotuit. de eo qui furtiue ordines suscepit.& in cap.super iis.colu. fi. de accusationib. & infra per totam materiam recte declaratam,
21 propter illam rationem †supra traditam,& in tota hac materia semper repetendam , quia quando prolatum fuit tale uerbum denotans actum perfectum de per se uel per interpretationem ex usu uel lege receptam præsumuntur uoluisse proferre actum ualidum,& quoniam ad ualidandum actũ est necessarium quod omnia sua requisita cũ

ſuis limitibus & formis interueniant, ut habetur in l.j.§.ſi quis ita. ſupra eodem.cum ſequentibus. ideo proferrendo tale uerbum denotans actũ perfectum, ſimul quoque uidentur protuliſſe, narraſſe, uel ſcripſiſſe quod interuenerunt omnia dicta requiſita neceſſaria cum ſuis formis, & per conſequens ſolemnitas intrinſeca ſemper ex tali prolatione præſumitur, per iſtum textum. cum concordantibus.

22 Si uero † prolatum fuit uerbũ denotans partem contractus tantum & non ex conſuetudine, denotat totum, ut ſi dicatur, talis interrogauit uel reſpondit, uel talis tradidit rem, & aliud ſimile, tũc per tale uerbum prolatum non denotatur cõtractus totus, neq; etiã præſumitur ſolemnitas neceſſaria ad faciendum talem actum perfectum. per l. j. cum ibi no. C. de uſur. cum multis aliis ſimilib. infra in materia allegandis.

23 Sinautem † prolatum fuerit uerbum generale denotans omnes contractus, & uerbum conuenire, paciſci, placere, cauere, & ſimilia, & tunc nõ pręſumitur ſolemnitas alicuius contractus ſpetialis, ex eo quia per tale uerbum continentur, ſed non inducuntur, unde cum ſit incertitudo non poteſt præſumi ſolemnitas neceſſaria ad ſpetialem actũ de quo uerba in ſpetie faciunt mentionem, & incertitudo eſt unum de principalibus impedientibus præſumptionem ſolemnitatis ut inf. dicemus in materia cum Bar. & probatur in l.j.C. de dotis promiſſ. ſecundũ uerum intellectũ, & l. triticum. & l. ita ſtipulatus. inf. eo. & l. cum poſt. §. gener. ff. de iur. dot. cum ſimili. & ſic opportet adhoc ut inducatur præſumptio quod proferratur uerbũ denotans actum perfectum & in ſpetie, & ſi denotat partem uel plures cõtractus in genere nõ pręſumitur ſolemnitas aliqua illius actus perfecti, & ſi ſit incertitudo aliqua etiã in contractu in ſpetie adhuc ceſſat iſta pręſumptio, quia nõ adeſt fundamẽtũ ſtabile propter quod præſumatur, & qñ ex uſu receptum fuit quod per pauca uerba ſcriberentur cõtractus, inductum fuit quod præſumerentur illa ſubſtantialia quæ ſemper & in unoquoq; indiuiduo ſolẽt interuenire cũ certitudine, incerta uero non præſumerentur, ſed ſcribentes debent certificare per ſe uel per relationem ad aliud. unde ſi uerba generalia propter ſubiectam materiam reſtringerentur ad aliquos cõtractus in ſpetie, prout ergo dixi poſſe euenire in Rub. ſup. eo. de uerbo cõuenire, placet, & cauit, & paciſcitur, tunc ſimiliter poſſet præſumi ſolemnitas, quoniã haberent pro uerbis ſpetialiter denotantibus actũ perfectum. iux. no. in l. ſciendum. §. ſi dictum. ff. de ædi li. ædicto. & l. ſeruus ea lege. ff. de ſeruis export. & de uerbo (conuenit) no. in l. lecta. ff. ſi cer. pe. & de uerbo, cauit, habetur per glo. in l. eum qui. ff. de in ius uocando. cũ ſuis concor. concludas igitur, ꝙ adhoc ut præſumatur ſolemnitas actus, proferratur uerbum denotans totum ipſum actum in ſpetie, uel per ſe, uel per cõſuetudinem receptum, uel per ſubiectam materiam, & relationem ad aliud, alioquin non præſumetur, per prædicta.

24 Quarto † principaliter præmittendum eſt, quia iſte tex. loquitur de ſcriptura cum ſuis concor. ut uideantur demõſtrare quod ad hanc præſumptionem inducendam requiratur ſcriptura, ideo inſurgit dubium, qualis ſcriptura requiratur, & aliqui uolunt quod ſit neceſſariũ ꝙ interueniat ſcriptura publica facta a notario uel alia ſimili perſona, quaſi hoc ſit priuilegium ſcripturæ publicæ, ut faciat præſumi ſolemnitatem, quæ opinio tamen

25 falſa eſt. † Quoniam & per ſcripturam priuatam inducitur hæc præſumptio, ut probatur in tex. noſtro, ibi, ſcripſit ſe fideiuſſiſſe, quod non bene conuenire poteſt notario, ut infra dicetur. & l. prima. C. de contrahenda ſtipulatione. & in dicto. §. fina. inſti. de fideiuſſoribus. cum nullus priuatus in fauorem ſui ſcripturam publicam facere poſſit, quãuis & mercatores & argentarii poſſint, iuxta. not. in l. 1. C. de edendo.

Ideo pro reſolutione dicas, quod ſi quidem interuenit ſcriptura publica facta a notario de negotio alterius, uel etiam facta a ſeipſo in caſibus in quibus ei permittitur hoc facere qui infra notabuntur, ut no. in l. lecta. ff. ſi certum petatur. ibi, ſcripſi me accepiſſe, & l. ſi ita ſtipulatus. §. chriſogonus. ff. de uerborum obligationibus. Sinautem eueniat quod proferatur ſcriptura priuata in qua ſit ſcriptum uerbum denotans actum perfectum, adhuc etiam ſolemnitas præſumetur, quia eadem ratio eſt, & non eſt priuilegium ſcripturæ publicæ, ſed cauſa dependet ab eo, quod ſi proferatur uerbum denotans actum perfectum implicite, dicuntur interueniſſe omnia neceſſaria ad eum perficiendum, & ideo ſiue ſit facta apodixa per priuatum principalem, ſiue ſit ſcripta epiſtola ex interuallo, ex tali uerbo prolato præſumetur ſolemnitas. leg. 1. cum glo. C. de contrahenda. & committen. ſtipula. & l. Titia. §. penu. infra eodem. & idem etiam erit quando notarius ſcripſit partium confeſſionem quæ coram ipſo dixerunt ſe feciſſe ſtipulationem fideiuſſionem uel alium contractum nam ex tali uerbo prolato præſumetur confeſſionem factam de actu perfecto cum omnibus ſolemnitatibus ſuis, & idem erit ſi pars interrogata in iudicio reſpondeat ſe fideiuſſiſſe uel contractum feciſſe. l. de ætate. §. primo. & per totum. ff. de interrogato. actionibus. & per Barto. infra column. fi. uerſi. quæro quid in relatione nuntii, ubi etiam dixit hoc procedere in relatione nuntii aliquod factum referentis, & idem etiam procedit in teſte, licet docto. infra uariauerint, quando protulit teſtimonium cum uerbo denotante aliquem actũ perfectũ, & nõ fuit interrogatus de ratione, uel allegauit rationẽ demõſtrãtẽ eũ potuiſſe uidere totũ actũ, nã præſumetur ex uerbo ꝓlato ab ipſo ſolẽnitatẽ interueniſſe, & de ea teſtimoniũ dediſſe.

Quare cõcludas, ꝙ præſumptio æqualiter inducitur qñ prolatũ eſt uerbũ denotãs actũ perfectũ proprie uel ex cõſuetudine recepta, ſiue illud uerbũ fuerit ſcriptũ uel in ſcriptura publica uel priuata, uel nõ fuerit ſcriptũ, ſed ſolũ prolatũ fuerit aliquo modo probabili ut appareat certitudo de ꝓlatione, nã ſemꝑ æqualiter ꝑſumet ſolẽnitas, quia hęc ꝑſumptio nõ depẽdet a ſcriptura ſed a natura uerbi

uerbi prolati utrum denotet actum perfectum cum certitudine eorum quæ solent uariari in contractibus.

26 Quam†tamen conclusionem declara procedere quando prolatum fuerit uerbum in præterito tempore,ut dicunt hæc iura,quoniam tunc denotatur actus recte factus qui potuit perfectionem suã habuisse,secus autẽ si proferatur uerbũ in pręsenti tempore, quia tunc non inducitur præsumptio,per l.ea quæ.ff.de donatio.inter uirum & uxor.& infra plenius dicetur, quia uerba præsentis temporis non possunt demonstrare actum perfectum,sed tantummodo actum in fieri,&idem etiã erit de uerbo futuri temporis,ut in l.j.§.si stipulanti. & §.si Stichum.infra eod. & inf.etiam dicetur.

27 Secundo†etiam declara ut procedat quando est talis actus in quo solemnitas unico contextu interuenire potest,nam tunc poterit præsumi solemnitas illa,sed si esset talis quę non posset tunc temporis interuenire sed cum dilatione temporis requiratur,quia sit actus successiuus, tunc non præsumeretur ita faciliter, ut est subhastatio in uenditione fisci,ut habeẽ in l.j.Co.de fid.instru.&iure hastæ fiscalis.lib.10.& ibi Bar.& in sentẽtia, quæ requirit dationem libelli,& litis contestationem, & citationes in diuersis temporibus factas,nã tũc non præsumetur nisi scripta fuerit,ut no.in l. prolatam.C.de sententiis.& in cap.quoniam contra. extra de probatio.

28 Quinto†principaliter præmittendum est,quoniam iste tex.simpliciter dicit solemnitatem præsumi.quę tamen uaria est ut dixi in primo præmisso, qualis præsumatur interueniẽte habilitate uerbi & sufficienti prolatione,quæ est propria materia istius legis,quam plene examinant hic omnes docto.ut habeas aliquam introductionem ad intelligendum ea quæ dicuntur infra per docto.inordinate, resolutiue dicas,quod in tota hac materia constituuntur duo articuli, unus est de solemnitate intrinseca an præsumatur,alius est de solemnitate extrinseca,quam docto. hic adiunxerunt propter certitudinem dandam.

29 In solemnitate†intrinseca ponitur regula affirmatiua,quod semper solemnitas præsumitur, & omnia necessaria requisita ad perficiendum actũ, per istum tex.cum aliis concordantibus quę tamẽ regula intelligitur quando dicta solemnitas est certa quæ solet æqualiter in quibuslibet indiuiduis illius contractus interuenire,ut est habilitas contrahentium, consensus, forma interrogationis & responsionis,in stipulatione,& finis,& præsentia,& unicus contextus,quæ solemnitas appellatur uniformis,quia in omni actu solet interuenire ad eum perficiendum.

30 Sed si esset†solemnitas incerta & uariabilis in singulis indiuiduis,prout est quantitas tritici promissi,uel demonstratio fundi, tunc illa solemnitas non præsumeretur.l.triticum. & l. ita stipulatus.infra eodem.& l.cum post.§.gener.ff.de iur.dotium,& in uenditione prætium non præsumitur, quia solet in quoque indiuiduo uariari,unde oportet ut certum exprimatur.§. prætium.insti.de emptio.& uenditione.& l.cum de indebito.§. fin. ff.de probationibus,& hæc solemnitas per docto. appellatur difformis,quia per partes uariari solet,ideo habes unam limitationem multum generalem in tota hac materia,ut non pręsumatur solemnitas intrinseca difformis, si tamen eueniret quod posset illa incertitudo certificari per relationem ad aliud,& tunc etiam posset induci præsumptio,ut si quis in pede instrumenti habentis quantitatem certam debiti & causam,scripserit se fideiusisse,nam tunc poterit præsumi solemnitas fideiussionis super dicto instrumento,uel etiam notarius post scriptum instrumentum debiti in pede dixerit,& Sempronius fideiussit,ut hic per glo.& latius declarabitur. Secundam habes generalem limitationem quam ego supra posui,quando uerba essent prolata in tempore præsenti uel futuro, quia tunc nulla caderet præsumptio.dict.l.ea quæ

31 & dicto.§.si stipulanti. Tertiam†etiam habes generalem limitationem,quando esset talis solemnitas quæ in diuersis & separatis temporibus interuenire debet, ut in sententia.l.prolatam.Cod. de

32 sententiis. Quartam etiam†potes addere & generalem,quando constaret solemnitatem non interuenisse,quia tunc non præsumeretur,quoniam præsumptio est de re dubia,& fictio de re certa, ideo si constat de ueritate,cessat,glo.in l.j.& in.§. accedit.Cod.de rei uxoriæ actione.& est tex.in l. iuris gentium.§. quod fere. ff. de pact.secundum unum intellectum,& potest etiam intelligi tex.in l.j. §.si stipulanti. supra eodem. Quinta etiam datur per docto.infra in teste limitatio ut non præsumatur solemnitas.l.j.C.de usur.cum glo.sed egoibi eam reprobabo dando aliquas declarationes. Sexto limitatur non procedere in solemnitate quæ requiritur ante inceptionem actus, quia illa quamuis sit necessaria,non præsumitur,arg.no.in l. prolatam.Co.de sententiis.Secundum alium intellectum.& in l.fi.C.de sententiis ex periculo recit.& dicam in ultima quæstio.Bar.

33 Secundus†est principalis articulus in hac materia nostra, de solemnitate extrinseca,in qua dantur duæ regulæ,una affirmatiua, quod solemnitas extrinseca quæ est scripta uel legitime prolata illa præsumitur, ut per glo.in l.j.Cod. de fid. instr. & iur.hastæ fisca.lib.10.dummodo possit interuenire,& partes possint renuntiare, & sit talis scriptura ut possit adhiberi fides,ut infra dicam, ubi etiam addã quid si a iudice uel nuntio referatur.

34 Alia traditur † regula negatiua, quod solemnitas extra scripta, uel uerbis non prolata non præsumitur,quia non continetur in actu ex natura uerborum prolatorum,secundum Bartol. idest quia non est necessaria ad actum deducendum in esse,sed solum ex accidẽti requiritur in certis casibus accidentalibus.unde illa in dubio non uidetur prolata etiam implicite,&per consequens non præsumitur.

35 Limitatur†etiam non procedere ubicunq; elapsum est longum tempus, nam tunc præsumetur, uario tamen modo, quoniam aliquando per decem annos præsumitur, aliquando per uiginti, &

aliquando per triginta, aliquando per centum; uel per tantum tempus cuius initii memoria non extat, quod qualiter ꝓcedat dicetur inf. loco suo. In instrumento autem aliquo publico, ultra contractum qui debet scribi, ut adhibeatur publica fides, & sit authenticũ, requiruntur quatuor principaliter, Primo quod notarius sit rogatus a partibus, & quod rogetur de negotio ipso quod fit a partibus in præsentia sua, & quod de sua præsentia notarius faciat mentionem, & postea per eundem notarium legatur coram partibus consentientibus. ut in. §. nos uero. in auth. de tabellionibus. & ibi no. unde dubitant docto. an dictæ solemnitates præsumantur, & determinant quod non quia sunt de solemnitate extrinseca ad ipsum actum, si tamen unum uerbum denotans has solemnitates singulares proferratur, ex eius prolatione præsumetur solemnitas illa denotata per illud uerbum. ut infra per Bar.

36 Rursus† ad perficiendum instrumentum publicum requiruntur testes cum quatuor requisitis, quod sint præsentes, item quod sint rogati uel adhibiti ad hoc in multis actibus, item quod sint corpore habiles ad percipiendum. Quarto quod se subscribant. l. hac consultissima. Cod. de testame. & auth. rogati. Cod. ad Trebellianum. l. hæredes palam. § fin. & §. testes. ff. de testamen. quæ tamen non semper requirũtur ut per Speculatorẽ in titulo de test. §. penul. uersi. item quod non sit rogatus. hæc autem tota solemnitas, quia extrinseca est, non præsumitur, & opportet quod scribatur per notarium, saltem ponendo uerbum habile ad eam denotandam, si tamen scripsit præsentibus testibus. non præsumuntur rogati, neque adhibiti, neq; quod se subscripserunt, sed si dixit ꝙ fuerunt adhibiti, & quod se subscripserunt, præsumentur rogati, quia est quoddam antecedens necessariũ, & multa alia similia habes per Bartol. posita infr. colum. fi. ubi dicemus. & hæc sufficiant quantum ad generalem cognitionem terminorũ, & ad euitandas æquiuocationes, quę tamen scripta sunt pro sola instructione iuuenũ & non per modum disputationis quia examinationes plenas inf. suo loco cum doctoribus faciemus.

37 Quibus sic† ad euidentiam præmissis, deuenio ad l. ipsam, quæ continet hæc breuia uerba. sciendum est generaliter quod si quis scripserit se fideiusisse, uideri omnia solemniter acta unde diuiditur in duas partes, in prima ponitur thema quod quis scripsit se fideiusisse, in secunda ponitur decisio, ibi, uideri omnia solemniter acta. Summatur secundum docto. solemnitas intrinseca præsumitur, quod summarium est nimis generale tam ad l. quam ad materiam. unde tu duobus modis aliter potes summare, uno modo respectu uerborum & dicere. solemnitas necessaria ad fideiussionem præsumitur quando quis scripsit se fideiusisse, quoniam denotat actum fideiussionis perfectum illud uerbum, & respiciendo totam materiam legis potes summare, Solemnitas necessaria ad actum præsumitur si proferratur uerbum denotans actum perfectum sed extrinseca non præsumitur nisi sit scripta.

38 Casus autem† ita breuiter fingi potest. quidam in apodixa confessus fuerat se recepisse certam pecuniam mutuo, & uolens facere cautum creditorem suum procurauit quod Titius in pede apochæ scripsit ego fideiussi, uel notarius scripsit instrumentum mutui confectnm inter duos in sua præsentia, & postea in pede instrumenti addidit Titium fideiusisse, non proferrendo alia uerba, eueniente tempore creditor petebat pecuniam debitam ab ipso fideiussore conueniendo eum in iudicio ex contractu fideiussionis, ille uero excipiebat quod actor carebat actione, quia per uerba scripta nulla apparebat fideiussio, neque stipulatio facta, neq; etiam aliqua obligatio præcedebat quæ necessario præcedere debet cũ certitudine quantitatis debitæ, ideo fuit quæsitum coram Vlpiano quid iuris esset.

Et ratio dubitandi erat, & uidebatur quod reus esset absoluendus & actor careret actione, quoniam fideiussio fieri non potest sine stipulatione, l. quinta. §. satis acceptio. ubi no. infra eodem. l. blanditus. Cod. de fideiussoribus. sed hic nulla interuenit stipulatio, ergo nulla potuit esse fideiussio neque obligatio. Secundo faciebat, quia in fideiussione necessarium est quud præcedat uel sequatur obligatio debiti principalis. §. fideiussorẽ. insti. de fideiussor. sed hic non apparet quod præcesserit neq; fuerit sequta aliqua obligatio, ergo nulla fuit inducta fideiussio. Tertio faciebat, quia in illis uerbis non fuerat scripta quantitas debita & ubicunque quantitas est incerta uel res debita stipulatio, & per consequens fideiussio non ualet. l. triticum, & l. ita stipulatus. infra eodem. &. l. cum post. §. gener. supra de iure dotium. Quarto faciebat, quia in stipulationibus uerba in fauorem creditoris non præsumuntur, quia imputatur creditori qui plenius legem non scripsit. l. quicquid adstringendæ, infra eodem, & l. ueteribus. ff. de pact. Quinto faciebat, quia forma in stipulatione nõ inducitur per interpretationem. l. j. §. si quis ita. sup. eodem. & in forma tacitum non habetur pro expresso. ut no. in l. cum quid. ff. si certum petatur. Sexto faciebat tex. in l. j. Codic. de rei uxor. actio. ubi per uerbum promitto non inducitur stipulatio, ergo nec etiam per uerbum fideiusisse. Septimo faciebat tex. in l. j. cum glo. Codic. de rei uxo. actio. ubi non potest esse stipulatio nisi præcedat interrogatio & sequatur responsio, ergo nec etiam in hoc casu poterit fieri. Octauo faciebat tex. cum glo. in l. iurisgentium. §. quod fere. ff. de pact. ubi interueniente interrogatione & responsione dicitur pactum nudum, & non præsumitur solemnitas stipulationis. Nono faciebat tex. in l. sciendum. §. si dictum, ff. de ædilitio ædicto. ubi si uerbum (promitto) ponatur in contractu uenditionis non denotat stipulationem nisi quãdo præcessit interrogatio. ergo illa non præsumitur. Decimo faciebat tex. in l. quicunque. §. fin. de publicia. actione. ubi non præsumitur authoritas tutoris, sed opus est eam probare.

39 Istis tamen† omnibus non obstantibus contrarium

rium fuit determinatum in tex.nostro,quod imo in themate proposito obligatio ex contractu fide iussionis introducta fuerit,& omnia necessaria ad eam perficiendam præsumantur interuenisse,& ratio decidendi fuit,quia ipse debitor scripsit se fideiusisse proferrendo uerbum denotans fideiussionem perfectam, & implicite quoque uidetur scripsisse adhibitam fuisse omnem solemnitatem necessariam ad fideiussionem,&per consequens etiã interuenisse stipulationem, quod etiam procedit quando notarius scripsit in pede instrumenti Titium fideiusisse, quia propter uerbum (fideiusisse) præsumitur omnis solemnitas necessaria ad stipulationem interuenisse, ut in . §. fin.insti.de fideiussoribus. qui recte ponderando hanc rationem ponit. Non obstant allegata in contrarium. & primo quod sine stipulatione fide iussio fieri non potest,quia uerum est,& dicitur in hoc casu interuenisse stipulationem,quod probatur,quia implicite uidetur quoque scripsisse stipulationem interuenisse, & ideo assumptum est falsum quod stipulatio non interuenerit, quoniam præsumitur interuenisse ex natura uerbi prolati.

Non obstat quod nulla præcesserit obligatio neque quantitas,quia imo utrunque præcessit, ex eo quia quando se subscripsit in pede apodixæ uel instrumenti relatio habita fuit ad mutuum præcedens & quantitatem ibi scriptam, ideo perinde est ac si dictũ fuisset,ego fideiussi pro debito mutui & quantitate,suprascripta, quoniam dicta in præcedentibus uidentur repetita in sequentibus. l. Titia.§.idem respondet.infra eodem. ideo cum ministerio in themate posui quod in pede apodixæ uel instrumenti talia uerba scripta fuere. Non obstat quod non fuerit quantitas certa & propter incertitudinem stipulatio est nulla, quia eodem modo respondetur, quod imo fuit certa quantitas propter relationem ad prædictum instrumentum, & sufficit etiam digito certificare rem.l.certum.ff.si cer.peta.& l.quæ extrinsecus.cum glo. infra eodem. Non obstat quod substantia non suppletur per interpretationem,neque forma, quia respondetur quod hic non suppletur neque tacite adhibetur, quia imo uere omnia solemnia stipulationis interuenerunt,& scribendo se fideiusisse uidetur scripsisse interrogationem & responsionem & stipulationẽ uere intercessisse, solum autẽ probatur per præsumptã scripturã, quia præsumitur implicite scripsisse omnia necessaria interuenisse, & cum scripserit præsumit postea uerũ scripsisse.

Non obstat l.j.§.si stipulanti. infra eo. quia datur duplex responsio, una quod ibi fuit prolatum uerbum in tempore præsenti quo casu non inducitur præsumptio,hic uerbum præteriti temporis. Secundo, ibi apparebat quod non interuenerat illa interrogatio neque fuerat prolatum uerbum eam significans, hic uero prolatum fuit uerbum. Non obstat l.j.Cod.de dot.promi.quia uariis modis respondetur secundum uarios intellectus qui sunt ultra quatuordecim,una autem est responsio in proposito,quod ibi uerbum promitto sui natura erat aptum ad faciendam stipulationem si dos fuisset certa per se uel per relationem ad aliud, & cum ibi esset incerta, neque certificabatur per relationem ad alium præsentem,remansit nulla dicta stipulatio per l.ita stipulatus infra eodem.Secundo respondetur, quod tunc præsumitur stipulatio ex uerbo promitto quando cætera reperiuntur certa ne inducantur duo spetialia, & cum ibi esset incerta dos,ideo non præsumitur solemnitas stipulationis.tertio etiam respondetur,quod ibi uerbum promitto erat prolatum in præsenti tempore,quo casu non præsumitur solemnitas ut supra dixi,&ibi notarius in instrumento scripsit uerba mulieris dicentis, ego promitto dotem,quando contraxit matrimonium.

Non obstat l.j.Co.de usur.quia ibi non fuit prolatum uerbum denotans totũ actũ stipulationis, prolati a parte,secũdũ docto.uel dicas ꝙ illa glo. non est uera,ut infra demonstrabo. sed solum fuit prolatum uerbum denotans partem stipulationis interrogationis uel responsionis,quo casu nõ præsumitur.hic uero prolatum fuit uerbum denotans actum fideiussionis perfectum. item ille tex.loquitur de teste secundum docto.qui profert uerbum præsentis temporis. Non obstat l.iurisgentium.§. quod fere, cum glo. quia ibi constabat non interuenisse solemnitatem, quoniam ex interuallo responsio data fuerat, & non unico contextu,hic uero non constabat, & præsumptio habet locum in casu dubio,& quando constat non interuenisse,ipsa cessat,ut per Bart. in l. si is qui pro emptore. ff. de usucapio.in diffinitione fictionis.

Non obstat l.sciendum.§. dictum,quia ibi uerbũ (promitto)erat prolatum super contractu uenditionis,unde non potest importare stipulationẽ de qua non agebatur inter partes, & solam inducit præsumptionem solemnitatis ad perficiendũ uenditionem,sed si materia subiecta fuisset de stipulatione,pręsumeretur solemnitas interrogationis, ut postea etiam ibi præsupponitur. Non obstat l.quæcunque.§.fi.quia ille tex. loquitur de solemnitate extrinseca quæ non præsumitur,hic uero loquimur de solemnitate intrinseca quæ facilius pręsumitur. Hic est casus secundum quem habes enucleatam totam materiam istam cum limitationibus& suppletionibus necessariis ad eã quæ postea infra loco suo cum docto.declarabuntur& confirmabuntur.

40 Notandum est†ex isto tex.primo, quod ubicunque aliquis scripsit se fideiusisse,uel notarius scripsit aliquem fideiusisse,præsumitur solemnitas necessaria ad actum,& ratio assignata fuit in figuratione casus & in præmisis, & concordat text.in.§. fi. insti. de fideiussoribus, & ampliatur secundum omnes procedere etiam in contractu stipulationis solo,per §.si scriptum. insti.de inutilibus stipulationibus, si forsan fuisset dictum eum stipulatũ fuisse, uel stipulationem fecisse, Ampliatur etiam procedere qnando est scriptum uerbum,promitto, quod non significat totam stipulationem sed partem stipulationis,per dictum §. si scriptum. & rationem assignant docto. post Bar.quia uerbum (promitto) est aptum denotare stipulationem,

quod nihil est, quia & etiam aptum est denotare alios contractus. dicto. §. si dictum (item & uerbū (interrogatus est) similiter est aptum denotare stipulationem, & tamen non præsumitur, ideo tu dicas rationem esse, quia uerbum (promitto) & respondeo. destinatum fuit ad faciendam stipulationem, sicut & uerbum (fideiubeo) ut insti. eodem in principio. & propter consuetudinem notariorum, & negotiantium hoc fuit inductum, & postea a legislatoribus receptum. item ampliatur procedere etiam in uerbis denotantibus alios contractus, licet docto. hic irresoluti uideantur tantummodo se restringere ad fideiussionem & stipulationem, ut dicunt dicta iura, & tantummodo insistunt in eis, tamen idem est in omnibus aliis contractibus & aliis actibus, ut infra etiam Bart. sentit, & ipsimet inconsiderate incidunt in hanc ampliationem, ut decisio text. nostri procedat in quibuscunque actibus uel contractibus, ut præsumatur solemnitas necessaria ad illum actum quando profertur uerbum denotans illum actum perfectum, & si contingat quod aliquod uerbum denotans partem actus ex consuetudine receptum fuerit ut denotet totum actum prout euenit in uerbo (uendere, locare) & similibus constituentibus contractus correspectiuos, nam tunc etiam præsumetur totus contractus, quia alia pars tanquam necessarium antecedens interuenire debet. per l. fin. ff. de accep. & l. j. Co. de cupresis. lib. 12. & hęc conclusio etiam procedit siue interuenerit scriptura publica siue priuata, ut dixi in præmissis, quamuis docto. crediderint hoc esse priuilegium scripturæ publicę & ideo laborauerunt super intelligentia text. nostri utrum hic notarius scripserit se fideiussisse. & an potuerit conficere instrumentum de propria fideiussione, ut infra dicemus cum Ias.

Secundo notandum est generaliter ex isto tex. quod solemnitas intrinseca præsumitur ubicunque profertur uerbum denotans illum actum perfectum, & generalitas declaratur, per dicta in præcedenti notabili. Limitatur autem aliquibus modis in ultimo pręmisso relatis, & in figuratione casus.

41 Sed contra † utranque decisionē opponebat Alber. hic, quoniam facta non præsumuntur. l. in bello. §. factæ. infra de captiuis. sed stipulatio & alii contractus qui dicuntur præsumi sunt facti. l. consilio. in fi. de curatore furiosi. ergo non debent posse præsumi. ad istud contrarium respondebat Albericus, negando quod stipulatio & contractus sint facti, quia imo iuris sūt, per l. si unus. §. pactus ff. de pactis. ibi, in stipulationibus ius uersatur. Ias. autem reprehendit solutionem, quoniam illa stipulatio est facti. & cæteri contractus, dicta l. consilio. in fi. & dato quod sit iuris, tamen quando est in fieri secundum omnes dicitur esse facti, ut dictum fuit, in l. j. in principio, & in rub. sup. eodem & sic adhuc stat obiectio, ideo ipse respōdet duobus modis, primo quod regula contraria licet sit uera tamen limitatur non procedere quando facta sunt solita apponi, quia præsumuntur, ut per Bald. in rub. Cod. de fid. instrum. per text. in l. si. ad finem. Cod. de fideiussoribus. & est text. magis concludens in l. quod si nolit. §. qui assidua. dige. de ædilitio ædicto. Secundo respondet quod dicta regula non procedit quando profertur uerbū denotans illud factum, nam tunc præsumitur interuenisse propter naturam uerbi.

Tu uero dicas quod obiectio Alberici non probatur in tex. quem allegat, quoniam solum dicitur quod facta a lege non possunt fieri infecta, & concordat l. j. §. si uir. supr. de acquir. possessio. dictum tamen est in se uerum quod facta non præsumuntur nisi probentur, per alia quæ adducit Ias. & Decius in l. si emancipati. Cod. de collationibus uolentes quod emancipatio nō præsumatur, quia

42 facti est, & sic obiectio est bona. † Sed dum Alber. soluit quod stipulatio est iuris, recte reprehenditur a Ias. quia imo dicitur esse facti siue sit in fieri siue perfecta sit, ut ego late dixi in dicto. §. pactus. & l. si is qui pro emptore. ff. de usucapionibus. quia si pactum dicitur esse facti, ut consentiūt omnes, fortius & stipulatio quæ continet in se pactum & consensum, & ultra eum requirit interogationem & responsionem quæ facti sunt, & dicitur uerborum conceptio. item dato quod esset iuris, tamen omnes consentiunt quod interogatio & responsio facti est, quæ tamen & ipsa præsumuntur, & sic adhuc stat obiectio. unde secundo Ias. respōdet quod regula non procedit in factis consuetis, quæ nec ipsa bona est, quoniam si attenderemus consuetudinem, etiam solemnitas extrinseca. præsumeretur, & probatur in dicta l. quod si nolit. §. qui assidua. ubi stipulatio duplæ quæ est separata a uenditione pręsumitur, & alius contractus, ut in l. uel uniuersorum, de pigno. actio. & in l. Titianus. ff. quod cum eo. item nos tractamus hic de solemnitate necessaria, & in eo quod est necessarium nō conuenit uerbum de consuetudine, cum semper insit, & consuetudo fiat de separatis. ideo tertia datur responsio, quod regula non procedit quando profertur uerbum implicite continens illud factum interuenire, & hæc solutio est uera & tenenda, & probatur ex dictis in præmissis & figuratione casus.

43 Quare † habes duos modos præsumendi solemnitates & contractus separatos, & a diuersis principiis dependentes, unus est quando profertur uerbum denotans illam solemnitatem præsumptam de qua tractatur in materia nostra & suum principium consistit in prolatione uerbi denotantis actum perfectum. Alius est modus præsumendi fundatus in consuetudite, quando facientes consueti sunt super uno actu adiungere alios actus, & tunc præsumptio fit etiam de ualde diuersis, ut in dictis iuribus, & principium eius fundatur in consuetudine ut recte probatur dictis iuribus. Tertius est modus prælumendi, quando lex mandat actū fieri, & si non fiat fingit illum interuenisse, & tunc in dubio præsumitur, ut probatur in l. j. Cod. de rei uxoriæ actio. iuncta glo. in fi. principii. quæ dicit quod aliquando stipulatio est uera, aliquando ficta, & aliquando præsumpta, quæ bene nota pro resolutione aliquorum infra dicendorum.

Secun-

rium fuit determinatum in tex.noſtro,quod imo in themate propoſito obligatio ex contractu fideiusſionis introducta fuerit,& omnia neceſſaria ad eam perficiendam præſumantur interueniſſe,& ratio decidendi fuit,quia ipſe debitor ſcripſit ſe fideiuſiſſe proferrendo uerbum denotans fideiuſſionem perfectam , & implicite quoque uidetur ſcripſiſſe adhibitam fuiſſe omnem ſolemnitatem neceſſariam ad fideiusſionem,&per conſequens etiã interueniſſe ſtipulationem , quod etiam procedit quando notarius ſcripſit in pede inſtrumenti Titium fideiuſiſſe , quia propter uerbum (fideiuſiſſe) præſumitur omnis ſolemnitas neceſſaria ad ſtipulationem interueniſſe, ut in . §. fin.inſti.de fideiuſſoribus. qui recte ponderando hanc rationem ponit . Non obſtant allegata in contrarium . & primo quod ſine ſtipulatione fideiuſſio fieri non poteſt,quia uerum eſt,& dicitur in hoc caſu interueniſſe ſtipulationem,quod probatur,quia implicite uidetur quoque ſcripſiſſe ſtipulationem interueniſſe, & ideo aſſumptum eſt falſum quod ſtipulatio non interuenerit , quoniam præſumitur interueniſſe ex natura uerbi prolati .

Non obſtat quod nulla præceſſerit obligatio neque quantitas,quia imo utrunque præceſſit , ex eo quia quando ſe ſubſcripſit in pede apodixæ uel inſtrumenti relatio habita fuit ad mutuum præcedens & quantitatem ibi ſcriptam , ideo perinde eſt ac ſi dictũ fuiſſet,ego fideiuſſi pro debito mutui & quantitate,ſupraſcripta, quoniam dicta in præcedentibus uidentur repetita in ſequentibus. l. Titia.§.idem reſpondet.infra eodem. ideo cum miniſterio in themate poſui quod in pede apodixæ uel inſtrumenti talia uerba ſcripta fuere . Non obſtat quod non fuerit quantitas certa & propter incertitudinem ſtipulatio eſt nulla , quia eodem modo reſpondetur , quod imo fuit certa quantitas propter relationem ad prædictum inſtrumentum , & ſufficit etiam digito certificare rem.l.cer tum.ff.ſi cer.peta.& l.quæ extrinſecus.cum glo. infra eodem. Non obſtat quod ſubſtantia non ſuppletur per interpretationem,neque forma , quia reſpondetur quod hic non ſuppletur neque tacite adhibetur, quia imo uere omnia ſolemnia ſtipulationis interuenerunt,& ſcribendo ſe fideiuſiſſe uidetur ſcripſiſſe interrogationem & reſponſionem & ſtipulationẽ uere interceſsiſſe, ſolum autẽ probatur per præſumptã ſcripturã , quia præſumitur implicite ſcripſiſſe omnia neceſſaria interueniſſe, & cum ſcripſerit præſumit poſtea uerũ ſcripſiſſe.

Non obſtat l.j.§.ſi ſtipulanti. infra eo. quia datur duplex reſponſio, una quod ibi fuit prolatum uerbum in tempore præſenti quo caſu non induci tur præſumptio,hic uerbum præteriti temporis. Secundo , ibi apparebat quod non interuenerat illa interrogatio neque fuerat prolatum uerbum eam ſignificans , hic uero prolatum fuit uerbum. Non obſtat l.j.Cod.de dot.promi.quia uariis modis reſpondetur ſecundum uarios intellectus qui ſunt ultra quatuordecim,una autem eſt reſponſio in propoſito,quod ibi uerbum promitto ſui natura erat aptum ad faciendam ſtipulationem ſi dos fuiſſet certa per ſe uel per relationem ad aliud , & cum ibi eſſet incerta, neque certificabatur per relationem ad alium præſentem,remanſit nulla dicta ſtipulatio per l.ita ſtipulatus infra eodem. Secundo reſpondetur , quod tunc præſumitur ſtipulatio ex uerbo promitto quando cætera reperiuntur certa ne inducantur duo ſpetialia , & cum ibi eſſet incerta dos,ideo non præſumitur ſolemnitas ſtipulationis.tertio etiam reſpondetur,quod ibi uerbum promitto erat prolatum in præſenti tempore,quo caſu non præſumitur ſolemnitas ut ſupra dixi,&ibi notarius in inſtrumento ſcripſit uerba mulieris dicentis , ego promitto dotem,quando contraxit matrimonium.

Non obſtat l.j.Co.de uſur.quia ibi non fuit prolatum uerbum denotans totũ actũ ſtipulationis , prolati a parte,ſecũdũ docto.uel dicas ꝙ illa glo. non eſt uera,ut infra demonſtrabo. ſed ſolum fuit prolatum uerbum denotans partem ſtipulationis interrogationis uel reſponſionis,quo caſu nõ præſumitur.hic uero prolatum fuit uerbum denotans actum fideiuſſionis perfectum. item ille tex. loquitur de teſte ſecundum docto.qui profert uerbum præſentis temporis. Non obſtat l.iuris gentium.§. quod fere, cum glo. quia ibi conſtabat non interueniſſe ſolemnitatem, quoniam ex interuallo reſponſio data fuerat , & non unico contextu,hic uero non conſtabat , & præſumptio habet locum in caſu dubio,& quando conſtat non interueniſſe,ipſa ceſſat,ut per Bart. in l. ſi is qui pro emptore. ff. de uſucapio.in diffinitione fictionis.

Non obſtat l.ſciendum.§. dictum,quia ibi uerbũ (promitto)erat prolatum ſuper contractu uenditionis,unde non poteſt importare ſtipulationẽ de qua non agebatur inter partes , & ſolam inducit præſumptionem ſolemnitatis ad perficiendũ uenditionem,ſed ſi materia ſubiecta fuiſſet de ſtipulatione,prẹſumeretur ſolemnitas interrogationis, ut poſtea etiam ibi præſupponitur. Non obſtat l.quæcunque.§.fi.quia ille tex. loquitur de ſolemnitate extrinſeca quæ non præſumitur,hic uero loquimur de ſolemnitate intrinſeca quæ facilius prẹſumitur . Hic eſt caſus ſecundum quem habes enucleatam totam materiam iſtam cum limitationibus& ſuppletionibus neceſſariis ad eã quæ poſtea infra loco ſuo cum docto.declarabuntur& confirmabuntur .

40 Notandum eſt†ex iſto tex.primo, quod ubicunque aliquis ſcripſit ſe fideiusſiſſe,uel notarius ſcripſit aliquem fideiuſiſſe,præſumitur ſolemnitas neceſſaria ad actum,& ratio aſſignata fuit in figuratione caſus & in præmiſsis, & concordat text.in.§. fi. inſti. de fideiuſſoribus , & ampliatur ſecundum omnes procedere etiam in contractu ſtipulationis ſolo,per §.ſi ſcriptum. inſti.de inutilibus ſtipulationibus , ſi forſan fuiſſet dictum eum ſtipulatũ fuiſſe, uel ſtipulationem feciſſe, Ampliatur etiam procedere qnando eſt ſcriptum uerbum,promitto , quod non ſignificat totam ſtipulationem ſed partem ſtipulationis,per dictum §. ſi ſcriptum. & rationem asſignant docto. poſt Bar.quia uerbum (promitto) eſt aptum denotare ſtipulationem ,

de dot.promiss.ubi dicit non præsumi quia obligatio de dote pacto nudo fieri poterat, quæ tamē rationes omnes debiles sunt & uidentur multum remotæ,tamen ultra eum potest adduci urgens ratio in terminis,quia omnes fatentur in tex.nostro præsumi stipulationem,quia est necessaria ad actū item solemnitatē intrinsecam præsumi, quia semper est necessaria,& extrinsecam nō præsumi,quia non semper est necessaria,igitur cum in dictis casibus spetialibus stipulatio non sit necessaria ad perficiendam fideiussionem, sequetur quod non erit solemnitas intrinseca sed extrinseca,ergo nō præsumetur. per l.quæcunque.§.fi.de publi.actio. & infra per omnes, & sic uidetur quod hæc sit limitatio uera & non ampliatio.

46 Nihilominus † ego puto conclusionem Angeli ueriorem esse quod imo præsumatur stipulatio etiam in dictis casibus spetialibus. quoniam hoc uenit ex natura uerbi,& uerbum fideiussisse denotat fideiussionem cū stipulatione factam, hoc probatur, quia non reperitur in iure quod fideiussio aliqua fieri possit sine stipulatione; ea enim fuit natura& substantia attributa huic contractui quādo a lege ciuili introductus fuit.dicta l. 5. §. satis acceptio.secundum communem intellectum. inf. eodem,& dicta l.blanditus.Cod.de fid. & probatur per tex.insti.eodem in principio.ubi inter uerba destinata ad faciendam stipulationem enumeratur uerbum(fideiubeo)& uerbum (fidei promitto) ergo demonstratur quod natura illius uerbi est facere stipulationem,& semper eam facit,& cū postea per eam inducatur contractus fideiussionis, demonstratur quod contractus fideiussionis per uerbū fideiubeo & fidei promitto non potest fieri sine stipulatione, & sic semper necessaria est stipulatio,& semper nedum præsumitur,sed necessario inducitur,ideo in quocunque casu proferratur illud uerbum necessario etiam includetur &stipulatio non attenta aliqua spetialitate, quoniam natura uerbi præualet.

47 Nec obstat†tex.in dicta l.fin.Cod.ad uelleianū. cum aliis similibus, quoniam non dicunt quod quando quis obligatur pro alio pacto nudo, pollicitatione,uel per constitutum,uel per mandatum quod sit inductus contractus fideiussionis,sed solum dicitur esse introductus actus intercessionis, quia dicitur intercedere pro alio, quæ duo ualde inter se differunt,fideiubere,& intercedere, cum intercedere sit uerbum generale aptū facere promissionem pro alio, pactum nudum pollicitatione,per constitutum,&per mandatum.uerbum uero(fideiubeo) non est aptum producere nisi contractum fideiussionis cum interuentu stipulationis,& propterea opinio Angeli uerior est, & non per modum ampliationis sed per modum comprehensionis,quia ita de necessitate fieri opportet in quibuscunque casibus scribatur.

48 Solum ergo † probabilis dubitatio potest esse, utrū si quis scripserit se intercessisse pro alio præsumatur solemnitas stipulationis, & prompta est responsio quod non, quia cum sit uerbum generale aptum facere multos actus, non est aliqua certitudo ut possit præsumi stipulatio, unde potius intelligetur naturaliter per pactum nudum.Fallit tamen in uno casu quando quis super dote puellæ promissa scriberet se intercessisse etiam quod esset mulier,nam tunc præsumeretur stipulatio,non per regulam tex,nostri,quia natura uerbi hoc non dictat,sed propter alium modum præsumendi supra narratum, quando lex mandat ut stipulatio interponatur, & quando non est interposita fingatur. nam tunc in dubio præsumetur apposita, per tex.in l.j.in fin.princip. cum glos.Cod. de rei uxor.actione.

49 Sed alia † succedit dubitatio, quoniam tex.noster in suo themate præsupponit quod in præsentia partis aliquis scripsit se fideiussisse, quo casu præsumitur stipulatio, quoniam interuenit præsentia partium,& potuit cum facilitate fieri, ideo dubium est,quid si aliquis confitetur se retro fideiussisse in præterito tempore & non de præsenti an præsumatur solemnitas stipulationis.&Angel. hic dicebat quod non,quia si retro facta fuit, non interuenit præsentia partium, & ideo de iure nihil ualuit,cum sine præsentia nec etiam præsumpta stipulatio potest esse, & ideo limitat istum textum non procedere quando quis confitetur se retro fideiussisse.addit tamē quod tex.in l.ea quæ de donatio.int.uir.& uxor.uidetur obstare, quia epistola fuit inter absentes,& tamen præsupponitur stipulationem interuenisse, nihilominus ille text.non obstat,quia secundum uerum intellectū presupponitur quod ibi precesserat stipulatio uera,& epistola ibi eam non adducit neq; facit præsumi,sed fuit quædam narratio mulieris credens cautionem augere,ut plene declaraui sup.in rubr. Et pro limitatione Ias.adducit tex.in l.j. Cod. de cōtra.stipulatio.ubi quis scripserat per epistolā se promisisse quam postea produxit in libello,&fuit dubitatum an præsumatur solemnitas stipulationis, & respondet tex.quod præsumetur si actus inter præsentes gestus fuit, ergo opportet probare præsentiam,alias non præsumitur,& sic nec etiam in confessione præsumetur solemnitas stipulationis nisi probetur præsentia partium,& per consequens ipsa non presumitur. Ias. tamen postea tenet contra limitationem, dicens potius esse ampliationem, quia imo in illo casu præsumetur solemnitas stipulationis & totius fideiussionis propter solidum fundamentum regulæ tex.nostri, quia uerbum(fideiussisse) prolatum denotat solemnitatem omnem fideiussionis interuenisse, & non consideramus an hoc fuerit de præsenti prolatum uel per confessionem retro factam,quia eadem semper ratio est quod denotat actum perfectum, & sufficit quod per confessionem partis probetur tale uerbum fuisse prolatum, & dicit in terminis tenuisse Angel. hic in prima col.& facit etiam, quia & per epistolam potest præsumi hæc fideiussio, licet inter absentes fieri non possit, quia epistola probat prolationem uerbi.dicta l.j.& l.emptor.§. Lutius.ff.de pact.Sed tamen ipse postea non respōdet contrario supra formato de dicta l.j.quæ uult quod sit opus probare actum factum in presentia, sed tu

ſed tu potes reſpõdere ut ibi dicit glo. ꝙ ſatis ꝓbatur preſentia qñ non probatur contrariũ, quia ſemper præſumetur donec probetur contrarium.

50 Et ideo† hanc opinionem ego puto uerã ut nos faciamus ampliationem ad tex.noſtrum,ut procedat ſiue in præſentia, ſiue per epiſtolam, ſiue per cõfesſionem probetur uerbum illud ſe fideiuſiſſe prolatum fuiſſe, ut ſemper præſumatur ſolemnitas ſtipulationis, & alia ſolemnitas neceſſaria etiam cum preſentia, quia hæc omnia proferrendo illud uerbum implicite quoque ſcribere dicitur.& qui uult euitare præſumptionẽ debet probare nullo tempore fuiſſe præſentiam, quia tunc ceſſat oĩs ꝓſũptio etiã in terminis tex. noſtri hic.

51 Limitatur† tamen ſecundũ Ias. hic nõ procedere cõcluſionẽ tex.noſtri qñ quis nõ ſcripſit fideiuſſiſſe, ſed ſolũ ſcripſit ſeu narratũ fuit ꝙ fuit nominatus in fideiuſſorẽ,nã tũc nõ præſumetur ſolemnitas,ſed erit neceſſaria fictio,concurrẽtibus qualitatibus poſitis in.l.cũ oſtendimus.§.fi.de fideiuſſo.tutorũ.& l.ſecunda. inf.ad Municipal. ꝙ dictũ uerũ eſt in ſe & tenendum.ſed nõ per modũ limitationis,qm̃ non eſt limitatio,ſed diuerſus caſus, quia in eo non eſt prolatũ uerbũ denotans actum perfectum fideiusſionis,cũ nominare aliquẽ in fideiuſſorẽ non eſt facere ſtipulationem,neque uerba inferunt hoc,& ideo in eo caſu decidẽdũ eſt ſicut &in alijs oĩbus in qbus nõ eſt prolatũ uerbum denotãs actũ perfectũ, qa generaliter nõ ꝓſumatur.

52 Alia quoque† datur ampliatio ad tex.noſtrum circa contractũ ſtipulationis,ut procedat etiã qñ aliquis ſcripſit promiſiſſe,per tex. in d. §. ſi ſcriptũ.inſti.de inutilibus ſtipulationibus.ſed tamen aſſignant rationẽ,ꝙ illud uerbũ aptum eſt ꝓducere ſtipulationẽ,quã ego ſupra ſepius reprobaui,& infra repetã cũ Bar.qm̃ ſola ratio eſt,quia tale uerbũ ex conſuetudine notariorũ recepta a iuriſcõſultis accepit talẽ ſignificationẽ ut denotaret ſtipulationem perfectã,quæ tamen concluſio procedit quando prolatum fuit tale uerbum ſuper materia deſtinata ad ſtipulationem. nã tunc eius ſignificatio ex ſubiecta materia a mente ſcribentium reſtricta fuit ad ſtipulationem,alioquin ſi non apparet de hac ſubiecta materia,uerbum promiſiſſe,nõ denotaret ſtipulationem,cum ſit uerbum generaliſſimum aptum producere omnes contractus & etiam ſimplicem pollicitationem,ut inquit Ias.ſupra in Rub.col.i.ubi etiam late dixi.

53 Ideo †tex.in d.§.ſi ſcriptum limitatur non procedere quando non conſtat de ſubiecta materia, quia tunc propter incertitudinem non poterit introducere præſumptionem.ſtipulationis, quæ incertitudo generaliter uitiat hanc præſumptionẽ ut omnes docto.dicunt ſuper ſolemnitate difformi. Et propterea ſecundo limitatur quando apponitur ſuper contractu uenditionis.l. ſciendum
54 §.dictum.ff.de ædilitio ædicto. Tertio limitatur† quando appoſitum fuit iſtud uerbum ſuper materia contractus innominati, ut ſi quis dicat, promiſſi dare Stichum ut mihi daret Pamphilum. nã tunc inducetur ſola ſolemnitas contractus innominati,non ſtipulationis,ut hic etiã notat Crotus nu.5.uerſ.quarto fallit.licet nõ ponat bonum exẽplum,quoniam per ſtipulationem poteſt promitti facere contractum innominatum.
55 Quinto† limitatur in Caſu.l.i.C.de dot.promisſio. ubi uerbum promitto non importat ſtipulationem ſecũdum Crotum hic uerſi.ſecundo limita, quoniam promisſio de dote ualebat ſine ſtipulatione,ideo cum quodamodo eſſet ſuperflua non inducitur præſumptio ſtipulationis,quæ ratio non eſt uera, imo contra illum tex.qui præſupponit promisſionem eſſe nullam tam ex capite ſtipulationis quã ex capite dotis incertæ,ideo alia fuit reſponſio data ſuper figuratione caſus, quod ibi erat prolatũ uerbum præſentis temporis, & quod non inducit præſumptionem.& ſi tenes quod fuerit uerbũ præteriti tẽporis,limitatio erit uera,ſed per uarias rationes ſecũdũ uarios intellectus,una tamẽ eſt probabilis q̃ ego ſoleo approbare,ꝙ præſumptio inducitur ubicũq; cætera de cõtractu habilia ſũt ad faciendã ſtipulationẽ,alioquin ſi alius eſt defectus nõ inducitur præſumptio,qa tũc eſſent plura ſpetialia quę ſimul cũcurrere nõ poſſunt,ibi autẽ erat inhabilitas propter incertitudinem dotis, ideo ne ſint duo ſpetialia,quod dos incerta ex æquitate certificetur, & quod uerbum promitto inducat ſtipulationem,remanet quod ibi præſumptio ſolemnitatatis intrinſcę non procedit.

56 Tertio limitatur† nõ procedere ubicũq; uerbũ (ꝓmitto)apponitur ſuper acceſſoriis cõtractuum nã tũc cũ in eis ſoleat fieri pactũ nudũ,iuxta tex. l.lecta.ff.ſi cer.pet.ibi,cõuenitq;.& l.iuriſgẽtiũ.§. quinimo.ff.de pactis.& l.petẽs.C.de pact.ſequitur quod uerbũ(promitto)retinet ſuã generalẽ ſignificationẽ,& propterea dicitur uerbũ incertũ,&nõ põt denotare ſtipulationẽ,&ideo tũc importabit pactum nudum,quod poſtea ueſtietur cohærentia contractus.iuxta tex.in d.l.ſciendum.§.dictum.ff. de ædilitio ædicto.quod tamen uerum eſt regulariter,tamẽ ſi eueniat quod uerbum (promitto)apponatur ſuper pactis ſolitis fieri per ſtipulationẽ ut eſt ſtipulatio duplæ.l.quod ſi nolit. §. qui aſſidua.ff.de ædilitio ædicto.uel ſi eſt promisſio pœnæ quæ non ualet ſine ſtipulatione.iuxta.l. ſeruus ea lege,digeſtis de ſer.exportandis.& tũc poterit importare ſtipulationem,quoniam propter ſubiectam materiam uidetur eſſe reſtrictum ut denotet ſtipulationem, & ideo tunc præſumetur ſolemnitas ſtipulationis.arg.dictæ l.quod ſi nolit.§.qui aſſidua.ff.de ædilitio ædicto.nam ſi tunc quãdo nullum uerbum fuit appoſitum præſumitur dicta ſtipulatio ſubiecta propter conſuetudinem, fortius dicemus quod ſi eſt appoſitum uerbum (promitto)uidebitur ſuppoſita ipſa ſtipulatio duplæ.

57 Et propterea† eueniet,ꝙ in eod.inſtrumẽto poterit hoc uerbũ promitto ſup diuerſis ſubiectis importare & ſtipulationẽ & pactũ nudũ. ꝓpter ſubiectã materiã diuerſã,& uariã cõſuetudinẽ cõuentionũ,& in clauſulis generalib.quæ apponũtur in inſtrumẽtis,dũ dicitur,q̃ oĩa promiſſerũt obſeruare,poterit idẽ uerbum importare & ſtipulationem & pactum.
58 Et idem erit † quando profertur uerbũ promitto in contractu innominato,qa pro

profertur cum uerbis denotantibus contractū innominatum non importabit stipulationem sed creabitur cōtractus innominatus in quo habebit locū pœnitentia, sed si uerbū promitto est positū super confectione contractus, tūc importabit stipulationem, & uidebitur per stipulationē promisisse facere cōtractū innominatū. iuxta l. cū hæres. ff. de actionibus emp. & l. singularia, ubi Bar. ff. si cer. petat. & l. si fideiussor. §. meminisse, ff. de leg. j. quicquid dixerit Bal. in l. sicut. ff. de actio. & obligationib. quia ratio sua non est ad propositū. quoniam esset pactū de permutando in quo nō habet locum pœnitentia, licet in ipso contractu innominato habeat locum, & cessant omnia quæ hic dicunt Aretin. & Claudius qui multum insistit in principio.

59 Ex quibus† habes declaratū dictū. §. si scriptum & regulā eius ampliatā & limitatam quæ licet habeat eundē finem, tamen habet aliquā diuersitatē cū tex. nostro, qm̄ uerbū (fideiussi) denotat ex propria natura actum perfectū, & in quocunque subiecto apponatur semper denotabit stipulationē. dictus uero. §. si scriptū loquitur de uerbo promitto quod est generale, & ex propria significatione nō denotat actū perfectū, sed solū denotabit stipulationē propter consuetudinē notariorū receptam a legislatoribus, unde cum habeat uarias significationes, opportet declarare illas propter subiectam materiam ut dictum fuit.

60 Tertio† ex eisdē uerbis quando scripsit se fideiussisse quod præsumatur stipulatio, cui decisioni cōtradicit regula sup. tradita, ꝙ facta non præsumūtur, & alia regula, ꝙ in stipulationib. quicquid est ommissum habetur ꝑ ommisso. doct. remanent dubij quæ sit ratio decisionis, & multi crediderūt ꝙ hoc esset priuilegiū scripturæ publicę, ut ur̄ dicere tex. in d. §. si scriptū. unde intellexerunt text. nostrū hic ꝙ notarius fuerit ille qui scripsit se fideiusisse, alii uero dixerūt cōtrarium, quia est uiolatio ad istū tex. & uoluerunt ꝙ tex. intelligatur de priuato prout sonant uerba, ꝙ ille scripserit se fideiussisse, propterea ressultāt duo principales intellectus ad istū tex. unus est ꝙ hic notarius in publico instrumēto scripserit se fideiusisse. Alius est ꝙ hic fuerit priuatus qui ita scripserit.

61 Vnde† tenendo primū intellectū, tertio colligitur ex isto tex. quod notarius pōt facere scripturā publicā de negotio proprio & de obligatione sua ex qua nascetur obligatio efficax. sicut si alius notarius extraneus eā fecisset, & adhoc Ang. hic ponderat istū tex, idē no. Bar. in l. impuberē. §. fi. per illū tex. ff. de fals. & l. nō putauit. §. si qs sua manu. ff. de cōtra. tabulas. cū concord. adhoc per Alex. adductis. & facit regula, ꝙ unicuique scribēti cōtra se creditur. Auth. cōtra q̄ propriā, C. de nō num. pecunia. & l. Publia, ff. deposi. & etiā si q̄s cōfitetur creditur ei cōtra se. l. de ætate. §. primo. in uerbo cōtra se. ff. de interogator. actionibus. & ego uidi hoc sæpius seruari de facto, nā quando datur unus curator per iudicē minori alienanti rē suā notarius scripsit eū datū fuisse per iudicē, & postea addit ꝙ ipse fideiussit pro eo, & obligatur tanquā fideiussor ex propria scriptura, nec obstat si dicatur ꝙ notarius debet rogari ab utraque parte. §. nos uero. in auth. de tabellionibus. iunctis glo. ibi & quod notarius nō possit semetipsum rogare, quia debet esse differrentia inter rogatū & rogantem. cap. fin. de insti. & l. ii. ff. de stipula. seruorum.

62 Quia† intelligitur quando sunt plures partes, sed qn̄ est una pars tm̄ sufficit rogari ab ea, ut dixit Bar. in l. ii. in prima quæstione, ff. de stipulatione seruorū. & sequitur Abbas. in cap. j. de fide instrumentorū. per tex. in l. fi. in uerbo in testatione redigere, ff. pro derelicto. ubi Angel. dixit notariū posse rogari ab uno solo protestāte, & quotidie cōtingit in testatoribus rogātibus notariū ut conficiat instrumentum publicum de suo testamento, quinimo si nulla esset pars, sufficit rogari a semetipso, ut Bar. dixit in d. l. ij. ponendo exemplum de procuratore, quia sicut priuatus pōt per epistolā facere procuratorē ita etiā poterit per suū instrumentum publicum constituere, quamuis a nemine sit rogatus & cum tali distinctione debet intelligi aliud dictum Bar. in l. seruus. supra de testamentis. dum dicit quod quis apud seipsū obligari non potest. & hæc conclusio passim tenetur per docto. quando notarius scripsit se fideiusisse faciendo instrumentum de sua obligatione & contra se.

63 Sed dubium† est, quid si negotiū contineret utilitatem notarij & alterius. utrū tunc ualeat instrumentum in fauorem notarij & contra eū, & cōmuniter* docto. concludere uidentur quod non potest rogari notarius ut faciat publicum instrumentum in fauorem sui tantum, & eodem modo dicūt quod non poterit rogari quando est partim in fauorem suum & partim in odium, per tex. in, l. filius. §. sequens quæstio. ff. de falsis. ubi Bartol. posuit tres casus. unus est, quando instrumentum est principaliter in fauorem notarij & in cōsequentiam tertii, & tunc in nulla parte ualet. Secundus casus est, quando principaliter respicit fauorem suum & in consequentiam alterius, & tunc ualet in parte alterius & non in parte sua, si uero principaliter respicit fauorem suum & notarii, tunc non ualet in persona sua, sed bene ualet in persona tertii.

64 Verumtamen† quia se fundat in illo text. qui hoc dicit in testamento, non probat generaliter. quia ideo ibi hoc est quoniam erat facta expressa prohibitio legis quod quis non posset sibi ascribere in testamento. per tex. in l. Diuus. ff. de falsis. & ideo non debet trahi ad consequentiam in casu quo non sit ista prohibitio. sed generalis potestas est concessa faciēdi instrumēta, unde a cōtrario sensu arguēdo a speciali uidetur probare quod notarius possit pro semetipso scribere instrumentum, & nihil uidetur repugnare si quis promitteret notario dare centum, & postea adderet ut ipsemet faceret de hoc instrumentum publicum, & rogaret eum ut faceret quominus instrumētum ualeret & cum publica authoritate cū interuenisset præsentia partis & rogatio & c. q̄ ponūtur in. §. nos uero. in auth. de tabellionib. & cessat oīs suspitio q̄ non pōt allegari, cum ipse rogauerit eum in præsentia testium,

testium,& posset in eo instanti petere ut daret sibi copiam instrumenti & remaneret securus, qui nimo etiam in testamento in quo facta fuit dicta prohibitio per edictum diui claudii potest rogari notarius ut scribat si specifice rogans postea subscripserit se ei spetialiter illud commisisse, & in certis personis sufficit subscriptio manu rogātis. l.i.§.inter filium & seruum.cum sequen. ff. de fals. ergo eodem modo hoc generaliter permittetur in casu quo non reperitur dicta prohibitio,imo generalis uř esse permissio, & cessat facilius suspitio falsitatis quã in ultimis uoluntatibus.iuxta.l.fi.C. fideicommiss.

Et hæc opinio uerior uideř, & mihi placet q̃ cõfirmatur etiã,quia in aliis casibus de iure creditur scribēti in fauorē sui propter approbationē factã de eo,ut patet in argentariis.l.prætor.ff.de edendo,& in bãcheriis nostri tēporis quotidie seruatur, & etiã mercatoribus nostri tēporis in multis ciuitatibus data est potestas scribēdi libros regulatos & faciēdi debitorē aliquē absentē etiã in cētũ millibus ducatorũ,ut experiētia docet. & dixi late in l.i.C.de edēdo.itē scriptura creditoris manu facta&subscripta a testibus facit fidē in fauorē scribētis,ꝑ parte.l.ii.C.de fid.instrum.ergo cũ notarius sit publica persona & approbatus iuxta ca. ad audiētiã.ubi no.ex. de pręscriptionib.hoc idē facere poterit,& fortius hoc eueniet qñ talis scriptura cõtinet utilitatē notarii & principalis cõiũ ctim,ut qñ scribitur instrumētũ de cõtractu correspectiuo uēditionis locationis & societatis,quamuis Bar.in d.l.filius familias.§.sequēs q̃stio.inf. de fals. uideatur ponere regulã ꝙ non ualet,fallit qñ utilitas notarii ueniret in cõsequētiã,ut ibi per eũ quē etiã sequũtur docto. hic nã ille text. nõ ꝓbat in terminis nostris,cũ loquař in casu ꝓhibito per ædictũ Diui Claudii,& nos sumus in casu non prohibito,& etiã ille text. non procedit quando fuit sequta spetialis subscriptio partis.

65 Ideo cõcludas†generaliter,ꝙ notarius põt facere scripturã publicã de actu gesto cũ ipso, siue sit in damnũ notarii in totũ, siue in fauorē ipsius in totũ,siue partim in damnũ & partim in utilitatē, dũmodo a parte fuerit rogatus,q̃ se subscribat,dicēdo se rogasse eum prædicta omnia facere,q̃ subscriptio nõ erit necessaria qñ erit factũ in solũ damnũ notarii,ex quo sequitur ꝙ notarius põt scribere iudicē sibi demandasse examinationē testiũ, ac etiã dedisse aliq̃ aliã iurisdictionē sibi delegatã seruata præcedēti distinctione cũ dictis Bar. in l.ii.in.l.q̃stio.ff.de stipulatio.seruo. cuius opinionē sequitur Angelus de aretio in.§.itē propter inimicitias.insti.de excusatio.tutorũ.q addidit ꝙ in practica seruatur ubiq; dicta opinio Bar. & quod est cõmunis,& eam no.hic Claudius.Habes igitur enucleatũ intellectũ unũ ad istum tex. ꝙ hic notarius scripsit se fideiusisse, & ꝙ ex ista scriptura publica præsumitur solemnitas stipulationis. qui uerus est cumulatiue sed non priuatiue. Ampliatur procedere etiam si notarius scripsisset rogatus ab utraque parte Sempronium fideiusisse in 3.persona,quia tunc est uera scriptura publica de negotio aliorum,& idē qñ scripsisset in præsentia partium aliquando confessum fuisse se fideiusisse,per ea quæ supra late diximus.

66 Secundus†est intellectus,quod hic priuatus scripsit se fideiusisse,nam tunc præsumitur solemnitas etiam quod sit scriptura, quoniam ei creditur in præiudicium scribentis,per tex.in dicta l. publia. ff.deposi.& per no.in dicta l. admonendi. de iur. iurand.qui intellectus etiam uerus est & communiter approbatus cumulatiue,quia uterque procedit ad istum tex.& ex eo colligitur regula multũ utilis,quod si in priuata scriptura sit prolatũ uerbum denotans actum perfectum præsumitur solemnitas,& concordat tex.in.§.fi.insti. de fideiusso. & apparet quod non est priuilegium scripturæ publicæ.sed hæc præsumptio dependet a significatione uerbi prolati per quã scribens uř etiã dicere solemnitatē interuenisse,unde cessant rationes in cõtrariũ adductæ,quia facta passim præsumũtur qñ scribuntur interuenisse.&nõ dicitur ommissum ꝙ implicite in uerbo prolato uidetur esse scriptũ,& propterea ex ratione solemnitas tota pręsumitur. quæ cõclusio absque dubio procedit qñ illa scriptura priuata facta fuit in præsentia partis, quo tempore tota solemnitas poterat interuenire.

67 Sed ampliař† procedere etiã in epistola scripta in absentia partis,quę etiã facit fidē l,Publia.in fi. ff.depos.& l.i.C.de cõtrahēd. stipulatio.secũdũ intellectũ sup.positũ,&l.scripturas.cũ authētica ibi posita.C.q po.in pigno.habeãtur. & per Bar. late in d.l.admonēdi.& ego dixi post alios in l.i.C.de edendo.& ex hac secũda sequitur ampliatio, qñ principalis priuatus scripsisset in præsentia partis se retro anno præterito fideiusisse,nã præsumereř stipulatio tũc tēporis apposita qñ erãt præsentes,per d.l.i.C.de cõtrahend.sti.cũ glo. Tertio am

68 pliatur†,ꝓcedere qñ qs in iudicio cõfessus fuisset se fideiussisse, & notarius postea redegisset in actis,uel etiam si non redegisset, & probaretur per testes,per l.de ætate.§.i.ff.de interrogato.actionibus.& in cap.quoniam contra.de probationibus. in uerbo confessiones. ubi Lanfrancus. Et quartã quoque potes addere ampliationem generalē ut procedat in quacũque prolatione uerborũ facta sine scriptis, quæ tamen efficaciter probari possit, uel in quacunque scriptura faciente fidem quod aliquis fideiussit,nã tunc semper præsumeř solemnitas,propter illud solidũ fundamētũ,quod proferrēdo uerbũ denotãs actũ perfectũ uř implicite scribere totã solemnitatē necessariã ad perfectionē,quod fundamentũ habet sõper eũdē uigorē quomodocũq; proferratur illud uerbum,& legitime de eius prolatione constare possit.

69 Quarto†notandum est ex isto tex.in uerbo uideri, quod solemnitas ista fingitur interuenire, quoniam uerbum(uideri)denotat fictionem.l.j.§. deiecisse.ff.de ui & ui arma.& l.retro.& l.in omnibus. infra de cap.& not.in l. si is qui pro emptore.ff.de usucapioni.sed contrarium tenent omnes docto.hic, & dicunt quod in text.nostro uerbum (uideri)non denotat fictionem sed præsumptionem tantum & hæc est una alia significatio uerbi

uideri, ut no. Raphael Cuma. hic, & Areti. & ideo Angel. in ij. col. exponit uerbum (uideri) idest præsumi uel intelligi, & sequuntur omnes, & effectus est maximus, quia si esset fictio non admitteretur probatio in contrarium, neque impediretur quãuis certum esset non interuenisse, sed si est præsumptio admittitur probatio in contrarium, & si constat uel probabitur illam solemnitatem non interuenisse non procederet præsumptio, ut in terminis de uerbo (uideri) dixit glo. in l. si duo. in glos. fin. ff. de acquir. hæredita. & Bartol. hic in 3. colu. ad finem. & hanc doctrinam quoque tradit glo. in l. fi. in principio. ff. quod metus causa, & in cap. is qui fidem. de sponsalibus.

Alias significationes etiam habet hoc uerbum (uideri) nam denotat improprietatem secundum iuris ordinem & intellectum, l. si quis filium. §. fi. & ibi Bal. ff. de acquir. hæredita. & alibi non denotat fictionem sed uerborum debitam & sanam interpretationem, ut per Bal. in l. etiam. Co. de iur. dotium, & propterea idem Bal. in rub. ex. de præscriptio. col. 2. dixit quod uerbum (uidetur) aliquãdo importat fictionem, aliquando præsumptionẽ, aliquando ueritatẽ secundũ subiectã materiam, &
* sequitur hic Ias. in spetie & communiter *docto. unde rationabiliter & passim omnes docto. hanc legem intellexerunt de præsumpta solemnitate.

70 Quinto† notandum est, ibi, omnia, & ibi, generaliter, quod omnis solemnitas generaliter præsumitur ad contractum fideiussionis, quod uerbum uidetur demonstrare quod etiam solemnitas extrinseca præsumitur, quoniam dictio (omnis) omnia comprehendit. l. Iulianus. ff. de leg. tertio. & uerbum (generaliter) late intelligitur. l. j. §. generaliter. ff. de leg. præstandis. sed tamen quia ibi in cõtrarium facit tex. in d. l. quæcunque. §. fi. de publicia. actione. docto. restringunt ista uerba ad solemnitatem intrinsecã, dicendo quod omnis solemnitas intrinseca generaliter præsumitur per dic. uerba excludendo extrinsecam solemnitatem. unde colligitur, quod uerba generalia & uniuersalia restringuntur secundum subiectam materiam, nam cum ratio decisionis tantummodo procederet in intrinseca, inducta fuit restrictio decisionis ad eã & uerba quoque lata ita interpretantur, quinimo etiam spetialis solemnitas intrinseca recipit aliquas restrictiones supra traditas ad quas etiã hæc uerba reduci debent.

71 Vltimo† colligitur ex isto tex. alia bona regula secundum Ias. hic, quod scriptura continens aliquod factum probat contra scribentem non solũ ipsum factum sed etiam solemnitatem facti, licet de ea non sit facta mentio in scriptura, pro quo facit uulgatũ dic. Bal. in cap. j. §. si instrumẽtũ. de notis feudorũ. ꝙ pro instrumẽto publico oriunẽ duæ præsumptiones, ꝙ sit uerũ, & ꝙ sit solemne, imo secundũ Bal. uerius sunt probationes, & istud idẽ ꝙ ex instrumẽto publico duæ oriunẽ præsumptiones, scilicet solemnitatis & ueritatis, ut dixit idẽ Bal. in l. j. in ultima col. in 9. quæstione. C. de testa. & hęc præsumptio solemnitatis proprie est probatio, qm̃ per naturã uerbi implicite qui profert illud dicitur etiã solemnitatem proferre, & ita per uerba probari, & solum est præsumptio quod pręsumatur implicite illa omnia scripsisse quę in prolatione uerbi continentur. unde solemnitas probabitur uere sed per scripturam præsumptam, sicut in simili dicitur in l. quod meo. ff. de acquir. possessione. per l. certe. §. primo. ff. de præcario.

72 Ex quibus† concludendo habes quatuor principalia in materia nostra declarata. Primo, quod licet iste tex. loquatur de contractu fideiussionis & stipulationis in d. §. si scriptum. tñ procedit generaliter in omnibus aliis contractibus & actibus in quibus profertur uerbum denotãs actũ perfectũ. Secũdo habes, quod licet iste tex. loquatur de uerbo fideiussisse, & dictus. §. si scriptũ. de uerbo promisisse, tamen procedit generaliter in omnibus aliis uerbis denotantibus actum perfectum per eãdem rationem, & in quibuscunque actibus. Tertio habes, quod iste tex. intelligitur de scriptura publica facta a notario pro se uel pro alio, item etiã & de scriptura priuata facta in præsentia partis & extra præsentiam, & de quacũq; scriptura priuata ꝑ epistolã, uel cõfessionẽ, uel quẽcũq; aliũ modũ q legitime faciat fidẽ de uerbo prolato, itẽ & quarto, ꝙ licet loquaẽ de uerbo fideiussisse denotãte actũ perfectũ, tñ ꝓcedit etiã in uerbis denotantibus partẽ contractus ex cõsuetudine recepta, ut est uerbũ ꝓmitto, & uerbũ uẽdere, uel locare, quæ ꝓp cõsuetudinẽ denotãt actũ ꝑfectũ, & etiã procedit in uerbis generalibus qñ restringunẽ per subiectã materiã ad unũ actũ tñ. nã denotabit totã solemnitatẽ actus inclusi in subiecta materia. Et ꝓpa uides quãtæ utilitatis sit hæc materia. & q̃ lata & generalis sit, & licet docto. uacillauerint, & in multis nõ ausi fuerint extra dẽtes explicare totã hãc generalitatẽ, tñ postea ipsi deuenientdo ad illationes positas inf. ꝑ Bar. in penul. & ultim. col. inciderunt in hãc interpretationem latam & generalem, ut in effectu etiam quod non expresserint & forsan non cognouerint docto. hæc est communis
* *opinio eorum & in practica omnino tenenda.

Glo. j. figurat casũ, in quo habes duo, unũ ꝙ fideiussio fuit facta tẽpore principalis obligationis. secundo ꝙ fuit facta in ꝑsentia partium. quæ sunt notanda ad intel. text. glo. 2. diuiditur in sex partes, ꝓut sex ponit declarationes ad tex. ut hic per Ias. in j. declarat tex. in 2. remouet tacitũ cõtrariũ restringẽdo tex. in 3. quærit. & respõdet, in iiij. notat & opponit, & soluit. in. 5. ponit aliã restrictionem, in 6. notat. Secunda ibi, item intellige. Tertia, ibi, item an. Quarta ibi, item nota. Quinta ibi, item hic. Sexta ibi, item nota.

73 Ex prima parte† colligitur, quod uerbũ (solemniter) late intelligiẽ. nã licet ex propria significatione cõprehendat solemnitatẽ in spetie quæ est unũ ex sex requisitis, & significat modũ procedẽdi in ponẽdo substãtialia ad actũ & perficiẽdo ipsũ, ut dixi in præmissis, ponẽdo diffinitionẽ præsumptionis, ꝙ est quidã modus ordinatus procedẽdi, & in hac significatione cõprehẽdi denotat uerbũ (solemniter) ꝙ exponiẽ idest uideri cũ suo ordine acta. nihilominus glo. aliter exponẽdo uerbũ, dicit quod

ꝙ significat interrogationẽ & responsionẽ,& aliã formam stipulationis,quæ cõprehenditur in causa formali ipsius,sentiens ꝙ sub nomine solemnitatis continentur omnia necessaria, & illa sex substantialia ad actum,& uult ꝙ actus dicatur solemniter factus quando interponuntur illa sex substãtialia necessaria ad actũ.& allegat tex.in.§.si scriptum.insti.de inutili.stipulationibus.ubi ponitur hoc uerbũ interrogationis & responsionis subintellectæ,& idem dicit tex.in l.j.Cod.de contrahenda stipul.& sentit etiam tex.in.§.fi.insti. de fideiussoribus. & sequuntur communiter* docto.facientes conclusionem,quod sub nomine solemnitatis in tex.nostro.continentur generaliter omnia dicta sex requisita necessaria ad actum, & non illa spetialis solemnitas quæ comprehendit præsentiam,& quod stipulatio fiat unico cõtextu,de qua habetur in l.j.§.qui præsens.supra eodem.

74 Sed dum†allegat tex.in dicta l.j. uidetur quod ille probet contrarium,quod imo præsentia partium quę est de solemnitate spetiali non præsumatur,dum dicit conditionaliter, si inter præsentes res gesta fuit,& idem replicat tex.in l.Titia.§.penul.inf.eod.quoniam conditio nihil ponit in esse. & ideo necessarium uidetur quod præsentia probari debeat non autem quod præsumatur.

Glos.in dic.l.j.soluit contrarium, & dicit quod satis apparet præsentiam interuenisse si non probatur contrarium,& sic dicit præsumi donec probetur contrarium,quæ tamen solutio uidetur uiolatiua ad utrunque tex.quoniam idem erat seruãdum in aliis solemnitatibus, & sicut de aliis non apposuit illam conditionem(si)sed uoluit simpliciter præsumi,ita etiã esset dicendum de ipsa præsentia,& non fuisset superfluum ponere illa uerba ideo ne superflue uideantur posita, opportet præsentiã separare ab aliis,& dicere ꝙ actualiter præsentia est probanda, & sic non præsumitur.

75 Sed tamen†defendendo hanc solutionem & cõmunem opinionem potes dicere,quod cum ratione in dictis iuribus fuere addita in spetie illa uerba(si inter præsentes res gesta fuit)quoniam erat missa epistola inter absentes,& uidebatur constare de absentia partium,unde uidebatur quod nulla præsumptio posset induci deficiente præsentia partium de quo expresse constabat, ideo illa iura uolentia tollere hoc contrarium determinauerũt quod licet epistola soleat fieri inter absentes, nihilominus quia refert actum præteritum qui potuit esse factus inter absentes & præsentes,dictum fuit,si inter absentes res gesta fuit præsumitur solemnitas,separando eam ab aliis solemnitatibus, tamen uult in dubio eam præsumi nisi probetur contrariũ,quãuis natura epistolæ uideret suadere est resolutum contrarium, quia natura conditionis(si)repugnat,quæ requirit probationem actualem,respondetur quod imo non repugnat,quoniã tex.non dicit quod debeat probari rem gestam fuisse inter prę sentes,sed tãtummodo si fuit gesta inter præsentes, unde non repugnat expositio ꝙ dicatur præsumi donec probet contrariũ, & hæc cõclusio probatur necessario ex isto tex. & in d. §.fi.insti.de fideiussoribus.dũ dicit, omnia uideri solemniter acta,& dictio(omnia)est uniuersalis quæ nihil excludit.l.Iulianus.ff.de leg.3.&ca.si Romanorũ.19.distinctio.& tãto fortius quia utũtur uerbo solemnitas ꝙ in spetie sumptum cõprehendit præsentiã partiũ & omnimodo illa debet p̃sumi.

76 Sed tñ†hoc plus addit ex dictis iuribus adhũc tex.ut dicamus solemnitatẽ præsumi nedũ qñ scriptura referẽs uerbũ denotans actum stipulationis uel fideiussionis esset facta in præsentia,sed etiam si esset facta in absentia,& appareret de absentia præsenti,nã adhuc præsumitur actũ retro factum fuisse in præsentia,& ideo glo.in d.l.j.est notabilis ualde & tenẽda.Saly.tñ distinguebat inter epistolã & Chyrographũ,uolens ꝙ qñ scriptura est facta inter absentes non præsumatur præsentia, sed requiratur probatio,per l.ea quæ. de donationib. inter uirũ & uxorẽ.sed duplex data fuit responsio supra,una ꝙ loquit̃ de uerbo(spondeo)ꝙ nõ inducit præsumptionẽ solemnitatis, Alia,ꝙ ibi non referrebatur actus præteritus.sed alio modo constabat stipulationẽ fuisse factã inter præsentes,& ibi illa mulier non referrebat actũ illum,sed protulit dicta uerba ut demonstraret uoluntatem suam enixiorem credens ea sufficere,& ideo teneas hãc conclusionem, quod generaliter præsumitur præsentia,siue scriptura referens actum sit facta inter absentes siue inter præsentes, & hanc opinionem sensit hic glo.& communirer* docto. unde etiam dictam.l.allegauit pro concordanti.

77 Ex secunda†parte glo.colligitur conclusio, ꝙ non præsumitur causa stipulationis,dũ ipsa dat solutionẽ ad.l.cũ de indebito.§.fi.ꝙ hic erãt scripta illa uerba (se fideiussisse in pede instrumenti seu apodixæ)&ideo Accursius.in prima glo.formãdo thema suum præsupposuit fideiussorẽ fuisse pręsentem in ipso actu,& scripsisse illa uerba,ego fideiussi,& sequit̃ hic Bar.& communiter docto.propter illam regulam,quia dicta in pręcedentibus uidentur repetita in sequentibus.l.Titia.§.idem respondet.inf.eodem.sed tamen Dy.reprehẽdebat, quia imo uidetur quod licet non constaret de causa,nihilominus præsumeretur stipulatio, cum fideiussio uideretur facta pro futura obligatione, quod potest fieri, per.l.stipulatus sum.§.adhiberi.infra de fideiussoribus. Sed Bartol. defendit.glos. uolens quod nec etiã fideiussio sustineatur propter spem futuræ obligationis, quia & tunc opportet quod appareat de causa & de quantitate futuri debiti, & ideo dicit, quod si hæc uerba scribantur in pede instrumenti, fideiussio certificatur de illa causa siue sit de præsenti uel de futuro absque aliis uerbis,sed si ponantur separatim,est necessarium quod addatur causa debiti pręsentis uel futuri, & expresse scribatur simul cũ illo uerbo se fideiusisse, &sequuntur etiam communiter*docto. & est uera resolutio,propter illam rationem,quia adhoc ut præsumatur solemnitas opportet quod interueniat certitudo, & sit de illis quæ semper eodem modo solet interuenire,secus autem est in solemnitate uariabili.

78 Ex qua† ratione soluit̃ etiã aliud tacitũ contra

contrarium quod posset fieri ad istum tex. nam cũ quantitas contenta in obligatione principali & in fideiussione sit incerta, uidetũ quod stipulatio non possit ualere, per tex. in l. triticũ. & l. ita stipulatus inf. eod. ubi quando tota forma stipulationis fuit expressa cum omnibus requisitis; si quantitas est incerta uel res, stipulatio redditur in totum nulla, ergo tanto fortius debet esse nulla quando solemnitas præsumitur, & in spetie est tex. in l. j. C. de dotis promissione. nam respondetur quod & illa quantitas incerta certificatur quando est facta fideiussio in pede instrumenti primi, sed si non est apposita iuxta illud, oportet quod exprimatur in fideiussione quantitas, alioquin non ualeret, propter illam rationem, quia est solemnitas uariabilis quæ non præsumitur. ideo tu habes unam limitationem ex hoc discursu ad tex. nostrum, ꝙ solemnitas uariabilis in quocunque indiuiduo non præsumitur, & solum præsumitur illa quæ in quocunque indiuiduo solet æqualiter interuenire, ut quod consensus interueniat, & interogatio, & responsio, & habilitas causæ efficientis, & præsentia, & unicus contextus & finis, ut stipuletur quod sua interest, quæ semper eodẽ modo in quocunque Indiuiduo stipulationum semper solent interuenire.

Vnum tamen notare debes ex exemplo huius glos. & doct. quod solemnitas uariabilis & sui natura incerta potest certificari etiam per relationem ad aliud, ad finem ut præsumptio de aliis solemnitatibus induci posit, quod bene nota, quia hæc est una de principalibus declarationibus requisitis ad materiam nostram, & idem seruaretur in, §. si scriptum. insti. de inutilib. stipulationibus, ut esset opus quod in scriptura causa exprimeretur, uel quantitas, uel saltem certificaretur per relationem ad aliud.

79 Rursus† modo ex dicta oppositione & declaratione, quod instrumentũ fideiussionis debeat certificari per instrumentum debiti præcedentis, sequitur quod si quis peteret exequtionem instrumenti fideiussionis non posset eam obtinere nisi quoque demonstraretur instrumẽtum debiti principalis, cui accedit l. j. §. si quis ita. inf. eod. & quia debitum fideiussionis esset nullum sine principali. dicto. §. si quis ita. sup. eodem. quod tamẽ debet intelligi etiã quod pars non opponeret, quia fideiussio remaneret nulla sine illo instrumento, & iudex exequtionem nullam facere posset, per no. in l. fi. C. de annali. exceptio. & l. edita. C. de edendo, quæ tamen conclusio restringitur ad casum positum hic per glo.

80 Sed si eueniret† quod in instrumento fideiussionis esset facta mentio debiti principalis cum eius quantitate, & tunc posset dari exequtio. etiã quod non uideretur instrumentum, quia de per se esset ualidum, cum contineret causam & certitudinem quantitatis, ut uoluit Ang. & Paulus de castro hic, & sequit̃ Ang. in. §. & hæc insuper. in auth. ut spons. larg. & Bal. in auth. si quis in aliquo. C. de edendo, & Florianus in l. inde Neratius. §. fi. ff. ad l. fal. & Iaſ. hic, intelligendo tamen quod non se referat ad illud per dictionem (prout) secundũ distinctionem positã in. l. edita. C. de eden. & sequitur hic Claudius. allegans Bal. in. l. inciuile. ff. de legi. & Bar. in l. postquam. §. si dies. ff. ut legat. nom. caueat. Rom. in cons. 305. in. 2. dub. & in cõs. 294. in fine. & facit ꝙ uoluit Inn. in. c. cũ uenerabili. de except. quæ dicit notanda esse pro limitatione eorum quæ ponũtur in auth. si quis in aliquo. C. de eden. & dictum Ang. sequitur hic Alex.

Vnde habes conclusionem cum limitatione, & conclusio est, quod si quis producit instrumentũ fideiussionis habita mentione de debito quod potest mitti exequtioni absq; eo quod ostẽdatur debitum principale, fallit quãdo est apposita dictio (prout) secundũ distinctionem in d. l. edita. Secundo fallit quando instrumentum produceretur inter diuersas personas contra tertios possessores, quia tunc etiam esset opus ostendere instrumentũ principalis debiti cum de eo fieret mentio, argumento notatorum in auth. si quis in aliquo. C. de edendo. Tertio limitatur non procedere quando fideiussor peteret sibi cedi actiones, quia etiã tunc opporteret ostendere principale instrumentum, ut appareret per clausulas eius quæ actiones competerent, ut per Bartol. in l. nomen. supra de hæreditate uel actio. uend. Quarto limitatur non procedere quando fideiussor negaret debitũ principale esse ualidum, uel allegaret aliquam probabilem exceptionem, quia tunc fideiussio redderetur inefficax stante dubietate principalis debiti. iuxta. §. fi. insti. de exceptionibus. arg. no. in l. j. §. si quis ita. supra eodem, & cum tunc esset principale in dubio creditor cogeretur probare. l. qui accusare. C. de edendo. & interim denegaretur exequtio fideiussionis debiti, cui tamen limitationi obstat tex. in d. l. cũ de indebito. §. fi. ubi causa allegata præsumitur cõtra allegantẽ, & cogitur probare cõtrariũ, alias nõ audit. nã potes respondere ꝙ procedit in principali debito non autem in accessorio prout est fideiussio, nã sufficit negatio, uel intellige quod in negatione adducebat aliquam exceptionem uel rationem probabilem, ut merito debitum efficeretur dubium, & accessorium nõ posset habere planam exequtionem, itẽ intellige dictas limitationes ꝙ est necessariũ producere instrumentũ debiti saltem in fine causæ tempore cõclusionis in causa, non autem in libello, nisi quando esset dictio (prout) secundum distinctionem positam in dicta l. edita, C. de ede.

81 Item adhuc† de d. l. cũ de indebito. §. fi. potes opponere cõtra principalẽ cõclusionẽ, ꝙ solemnitas intrinseca nõ præsumatur, cũ causa & quãtitas dicãtur de solemnitate intrinseca, qm̃ continentur in causa subiectiua, sed responsio data fuit supra, quia solemnitas intrinseca non præsumitur qñ ipsa est uariabilis, & sup. demõstratũ fuit ꝙ hæc solemnitas est uariabilis & difformis, & si dicatur, imo uidetur esse uniformis, quoniam in omni fideiussione est necessaria obligatio principalis cũ certa quãtitate saltẽ naturalis, d. l. stipulatus sum. §. adhiberi & nõ ut̃ interesse ꝙ obligatio principalis sit magis ex causa mutui uel depositi quã ex alio con-

contractu. respondetur quod imo est disformis, quia non sufficit apparere aliquam obligationem principalem nisi cõstet de causa spetiali illius obligationis, quæ causa in quocumque indiuiduo uariatur, & posset esse quod illa principalis non haberet causam, & ideo remaneret nulla, dicta. l. cũ de indebito. §. fi. unde non est sufficiens fundamẽtum ut ei accedat fideiussio, & ideo conclusio pręcedens remanet firma, quod est opus ut constet de debito principali cum eius causa, & de quantitate per se uel per relationem ad aliud.

82 Habes ergo † unam limitationem ad regulam tex. nostri, quod solemnitas intrinseca non præsumitur quando est incerta uel disformis, alias limitationes supra debimus, & ultra eas fallit quando lex uel statutum disponeret solemnitatem probãdam esse, quia tunc non sufficeret allegare iuris præsumptionem, ut per Io. Andreæ & Abb. in cap. sicut. de re iudi. per tex. in cap. sacro. de sententia excommunicationis. & in cap. j. eodẽ tit. in 6. ubi quamuis. l. præsumat pro iudice. l. ij. C. de officio ciuilium iudicum. & no. in cap. qui contra de probationibus. tamen est necesse probare iustitiam iudicis per alias probationes, cum præsumptio legis non sit ea uera probatio. le. Lutius. ff. de cond. & demonstra. secundum intellectum Bar. ibi Crotus hic instat. dicens quod imo præsumptio est uera probatio, & allegat multa hinc inde & ad tex. in dicta. l. Lutius dat intellectum quem posuit Decius in rub. extra de probatio. tu autem resoluas quod hæc dicta non concludunt in proposito nostro, quia hic non tractamus de mera præsumptione, neque est simplex præsumptio legis, sed dicitur esse probatio uera per scripturam facta, quæ implicatur ex eo quod scribitur uerbum denotãs actum perfectum, & præsumptio sola est ut propter illud uerbum uideatur implicare illam scripturam, & sicut præsumptio quæ nascitur ex scriptura referrente ipsum actum uel solemnitates facit ueram probationem, ita pręsumptio quę nascitur ex scriptura tacite implicata in dicto uerbo denotante actum perfectum, & continebitur in statuto, & facit quod habetur in dict. l. quod meo. ff. de acquir. possessio. & ideo non uidetur esse aliqua spetialitas in hac præsumptione, cum secundum considerationem naturalem illa solemnitas implicita per partes ęquipolleat expresse. l. cũ quid. ff. si cer. peta.

83 Vnde in fero † ad quæstionem quotidianam & practicabilem, quid si statutũ disponeret quod instrumenta habeant exequtionem paratam, seu mittantur exequtioni quando habent actum uere probatum cum suis solemnitatibus, utrum si reperiatur scriptum, Titius fideiussit pro centum debitis ex causa mutui a Titio, debeat mitti exequtioni seu habeat exequtionem paratam Io. And. & Abb. in d. cap. sicut. de re iudica. dicunt quod non, quia non sufficit probare per præsumptionem quando statutum requirit ueram probationem, per tex. in d. cap. sacro. de sententia excommunicationis. & cap. j. eodem tit. lib. 6. ubi lex requirit probari per testes monitionem quæ fit sine scriptura quando iudex intendit excommunicare aliquem, & sequuntur simpliciter Ro. & Alex. hic, & facit id ꝙ singulariter uult Bar. in l. j. circa princip. in j. oppositio. C. de fid. instru. & iur. hast. fisca. ubi dicit, quod qui habet præsumptionem iuris pro se non dicitur probare, sed est lex quæ præsumit.

84 Sed in contrarium † facit, quia præsumptiones legũ sunt liquidissimæ probationes. glo. est reputata singularis in l. tutor petitus. C. de pericul. tuto. & l. si quis locuples. ff. de manumiss. testa. & l. licet imperator. ff. de leg. j. & est alia glosela quam Ang. Rom. & Alex. ad hoc not. in l. j. C. de testam. milit. ergo qui habet præsumptionẽ legis dicitur liquidissime & plene probare, & dixit Bal. in l. i. in. 3. col. ad finem. C. de fideico. quod si statutum requirit probationem instrumentalẽ sufficit præsumptio. l. cũ de in rẽ uerso. C. de usur. per l. si certis annis. C. de pact. Ias. tamen inf. in uersi. 3. ultra Bar. dicta omnia allegãs cõcludendo dicit, quod præsumptio legis nõ est uera & propria probatio sed impropria, & sic nõ habet locũ in statutis per tex. in d. l. Lutius. sup. de cond. & dem. ubi institutio facta sub cõditione (si probauerit se filiũ) est ipso iure nulla, quia nõ est uera probatio. sed tantũ modo præsumptiua, cũ nemo possit probare se filiũ nisi quia sit natus in domo per præsumptionẽ. leg. filium diffinimus. ff. de iis qui sunt sui uel alieni iuris. sed tamen tu dicas quod prædicta allegata nõ sunt in proposito, ex eo quia procedũt in mera præsumptione legis quã facit ex suo arbitrio ex qualitatibus extrinsecis, nos uero loquimur de præsumptione quæ inducitur est natura uerbi expressi, hæc est uera probatio, & per scripturam facta. nam dicendo, ego fideiussi, simul quoque implicite dicit quod interuenerunt omnes solemnitates necessariæ ad perfectionem actus, & ideo dicitur literalis probatio. Vnde sicut per illud uerbum (ego fideiussi) seu talis fideiussit, probatur ipse actus uere, ita etiam solemnitates ipsæ per idemmet uerbum probantur, & potius dicitur interpretatio facta de uerbo prolato quã sit præsumptio, ideo insti. de fideiussorib. §. fi. dicitur, si scriptum fuerit aliquid quasi actum id uidetur actum, & dum dicit quasi actum, loquitur de solemnitatibus quas ille tex. appellat scriptas. unde non potest uenire sub nomine præsumptionis. pręterea tex. in di. capi. sacro. & d. cap. 1. non facit in proposito, quoniam sumus ibi in solemnitate quæ tempore excommunicationis uenire non potest, uel in solemnitate quæ præcedere debet actum, quo casu non inducitur præsumptio illius solemnitatis, ut statim dicemus in sequenti limitatione, & propterea remanet conclusiõ, quod dictæ solemnitates uere dicuntur probatæ, & continebitur in statuto ut illud instrumentum habeat executionem paratam.

85 Eadem † quoque inferri possunt ad similem quæstionem, quando statutum diceret, quod expressa in instrumento mittantur executioni, uel quod instrumentum habens expressam obligationem, & expressas solemnitates mittatur executioni, nam prædicta omnia pro & contra possunt allegari &

dici quod hæc solemnitas præsumpta nõ dicatur expressa. sed tamen concludendum est quod imo continebitur in statuto, quia dictæ solemnitates dicuntur expressæ propter interpretationem quæ sumitur a uerbo expresso, nam licet non uideantur oculis, tamen dicuntur expressæ per textum in terminis ubi dictum fuit in l. i. §. si quis ita. supra eodem. ubi quis respondendo quidni, uel cur nõ, dicitur totam interogationem expressisse, quoniã expressum dicitur illud quod descendit a primordio ueritatis per interpretationem legis, & satisfactum est formæ stipulationis quæ requirit interogationem & responsionem uerbalem, ita etiam satisfactum erit uerbis statuti requirentis expressam probationem, cum propter interpretationẽ sumptam a primordio ueritatis dicantur solemnitates expressæ. Et solum differunt a prolatione totius facti, quia illud uerbum prolatum dicitur expressum uerbis spetialibus, & solemnitates dicuntur expressæ uerbis generalibus, proprie tñ sunt expressæ, licet debilius in quibusdam, ut per doct. in l. precibus. C. de impub. & Bar. in l. 1. ff. de uulga. dum loquuntur de substitutione expressa uerbis generalibus uel spetialibus. & ibi Rip. & Soc. inferunt ad simile statutum. & hæc opinio tanquã multum utilis in commerciis hominum & ualde popularis est tenẽda, ne eueniat quod notarii per uerba oẽs minucias solemnitatum teneantur exprimere, & uerbosa instrumenta facere, & alias rarissime eueniret quod statuta uerificari possent.

86 Solum † autem limitatio prædicta posset procedere ubicunque lex uel statutum diceret ut actus fieret cum certa solemnitate in scriptis posita ad finem probandi, exemplum ponitur in cap. 1. de appellatio. in 6. & in cap. cum medicinalis. de sententia excommunicationis. ubi requiritur quod appellans debeat in scriptis exprimere causam appellationis, nam tũc non sufficeret præsumptio iuris absque dubio, neque etiam interpretatio sumpta a uerbo appello, sed esset necessarium exprimere uerbis spetialibus, & tunc uerificatur dictũ Ioan. And. & Abb. in d. cap. sicut, & Roma. hic ad finẽ. & sequuntur Alex. & Iaso. infra in materia intrinsecæ solemnitatis. in uersic. quarto limita, addens Abbatem in cap. unico in. 3. notab. de litis contestatio. & sic multum uerba statuti sunt ponderanda, an se referant ad probationem, uel requirant quod in scriptis exprimatur. potest etiã dici quod in dicto capitulo primo. ideo non sufficit præsumptio, quia causa est ualde remota a uerbo, appello, & non uidetur contineri ex natura uerbi.

87 Aliam † limitationem ponunt docto. hic & infra in distinctione Bart. ut text. noster non procedat in iudicialibus in quibus solemnitas intrinseca non præsumitur, secundum Innoc. in cap. innotuit de eo qui furtim ordinem suscepit, quem refert & sequitur Bald. in dicta l. quicunque, §. fi. ff. de publicanis. & Areti. hic, & faciunt ea quæ habentur per Batol. in le. prolatam. C. de sententiis. ubi propter sententiam latam non præsumitur datio libelli, neque litis contestatio, neque citatio, nisi in processu appareat, & idem dicitur in capi. quoniam contra. de probationibus. cum ibi nota. Ias. infra eodem loco tenet contrarium, quia actus iudiciales sunt fortiores ad inducendum præsumptionem quam extra iudiciales. l. cum ostendimus. §. fi. ff. de fideiuss. Secundo adducit dicendo quod iste sit error, nam in iudicialibus propter decretum uel authoritatem iudicis, pro quo lex multum præsumit, ideo etiam solemnitas extrinseca præsumitur, ut late firmat Alex. hic post Roma. ergo fortius debet præsumi intrinseca, sed uere Ias. ipse magis incidit in errorem, & non respondet positis per Bar. in dicta l. prolatam. neque notatis in dicto. cap. quoniam contra. sed tamen saluando utranque opinionem, debes dicere quod notata in dicta l. prolatam. & dicto cap. quoniam contra. procedunt ex duplici ratione, primo, quia non potest illa solemnitas interuenire eo tempore quo actus concipitur, cum requiratur tractus temporis, uel etiam secundo, quia illa non dicitur proprie solemnitas intrinseca, sed dicuntur esse quidam actus separati qui pręcedere debent, unde nõ pręsumuntur generaliter in materia nr̃a, ut infra dicemus super articulo de extrinseca præsumptione, sed si notarius scripsisset iudicem protulisse sententiam, tunc præsumeretur solemnitas intrinseca quod manu propria eam scripsisset, & ore proprio protulisset, & sedendo pro tribunali, quæ sunt de substantia sententiæ, iuxta l. fi. C. de sententiis ex pericu. recitand. cum ibi no. & si notarius scriberet talem citatum fuisse, præsumeretur mandatum iudicis, & relatio nuntii, & similia necessaria ad citationem, ut inf. dicetur.

88 Constituas autem † limitationem aliis uerbis magis generalibus, & dicas quod decisio tex. nostri limitatur non procedere in solemnitate, quæ non potest interuenire tẽpore confectionis actus, neq; in solemnitate illa quæ debet separatim præcedere actum, quia proprie non dicitur intrinseca.

89 Aliam † limitationem posuit Bar. hic in quarta oppositione, quæ debet post primam referri, ut euitentur inculcationes, quãdo est solemnitas materialis, quoniam illa non præsumitur. per textũ. in. §. pretium. insti. de emptio. & uenditio. nam ipse opponit quod imo non præsumatur, quia pretium non præsumitur quod est de substantia uenditionis, & tamen est intrinseca solemnitas imo de forma, soluit ipse quod ille tex. loquitur de solemnitate materiali quæ est difformis, quia pretium potest multis modis imponi, sed solemnitas formalis præsumitur quia est uniformis, & dicit esse uerba Cy. sed tamen hæc sua distinctio nõ est rationabilis, primo quia pretium non est de substantia materiali sed est de substantia formali, & est ipsa forma uenditionis. d. §. pretium. & etiam locationis. §. 1. insti. locati. & substantiã materialis est ipse consensus. l. 1. ff. de pact. item etiã præsupponit Barto. quod hic agatur de solemnitate formali tantum, quod etiam est falsum, quia imo præsumitur solemnitas causę efficientis, causæ materialis, & formalis, & etiam præsentia, & unicus contextus, qui sunt de solemnitate in spetie, ut supra sæ-

pra sæpius dictum fuit.

90 Et propterea† alia datur solutio ad dictum. §. pretiū. quod loquitur in solemnitate incerta seu uariabili quæ alio nomine dicitur difformis, sicut dictum fuit supra de stipulatione, nam si lex uellet præsumere pretium incideret in errorem, quia si exprimeret centum, præsumeret centum, posset res ualere ducentum, & e contrario, sicut & in stipulationibus si esset promissus fundus, & præsumeret de Titiano, posset incidere in errorem, cū imo esset promissus Sempronii, uel alterius, & sic quādo exprimitur triticum uel pecunia, si præsumeretur decem tum uel ducentum posset facere errorē cum de alia quantitate egisset, & propterea cum hæc solemnitas incerta & uariabilis in quocunq; indiuiduo illa non præsumitur neque cum utilitate potest præsumi a lege, & sic formatur limitatio generalis quod non procedit tex. noster in solemnitate uariabili uel incerta quæ appellatur difformis & continetur sub secunda declaratione gloss.

91 Addas tamen † quod licet non præsumatur pretium in uenditione, hoc uerum est quando immediate agitur ex uenditione ad executionē ipsius, & idem in stipulatione quod non præsumitur quātitas neque res neque causa quando directo agitur ex ipsa stipulatione, sed si uenditio uel stipulatio ueniret incidenter ad perfectionem alterius actus, ut si quis uellet probare titulū præscriptionis suæ, tunc præsumeretur pretium, & quantitas uel causa in fideiussione & stipulatione in genere, ut interuenisset pretium legitimum uel quantitas rationabilis, quia tunc cum non agatur de executione contractus, præsumitur in uenditione pretium aliquod interuenisse, uel fundum expressum, uel qualitatem & causam, ut dixit Bal. in l.j. C. de reb. alie. non alienand. & per Bar. in l. si duo. §. fin. ff. de iureiur. & per Alex. hic nu. 16. unde ego consultus in facto simili in quo quis conueniebatur possessorio reintegrandæ iux. cap. reintegranda. 3. q. 1. & possessor allegaret se tenuisse titulo uenditionis, quæ probata fuit per scripturam sine mētione pretii, dixi quod sufficienter fuit probata, quia non agebat ex uenditione, sed solum allegabatur ad probandum titulum possessionis suæ & per uerbum uenditionis quis dicitur etiam scribere pretium interuenisse & sufficit, quoniam proprie pretium est de substantia uenditionis, & expressio quātitatis est necessaria propter certitudinem.

92 Et hoc etiam† sequitur Buttigella hic, nume. 16, qui similiter posuit exemplum, si quis conuenitur ad fundum & ipse dicat quod est suus, quia pater suus emit, & probat uenditionem factā per testes, qui tamen non recordantur de quantitate pretii, nihilominus erit probata uenditio, cum sit de substantia uenditionis quod pretium interuenit aliquod, sed quale sit non curatur & idem est si allegaret rem per stipulationem sibi datam, uel incidenter tractaretur de stipulatione uel cautione quæ probaretur per testes, sufficeret etiā quod non exprimeretur quantitas uel causa, nam cum postea agetur ex ipso contractu poterit per testes certificari pretium uel quantitas ut dixit Bar. in l. certi condictio. §. quoniam. ff. si certum petat. si statutum dictat quod damnum non possit probari per testes, poterit tamen damnum probari per iuramentum, & quantitas damni poterit per testes certificari. Facit etiam tex. in l. hæc uenditio. §. huiusmodi. supra de cōtrahenda emptione. ubi ualet uenditio pro quanto tu emisti, uel pro pretio quod sit merces sicut etiam res promissa per relationem ad aliud, ut supra diximus super solutione l. cum de indebito.

Sed dum Buttigella longo sermone dicit doct. non bene loqui, uolentes quod non præsumatur prætiū, quia secūdū ipsum imo semper præsumitur ex natura uerbi (uendidisse, seu emisse) dicas quod non oppugnat eos, quia eadem est eorum intentio, cum uellint ualere uenditionem, & probari sine certitudine prætii quando principaliter non agitur per uenditionem, cum si non præsumeretur pretium non posset dici uenditionem fuisse, sed dicunt non præsumi pretium quando agitur ex ipsa uenditione, quia eo non certificato uenditio remanet inutilis, & cessat illa præsumptio.

93 Et† militat semper ratio, quod si pretium est incertum ex uenditione agi non potest, & si lex uellet certificare per præsumptionem incideret in errorem præsumendo de centum, cum res ualeret plus uel minus, & ita incideret in inconueniens si in stipulatione præsumeret certitudinem rei uel quantitatem, ideo opportet dicere quod quantitas uel certitudo rei non potest præsumi seu inutiliter fieret & æquiparatur, quod nullo modo præsumitur uel inutiliter. l. 4. §. cōdemnatum. ff. de re iudi. & sic in effectu omnes concordant in præfata distinctione, & est communis & tenenda, & fienda est generalis limitatio iungendo hanc cū prima, quod solemnitas incerta & uariabilis quæ appellatur difformis non præsumitur quamuis sit intrinseca, & etiam de forma actus.

94 Alia quoque† sumitur limitatio ad tex. nostrum ex dictis glo. hic in tertia parte. dum uoluit quod admittitur probatio in contrarium. nam demonstrat quod si de facto constat solemnitatem non interuenisse, uel si probatum fuit nō interuenisse, quod tunc solemnitas non præsumitur, propterea quæsiuit, utrum contra hanc præsumptionem admittatur probatio in contrarium, & ipsa respondet quod sic, per tex. in l. iurisgentium, §. quod fere. ff. de pact. & sequitur hic Bart. pertranseundo cum ea, & alii doct. qui in discursu præsupponūt conclusionem istam glo. ueram esse, & per consequens limitationem. Iacobus uero de Rauena quē refert Cro. hic colu. fi. tenebat contrarium, ꝙ imo contra hanc præsumptionem non admittatur probatio in contrarium, quia est præsumptio iuris, & de iure,

95 Quæ † apparet quando lex procedit disponendo super ea, ut per gloss. in leg. non est uerisimile. ff. quod me. caus. & leg. fina. C. arbitrium tutel. & l. antiqui. §. j. C. ad Velleianum. & per Abba. in cap. is qui fidem. extra. de sponsalib. & solum admittitur probatio per confessionem partis. glo. in auth. sed iam necesse. C. de donati. ante nup. ut hic latius per Crotum, qui dicit quod re-

quiruntur tres testes ad probandum contrarium saltem, sed non est recedendum a communi opinione; quia presupponit Iacobus duo falsa, primo quod hæc sit uera & propria præsumptio iuris &
96 de iure.†Cum imo non sit talis, sed nec etiam uera præsumptio, quoniam potius est quædam interpretatio uoluntatis & facti scribentis, qui dū scripsit se fideiussisse uideatur quoque scripsisse implicite quod adhibuerit omnes solemnitates necessarias. unde sicut contra prolationem principalis uerbi admittitur probatio in cōtrarium etiā per ipsum scribentem. authent. contra qui propriam. & l. generaliter. C. de non num. pecunia, eodē modo contra hanc scripturam implicitā admitti debet. item sicut quando solemnitas defacto interuenit, seu uerbis spetialibus scribitur a notario, potest probari contrarium. dicto. §. quod fere. & l. optimā. in fi. C. de contrahenda stipulatio. ita debet admitti quando implicite scribitur per uerbū prolatum, ne plus operetur tacitum quam expressum, iuxta no. in l, cum quid. ff. si certum petatur. Similiter falsum est quod lex procedat super hac præsumptione disponendo, quoniam non disponit præcise super ea sed sub conditione si interuenit. dict. l. prima. C. de contrahenda stipulatione. & l. Titia. §. penul. infra eodem. dum dicunt conditionaliter (si inter præsentes res gesta fuit) demōstrando quod lex non uult ex sua authoritate absoluta hoc disponere, sed solum quatenus factum & uoluntas scribentis concurrat, & propterea remanet hæc cōclusio glo. uera & communis,* quod admittatur probatio in contrarium, & per consequens datur ex mente doctor. alia limitatio ad istum textum quod solemnitas non præsumitur, quando constat eam non interuenisse, uel probatum fuit non interuenisse.

97 Sed solum†restat dubitatio, quomodo debeat fieri hæc probatio. nam uidetur quod solum admittatur per aliam scripturam contrariam, & nō possit fieri per testes, per dictam legem generaliter. cū authentica ibi posita. C. de non num. pecunia. sed contrarium tenuit glo. in dicto. §. quod fere. quod imo possit fieri per testes in uerbo contrarium, in fi. & alia glo. in l. cum in reo. in uerbo uidebatur. ff. de duob. reis. & facit glo. in l. quæcūque. C. de apoch. publi. in uerbo, gestorum.

98 Propterea†doctor. concordando dicunt, Aut quis uult negare totam scripturam propriam, & totum ipsum factum uerbis specialibus enuntiatum; & tunc debet probare per aliam scripturam, per dictam legem generaliter, aut uero quis non negat totam scripturam neque factum principale, sed solum uult probare contra solemnitatē implicite scriptam seu præsumptā ut in materia no
99 stra, &†tunc sufficit probare per testes, ut dicunt dictæ glo. & ratio est, quia negando totam scripturam & totum actum sibi expresse contradicit & inducit suspitionem falsitatis, ideo requiritur alia scriptura, sed quando negat solemnitatem fatetur factum ipsum scriptū, & solum solemnitatē implicite scriptam negat, quæ solū uidetur expressa uerbis generalibus. Vnde nō uidetur sibi directo contrariari, ideo non requiritur alia scriptura, & admittetur probatio per testes, quia ut dicit Ias. hæc præsumptio poterit tolli per aliam præsumptionem. arg. no. per Inno. in capit. innotuit. de eo qui furtim ordinē suscepit. &c. quia uerisimile. de præsumptio. cū declaratione tamen tradita per Abb. in ca. in præsentia, col. 10. de probatio.

100 Sed tunc†succedit alia dubitatio, quales testes requirantur ad faciendam hanc probationem, & Ias. refert dictum stupendum Speculatoris in tit. de proba. uersi. ult. no. quod q habet præsumptionem iuris contra se non potest probare nisi p tres testes idoneos, aut per duos multū excellentes, & omni exceptione maiores, quia cū sit præsumptio iuris, & in authoritate legis fūdata, opportet aliā probationē maiorē & fortiorē adducere quæ habeat fortiores uires, iux. glo. in l. non est uerisimile. sup. quod met. caus. & Alex. in l. transactionē. ff.
101 de transactio.†Sed ego non puto dictū Speculatoris procedere hoc casu, imo ꝙ debeant sufficere duo testes idonei, qm̄ hic non agitur de uera præsumptione fundata in authoritate legis, sed solū est quædā interpretatio sumpta a uerbis prolatis de eius uerisimili mente cū uerbis generalibus expressa quæ nō habet legis authoritatē, & ideo debent sufficere duo testes, solū autē posset procedere dictū Specul. qn̄ solemnitas esset scripta uerbis spetialibus per extensum, quo casu tunc præsumptio fortior est. l, optimā. in fi. C. de contrahen. stipulatione, Ideo debet probari cōtra talē præsumptionē eo modo quo probatur instrumentū falsū. ut dicitur in d. l. optimā. quia tūc est probatio cōtra tenorem instrumenti, & procedet dictū Speculatoris ut sentit glo. in. §. itē uerborū. insti. de inutil. stipula. in uerbo idoneos, & si esset scripta manu propria negantis, tunc posset dici quod requireretur contraria scriptura, tamen mitius procedendo si non negaret factū principale posset admitti ꝓbatio per dictos tres testes. Quare stat firma limitatio, ꝙ qn̄ cōstat nō interuenisse solēnitatē, uel probatū fuit per testes idoneos non interuenisse, cessabit decisio & præsumptio leg. nostræ.

102 Quinta†data fuit limitatio supra per me, quando uerbū præsentis tēporis fuerit scriptū, quia tūc nulla inducitur præsumptio solemnitatis nō enūtiatæ, qm̄ cū actus sit in fieri, de necessitate nō implicatur quod tunc temporis solemnitas interuenerit, per leg. j. §. si stipulanti. &. §. si Stichum. supra eo. & l. j. C. de dot. promiss. secundū unā respōsionem, sup. traditam. & l. ea quæ. de dona. inter uir. & uxo. secundum unum intellectum. Aliam posuit Bar. de teste in ultima oppositione quā tamen nō puto esse uerā in istis terminis ut ibi dicet, ideo habes ex prædictis totam materiam intrinsecæ solemnitatis, cum una regula & quinque fallentiis examinatam & conclusam.

Secundo principaliter Bar. opponit ingrediendo quartam partem glo. de l. quæcunque. §. fi. ff. de publ. actio. & soluit simul cum glo. quod ille text. loquitur de solemnitate extrinseca quæ non præsumitur, & sic ponit differentiam inter solemnitatem intrinsecam & extrinsecam, quam approbant commu-

*103 communiter*doct.† Et ut dicta differentia clarius appareat,& ne super æquiuoco disputetur,Barto. postea posuit has suas diffinitiones,dicēdo quod solemnitas intrinseca est illa quæ sine uerborum prolatorũ natura uerificari nō potest.& solemnitas extrinseca est illa quā uerborum prolatio non cōprehendit,cũ quibus diffinitionibus communiter doct. pertranseunt,nescientes forsan meliores tradere.Sed tamen uere ineptę sunt, & uerbis non conuenientibus traditæ,nam ipse quamuis habuerit bonā mentem, quam per sua exempla demonstrauit,tamen nesciuit postea uerbis aptis explicare dictam intentionem,& protulit,uerba denotātia contrarium illius quod uolebat dicere,nā per suam diffinitionem dicit quod solemnitas nō potest uerificari sine natura uerborum prolatorum, & sic uult quod solemnitas non possit esse in rerũ natura sine uerbis prolatis,quod est euidenter falsum,quoniā stipulatio potest esse efficax sine fideiussione.l.j.& per totum,sup.eo.item interogatio & responsio potest esse sine stipulatione & fideiussione.d.§. quod fere. & consensus potest esse sine fideiussione.l.j.ff.de pact.& præsentia atque unicus contextus potest esse sine stipulatione& fideiussione, unde clarissime apparet quod non est bona, & etiam fuit inepta, quia non conuenit intentioni suæ,& in effectu uoluit quod partes nō possint esse sine toto,& paries sine domo neque tectum, quod est notorie falsum.

104 Ideo ipse poterat† melioribus uerbis exprimere intentionem suam, faciendo diffinitionem per contrarium sensum, dicendo quod solemnitas est illa sine qua uerbum prolatum sui natura uerificari non potest,& tunc expressisset quod habebat in intentione ut solemnitas intrinseca esset illa quæ esset necessaria ad perficiendum actũ, & sine qua actus perfici non posset,nam ut ipse dicit,fideiussio non potest fieri sine stipulatione, neque sine interogatione,,neq; sine præsentia & contextu,& sic sine ea uerbum prolatum uerificari non potest,& sine solemnitate extrinseca uerbum prolatum sui natura uerificari potest. igitur si ita dixisset demonstrasset sciuisse exprimere per uerba apta intentionem suam,& si non esset perfecta saltem nō fuisset inepta.Et propterea eum saluando in quātum fieri potest reuoluas uerba,& dum dicit, quæ exponam,idest sine qua,& dum ponit; uerbum in genitiuo,tu ponas in nominatiuo.&resultabit diffinitio contrarii sensus, quod solemnitas intrinseca sit sine qua uerbum prolatum uerificari nō potest,quæ conuenit intentioni suæ,tamen quia adhuc est aliqua ineptitudo, quoniam uerbum,uerificari non bene conuenit materiæ nostræ, neque tractamus de uerbo,sed de actu significato ꝑ uerbum,ideo debet postea suppleri ut infra. Alberi. autem sentiens prædicta ponit aliam doctrinam, & dicit quod solemnitas intrinseca est quid adhęrens facto.unde posito facto ponitur solemnitas, extrinseca uero est quid facti separati ab eo cui adhibetur,unde ex ea non infertur ad illud, quæ doctrina nec etiam est bona,& non caret ineptitudine,ex eo quia dicit quod intrinseca est q̃d adhærens,hæc autē dicitur inesse in ipso facto, quod sine ea fieri non potest.

105 Alio quoque†modo diffiniebat Ias.hic,& dicebat quod solemnitas extrinseca cōsistit ex aliquo facto extrinseco ultra factum contrahentiũ.& ultra formalitatem cōtractus. Intrinseca dicitur cuius formalitas dependet a solo facto contrahentiũ,quæ & ipsa nec etiā est uera,cũ extrinseca possit etiā dependere a facto cōtrahentiũ,ut est renũtiare Velleiano,& iurare, & tamen cōtinetur sub nomine solemnitatis, item etiā potest esse ꝙ formalitas cōtractus depēdeat a facto alterius,si forsan ad sui essentiam requiratur consensus suus,itē uerbum formalitas non est bene positum,cum uideatur præsupponere quod sola solēnitas formæ præsumatur,quia dictus.§.si scriptum.& d.l.j. solum dicunt de interogatione & respōsione quæ faciunt formā,quod falsum est,ut supr. dictum fuit. Buttigella hic dicit docto.protulisse multa uerba inepta prout uere fecerunt,tamen ipse in suis dictis nō caret ineptitudine,dicit etenim quod solemnitas intrinseca est quæ nullum actum extrinsecum desiderat & quam uerba sunt apta nata significare,sed tamen ultima sua uerba sunt eadem cum intentione Bar.prima uerba non sufficiunt, quoniam præsentia partium & unicus cōtextus & stipulatio quę fit per prolationem uerborum non continetur,& tamen est de solemnitate extrinseca.Item iuramentum est actus intrinsecus partiũ, & tamen est extrinseca.

106 Propterea†tu reiectis dictis doct. potes has solēnitates diffinire duob. modis,Primo habito respectu ad uerbum adhærendo intentioni Bart. & docto.Secundo eam respectu sui diffiniendo. Primo modo debes ita diffinire supplēdo uerba Bar. etiam reuoluta,ut opportet fieri & dicendo.Sole-

107 mnitas†intrinseca est illa sine qua actus significatus per uerbum prolatum perfectionem nunquā habere potest,& addidi actus denũtiatus,quia melius conuenit quam dicere uerbum prolatum uerificari nō potest,& addidi nunquā,ut demonstrarem solemnitatem necessariā. Extrinseca autē est illa sine qua actus significatus per uerbum(plærũque)perfectionem habere potest,dixi plærunque, quia regulariter tutoris authoritas non requiritur,& ualet contractus,tamen aliquando est necessaria.Secũdo modo possunt diffiniri respectu sui, ut ego dixi in præmisis,solemnitas intrinseca est substantia actui a lege attributa ad inducendam essentiam ipsius semper necessaria.Solemnitas extrinseca est qualitas actui attributa ad solemnizādum actum aliquando necessaria, quæ diffinitiones differunt in tribus,nam intrinseca est substantia,& extrinseca qualitas,intrinseca inducit essentiam,extrinseca solemnizat actum, quoniam per se est perfectus,intrinseca est semper necessaria,extrinseca aliquando tantum.

108 Sed adhuc† contra has diffinitiones opponebat Bar.hic saltem secundum suam propriam, in qua dicebat, quod solemnitas intrinseca est illa sine qua uerbum prolatum uerificari non potest, nam in contrarium uidetur esse tex.in.§. si scriptum. in

ſti.de inuti. ſtipulatio.ubi ſi quis dicat ſe promiſiſſe, præſumitur interogatio & reſponſio,& tamẽ uerbum ſine ea uerificari poteſt, quoniam uerbũ (promitto) poteſt facere pactum nudum, ſimplicẽ pollicitationem,& omnes contractus,& etiam ſtipulationem.l.ſciendum.§.dictum.ff.de ædil. ædi. ſoluit ipſe fatendo contrarium,& dicit quod diffinitioni ſuæ debet addi aliud uerbum, ſcilicet apta eſt comprehendere, ut dicatur, ſollemnitas intrinſeca eſt illa quam natura prolatorum uerborum comprehendit, uel eſt apta comprehendere, ut contingit per uerbum promiſiſſe, per quæ uerba demonſtrauit quod habuit reſpectum ad uerbum, ut ſit illud quod debeat uerificari,& proptera in prima neſciuit exprimere mentem ſuam, tamen neque etiã iſta ſecunda eſt bona, quia nimis extendit hanc ſolemnitatem,& deſtruit totam ma-
109 teriam. Quoniam ſi † conſiderabimus aptitudinem ex omnibus uerbis quamlibet præſumemus ſolemnitatem ſtipulationis, quod eſt deſtruere totam materiam, nam uerbum, conuenit, eſt generale conpræhendens omnes contractus etiam ſtipulationis.l.j.in fi.ff. de pact.ideo eſt aptum facere ſtipulationem, & tamen ſi quis dicat ſe conueniſſe, non præſumitur ſolemnitas ſtipulationis. l. lecta.uerſicu.conuenit.& ibi Decius in 4.no.ff. ſi cer.pe.idem uerbum (paciſci) aptum eſt ad ſtipulationem in genere ſumptũ.d.l.iuriſgẽtiũ.§.quod fere.de pact.& tñ ſi quis dicat ſe pactum fuiſſe, nõ præſumitur ſtipulatio. Similiter uerbũ (cõtractus) in genere ſumptum comprehendit oẽs contractus & ſtipulationem,& ſic eſt aptum comprehendere ſtipulationem,& tamen ſi proferratur uerbũ (contraxiſſe) non præſumitur uerbũ ſtipulatio. Item ẽt ſi proferratur uerbum (polliceor) uel omne aliud uerbum aptum denotare multos contractus, tunc eſt aptitudo ad ſtipulationem, & tamen non inducitur ſtipulatio,& in eis militat eadem ratio quæ eſt in uerbo (promitto) unde ſolutio ſua neq; diffinitio eſt bona.

110 Propterea † tu dicas quod ratio quare uerbum (promitto) facit ſtipulationem, non eſt propter aptitudinem quia hæc eſt nimis generalis & comprehendit multa alia uerba,& uera ratio eſt, quia hoc uerbum ex conſuetudine recepta a Iuriſconſultis recipit ſpetialem ſignificationem ut denotaret ſtipulationem quando materia eſſet apta ad eam, quam ſignificationem nõ receperunt alia uerba generalia,& hoc euenit, quia tale uerbum fuit deſtinatum ad faciendã ſtipulationem in ſpetie, ut inſti.eo.in princi.quod non euenit aliis uerbis generalibus.unde ipſe habet duas ſignificationes. Vnam generalem,& naturalem, aliam ſpetialem, & legalẽ ex conſuetudine recepta,& quia deſtinatum fuit ad ſtipulationem, alia uero uerba habẽt generalem ſuam ſignificationẽ tantum,& non receperunt aliquam ſpetialem ſignificationem, & ideo non poſſunt importare ſolemnitatem ſtipulationis, cum nunquam unum ſolum contrariũ denotent niſi per ſubiectam materiam pro ut fuerit demonſtratum.

111 Et propterea † diffinitio alio modo debet ſuppleri, & dici adhærendo intentioni Bar. quod ſolemnitas intrinſeca eſt illa ſine qua uerbum prolatum uerificari nõ põt ex propria natura uel ex cõſuetudine recepta,& de ꝓpria natura eſt exemplũ in uerbo fideiuſiſſe,& de conſuetudine recepta eſt exemplũ in uerbo promiſiſſe,& diffinitionẽ quam ego tradidi debes ſupplere dicendo, ſolemnitas intrinſeca eſt illa ſine qua actus ſignificatus per uerbum non poteſt recipere perfectionem ex ſua natura, uel propter conſuetudinem ei attributam. Alia uero diffinitio non indiget ſuppletione quia non refertur ad uerbum.

112 Poſtea † Bar. expedita declaratione ſolemnitatis intrinſecæ per quatuor oppoſitiones, & data cognitione quæ fuerit ſolẽnitas intrinſeca & extrinſeca, incipit declarare materiam ſolemnitatis extrinſecæ, qm̃ dederat reſpõſum ad l.quæcũq;.§.fi. ſup.de publicia. ꝙ loquitur de ſolemnitate extrinſeca,& eius ſolutionem ſequuntur cõmuniter docto. tamen poteſt dici diſputatiue, quod ſolemnitas extrinſeca pręſumitur, ut uidetur probare tex. in l.j.C.de fid.inſtru.& iur.haſtæ fiſca. lib. 10. non uiolando eum, ut ibi facit gloſſ. & non obſtat tex. in dicta l.quæcunque.§.fi.quia non loquitur in terminis noſtris,& non apparet quod ibi fuiſſet prolatum uerbum uendidiſſe, prout requiritur ad præſumendum ſolemnitatem, ut hic in tex.noſtro, & in aliis concordantibus.unde non negat ille tex. quod ſi pupillus uel alius dixiſſet ſe uendidiſſe illum fundum quod non præſumeretur ſolemnitas tutoris,& propterea nõ uidetur contradicere huic textui,& hæc uidetur ſatis probabilis, & ſuſtineri poteſt, quoniam nullus tex. præciſe probat quod ſolemnitas extrinſeca non præſumatur, & tamen quod præſumatur duo ſunt iura clara, tex.in d. l. j.C. de fid.inſtru.& tex.in l.optimam.C.de contrahend,& committenda ſtipula. non uiolando eos.

Nihilominus nõ eſt recedendũ a cõi opinione, qm̃ ſi teneremus aliã, daretur occaſio damnificandi multas perſonas, maxime mulieres, minores, & eccleſias, ut inf. dicit Bar.& faciliter eueniret quod quis ſcriberet ſe uendidiſſe uel fideiuſſiſſe, uel notarius ita ſcriberet,& uere nõ interuenirent dictę ſolẽnitates extrinſecæ,& ſi ex hoc ſolo præſumerentur cauſaretur magna incõmoditas dictis perſonis, quia tenerentur ꝓbare negatiuã quæ ſolet cũ difficultate ꝓbari, ut habetur in ca. qm̃ cõtra. de proba. quæ incõmoditas etiã afferret damnum omnibus maioribus, ut per ſimplicem prolationẽ uerbi præſumerentur ille ſolemnitates neceſſariæ,& in ſpetie de illis poſitis per glo. in d.l.j. C.de fid.inſtr. Propterea magis placet cõis opinio, ꝙ ſolemnitas extrinſeca nõ præſumatur. per tex. in di. l.quæcunq;.§.fi de publ.actio. qui concludenter ꝓbat recte inducendo, nã ibi ille qui emerat a pupillo uolebat agere publiciana actiõe cõtra poſſeſſorem,& allegabat contractũ uenditionis, unde erat neceſſarium producere uel apochã pupilli, uel ſcripturã factã per notariũ, quæ ſcriptura ſemper ſolet per notarios ſcribi in præterito perfecto, talis dedit uel uẽdidit mei præſentia,& hæc uerba etiã ſolent proferri in apodixis, taliter quod oportet dice-

tet dicere quod ibi saltem a communiter accidentibus erat prolatum uerbum præteriti temporis, & sic erant termini habiles, iuxta formam text. nostri, & tamen dicitur quod non præsumitur authoritas tutoris. & per consequens probat in terminis nostris quod solennitas illa non præsumitur, & necessaria est solutio communis, quod ibi erat solennitas extrinseca quæ non præsumitur, & ad text. in dicta lege prima datur responsio per gloss. ibi, ut statim dicemus, & ad dictam legem optimam, datur responsio per Bartolum infra, uel dicas quod ibi hoc fuit expresse dispositum propter rationes ibi allegatas quod illa solennitas præsumatur, unde non debet trahi in consequentiam. Quare remanet conclusio, quod duplex est solennitas, una intrinseca quæ præsumitur per textum nostrum hic, alia extrinseca quæ non præsumitur, per dictam l. quæcunque. §. fi. & in quo differant, dictum fuit supra.

113 Quare Barto. uolens † utranque materiam plenius declarare formauit postea oppositionem de text. in dicta l. prima. C. de fid. instrum. & iur. hastæ fisca. libro. 10. ubi quidam exactor tributorum cum magna uiolentia uendiderat res unius priuati debitoris pro pretio non iusto occasione debiti fiscalis, ille autem habuit recursum ad Imperatorem, quærellando quod iniuste res sua per curiam uendita fuerat uiolenter, & pro longe minori pretio, & Imperator ibi respondet quod si probauerit in illa uenditione non interuenisse procuratorem fisci, neque iustum fuisse pretium, & quod non interuenit subhastatio, neque stetit uenalis per uiginti dies, & alius ordo non fuit seruatus, quod ille poterit reuocare rem uenditam soluto debito fisco. gloss. ibi magna enumerat primo quis ordo sit seruandus in uenditione rei fiscalis. uel ex causa fisci, & quæ solennitates debent interuenire, & postea ultra medium opponit, quia imo uidetur quod fiscus debeat probare affirmatiuam, illas solennitates interuenisse, non autem ille quærelans negatiuam, quod non interuenerint, & ponit uarias solutiones, & uidetur residere in una, quod ibi illa solennitas erat enuntiata & scripta per notarium, & propterea præsumebatur interuenisse, & erat necessarium probare, non interuenisse, sed si non fuisset scripta, tunc sentit gloss. quod non præsumeretur. Bartol. tamen in hac oppositione ambigue loquitur, ut in multis aliis, quia non declarat, an formet oppositionem contra text. nostrum an potius contra regulam firmatam de extrinseca solennitate, ideo ut tollas difficultates, opponas contra utrunque, & primo opponas contra textum nostrum de illa lege, sed respondere debes, quod si consideramus solam literam ille text. non contradicit, imo concordat, quia uult quod solennitas præsumatur donec probetur contrarium, sed si tu uelis opponere de dictis gloss. ibi, solue quod loquitur de solennitate extrinseca quæ non præsumitur nisi sit scripta, & tunc concordabit cum dicta lege quæcunque. §. final. & habebis conclusionem firmatam, quod solennitas extrinseca non præsumitur nisi sit scripta.

114 Secundo modo † tu potes opponere de illo text. ad conclusionem supra firmatam, quod solennitas extrinseca non præsumatur, per dict. l. quæcunque. nam imo uidetur quod præsumatur donec probetur contrarium, sed soluit Barto. quod ille tex. debet intelligi prout ibi gloss. declarat, quod solennitas erat scripta, & ideo præsumitur, & propterea etiam in effectu constituuntur duæ regulæ in solennitate extrinseca, una quod quando non est scripta non præsumitur, dicta lege quæcunque. alia quod quando est scripta tunc præsumitur, dicta lege prima. sed iterum instatur, quia tu dicis solennitatem scriptam præsumi, nam uidetur hoc non posse procedere, quoniam solenitates extrinsecæ solent interuenire diuersis temporibus, ut est subhastatio, & quod sit habitus tractatus, quod res steterit uenalis per uiginti dies, & aliquæ aliæ similes, & cum diuersis temporibus fiant, non fuerunt gestæ illæ solennitates in præsentia notarii, ideo non potuit de eis facere scripturam publicam, ut habetur in §. nos uero. in authentic. de tabellionibus. & si alter notarius interuenit, tunc notarius præsens refert aliud instrumentum retro factum, unde non debet ei credi nisi producat relatum, auth. si quis in aliquo. C. de edendo, ergo solennitas extrinseca scripta per notarium præsumitur, quia scriptura non facit fidem.

115 Soluit † Bar. fatendo contrarium & dicit quod solennitates extrinsecæ diuiduntur. nam quedam sunt quæ possunt interuenire tempore contractus, & ille præsumuntur, quædam sunt quæ non possunt interuenire tēpore contractus & ille non præsumuntur, & gl. ibi debet intelligi de solennitatibus quæ tempore confecti instrumenti possunt interuenire, nam tunc si sunt scriptæ per notarium conficientem instrumentum præsumuntur, quia scriptura facit fidem, sed iterum adhuc opponit contra, quia imo uidetur quod solennitas quæ non potest interuenire scripta præsumatur, per tex. in l. optimam. C. de contrahenda & committenda. stipulatio. ubi si partes asserant aliquem esse procuratorem Domini, uel esse filium seu seruum Domini, & notarius hoc scribat, præsumitur quod ita sit, & tamen tunc temporis non poterat interuenire illa solennitas, quia non poterat tunc nasci filius, neque enim seruus, neque procurator fieri Domino absente, soluit Bartolus. & dicit, etiam fatendo contrarium, quod solennitas quæ non potest interuenire scripta præsumitur quando enuntiatur a maioribus uel ab illis qui possunt renuntiare illis solennitatibus, & indistincte disponere de rebus suis, secus autem si nō poterant renuntiare, quia non habent plenam potestatem disponendi de rebus suis, ideo dicit quod si mulier fiscus & minor alienauerint res, & asserant fuisse factam subhastationem, interuenisse retro tractatum, uel colloquiū, non præsumeretur illa solennitas quia ipsi non possunt illi renuntiare prohibente lege. argumento. l. doli, §. diuersum. ff. de Nouationibus. ubi mulier non potest intercedere pro alio, & notatorum, in lege de tutela. C. de in integrum restitutio. mino. ubi glossa uult quod

minor qui iurauit se esse maiorem corã suo patruo qui præsumitur scire ætatem suam non præiudicat sibi, alioquin faciliter notarii scriberent has solennitates, & decipientur dicti minores, & forsan fingerent eas quod non debet fieri, per l. cum ii. §. & cum lis. ff. de transactio. & neque tutor, potest confitendo præiudicare pupillo, ut habetur in lege certum. §. sed an & ipsos, supra de confessis, & sic concludit quod solennitas quæ non potest interuenire si est scripta non præsumitur contra personas priuilegiatas, sed bene præsumitur contra maiores qui possunt eis renuntiare, ut hic per eum.

Et in summa facit duas conclusiones, una est quod solennitas extrinseca non scripta non præsumitur, Alia est, quod solennitas extrinseca scripta a notario quando potuit tunc interuenire præsumitur per dictam legem primam.cum gloss. Ampliatur procedere etiam quando non potest tunc interuenire, & partes possunt renuntiare, quia etiam præsumitur dicta l. optimam. Limitatur non procedere quando non potest tunc interuenire, & partes non possunt renuntiare, quia contra personas priuilegiatas non præsumitur, tum quia dictæ personæ non debent lædi, tum quia etiam scriptura notarii de eis non facit plenãm fidem, hæc est theorica Barto. quam uolui declarare ad tollendam ambiguitatem & euitandas æquiuocationes.

116 Et ex † eius dictis colliguntur multæ conclusiones. prima est, quod solennitas extrinseca non scripta non præsumitur, per text. in dicta lege quæcunque. §. final. de publi. actio. declaratum ut supra, & per dictam lege primã. iuncta gloss. C. de fide instr. quam ab obiectionibus supra defensauimus, & est communiter approbata & tenenda.

117 Secunda † colligitur conclusio, quod solennitas scripta præsumitur si tunc temporis potuit interuenire, per tex. in dicta lege prima. iuncta gloss. de fid. instrum. & iur. hastæ fisca. lib. 10. quæ est communiter approbata, & eam sequitur, & dicit esse peregrinam Bald. in lege prima. in principio. ff. de reb. eorum. & idem Bald. in capitulo sicut. circa finem. de re iudica. dixit eam esse unicam & singularem, & in capitulo in præsentia, in ultima col. de renuntiatione, & eam reputat auream Angelus in l. sicut. §. uidetur. ff. quib. mod. pignus uel Hypo. solui. & probatur urgenti ratione: nam ubicunque solennitas tunc temporis potest interuenire si notarius eam refert dicitur esse rogatus a partibus, unde de ea facit scripturam publicam, & sicut eius scripturæ creditur in toto actu principali quia rogatus scripsit, ita etiam debet credi in hac solennitate ut proprie non dicatur præsumptio, sed sit uera probatio, quia per scripturam authenticam probatur, sicut & ipsum instrumentum & habet probationem probatam, ut dicit Bald. in l. prima. in ultima col. quæstio. 9. C. de testam. & in cap. 1. §. si instrumentũ. de no. feudo. dum dixit quod ex instrumento publico duæ oriuntur præsumptiones imo probationes, quod sit uerum, & sit solenne.

118 Et ideo † Bar. in l. Theopompus. ff. de dot. prælegata post gl. ordinariam ibi, dixit quod si reperiatur scriptum in actis testis, iuratus parte præsente deposuit, talis scriptura probat, & iuramentum & præsentiam partis, ex quo possibile est utrunque interuenisse quando conficiebatur instrumentum, & idem Barto. dixit in l. per hanc. in uerbo iuratus depono. C. de erogatione mili. anno. lib. 12. Abb. in capit. per inquisitionem. de electione, per illum tex. in uerbo causam clarius iuratus, & idem etiam no. Bar. ibi in ultima col. & in auth. si quis in aliquo. C. de edendo. cum multis similib. hic adductis per Ias. qui addidit etiam ex tali assertione notarii præsumi iuramentũ solum præstitũ, scilicet citata parte & corã iudice, ut requiritur secundum Bald. in cap. 1. in principio. in tit. quid sit inuestitura. & in l. consti. fforum. in prin.

119 Limitatur † tamẽ non procedere quando pars aduersa non consentit tali enuntiationi notarii, & pars expresse contradixit, nam tunc non statur eius assertioni secundum Ioannem Andreæ in additio. Speculi. in titul. de testibus. §. sequitur. uersi. quid si in actis scriptum est. Butri. in cap. fraternitatis. in ult. col. & ibi Abb. in fi. de testi. Alexan. cons. 42. uiso processu causæ uertentis. lib. 4. ad finem, & hic per Ias. Quam tamen limitationem intellige procedere in actis in quibus notarius potest rogari ab una parte contradicente alia, sed in contractibus non procederet, quoniam una parte contradicente notarius non potest scribere instrumentum, cum debeat esse rogatus ab utraque parte. §. nos uero. in auth. de tabellionib. & nisi consentiant in omnibus non potest dici rogatus notarius ut conficiat instrumentum.

120 Secundo † limitatur non procedere quando notarius fecisset mentionem in genere de solennitatibus, quia tunc non præsumerentur, ut si dixisset interuenisse omnes solennitates intrinsecas, & extrinsecas etiam, de quibus opus est facere spetialem mentionem, nam per ista generalia uerba non probantur interuenisse, neque creditur notario, ut per Albericum hic in 4. col. uersi. nota unum, & ideo dicit esse necessarium notarium facere spetialem mentionem de solennitate, confirmat Ias. per illud quod uoluit Bar. in l. Titiæ textores. in principio. ff. de leg. 1. ubi notatur, quod paria sunt obscure & generaliter excipere & nihil excipere, & ibi Ias. ex multis bonis exéplis confirmauit, & facit glo. in capit. pastoralis, in uerbo potestate. de exceptionibus. facit etiam text. in l. sed & si quis. §. quæsitum ff. si quis cautio. cum sua materia, ubi si quis renuntiat omnibus exceptionibus renuntiatio nõ ualet tanquam indiscreta, quia qui omnia offert nihil uult dare, cap. cum uenissent. de insti. argum. l. cum de indebito. §. fin. ff. de probationi. & ideo uidetur per illum text. quod si notarius expressisset duas uel tres solennitates, & postea addidisset clausulam generalem quod ei præstaretur fides, tamẽ de similibus aliis & non de dissimilibus, & si expressisset illas quæ tunc temporis possunt interuenire non præsumerentur per clausulam generalem aliæ quæ non possunt interuenire, & si expressisset aliquas faciles extrinsecas non continerentur difficiliores & magis præiudiciales per ibidem no. cum suis concordan.

Ter-

121 Tertia est † conclusio, quod ubicunque notarius scripsit solennitates interuenisse quæ tempore confecti instrumenti non possunt interuenire, tunc non præsumuntur, & est ratio, quia si non potuerunt interuenire non potuit notarius rogari de iis quæ non fiunt in præsentia sua. §. nos uero. in auth. de tabellionibus. ideo non potest facere scripturam authenticam de ea, & si eueniat quod se referat ad scripturam per alium factam, uel ad ipsos actus, & tunc neque scriptura facit fidem, quia refert aliam, & non creditur referrenti nisi producatur relatum, ut habetur in dicta authentic. si quis in aliquo. C. de edendo, & magis potest dici quod non probatur quam quod non præsumatur, quia nunquam præsumitur, & quoniam scriptura non est authentica & non facit fidem, neque probatur per eam, & in hoc differt ab iis quæ possunt interuenire, quia scripturam authenticam facit notarius quæ probat eas interuenisse, unde sequitur ut dicit hic Bartol. quod licet narraret subhastationem interuenisse, tamen non crederetur ei, uel si dixisset stetisse uenalem per uiginti dies, & idem dixit Domini. in capitulo primo. de reb. ecclesi. non alienand. in sext. quod in instrumento alienationis rei ecclesiasticæ notarius attestetur eam esse utilem ecclesiæ, uel ex necessitate probabili factam, non adhibetur fides, nisi aliter probetur quam ex uerbis notarii, ex eo quia hoc non poterat cognosci tempore confecti instrumenti nisi præcessisset cognitio negotiorum & qualitatum ecclesiæ, & idem etiam per hanc doctrinam uoluit Paul. de Castro consilio 91. super eo quod quæritur, dicens si notarius in instrumento dixit quando alienatio rei minoris fieret quod interuenisset causæ cognitio in interpositione decreti, uel ꝙ diceret sæpe & sæpius habito colloquio de ista alienatione, uel si esset res monachorum, diceretur habito colloquio inter priorem & fratres, & facta deliberatione, & conclusione nemine discrepante non crederetur notario, ut per Alexan. in consilio 17. uiso instrumento locationis. quarta colum. lib. 4.

122 Vidi † tamen ego de facto Bononiæ seruari contrarium, quia quando minores uolunt facere alienationem uadunt ad iudicem, & petunt dari curatorem qui eum concedit, & de concessione notarius facit scriptum, & postea incontinenti in eodem instrumento facit alienationem cum authoritate curatoris quam dicit esse factam cum causæ cognitione, & præcedente tractatu, & cum deliberatione, & tamen de facto uidi tales contractus seruari, ideo sæpius Ludouicus Gozadi. præceptor meus me audiente clamabat quod ista non debebant fieri, neque ualebant de iure, neque credebatur notariis, per doctrinam Bartol. hic communiter approbatam, & passim receptam, & uere est magnus abusus, qui nedum est Bononiæ sed in multis aliis locis ex consuetudine notariorum quod seruatur, solum autem notarius potest scribere quod partes confitentur se retro habuisse magnum tractatum & causæ cognitionem de utilitate minoris, quæ satis posset prodesse in fauorem minoris, sed in eius damnum non ualeret, quia renuntiare non potest, per ea quæ dicit hic Barto.

123 Limitatur † tamen hæc conclusio secundum Bald. hic, quando notarius scriberet instrumentum inter eos qui possunt renuntiare iuri suo, & perfecte de rebus suis disponere, quia tunc crederetur assertioni notarii secundum Bartol. hic per l. optimam. C. de contrahend. & committend. stip. qui tamen tex. non probat generaliter & ipse allegat. nam ille text. loquitur tantummodo in illis casibus spetialibus propter rationem ibi assignatam, ubi plus uoluit, quod nec etiam admittatur probatio in contrarium inter easdem partes quantum ad illum contractum, ideo non debet trahi in consequentiam, sed remanet in aliis casibus regula supradicta etiam inter illos qui possunt renuntiare, quod solennitas non præsumitur, quia notarius non potest rogari de iis quæ non fiunt in præsentia, neque facere scripturam publicam, & ideo eius assertioni non statur, neque per eius uerba probaretur, solum autem inter has personas potest facere scripturam de confessione, quod partes confessæ fuerunt illam solennitatem interuenisse, quæ confessio probabit solennitatem, non autem scripturam notarii, sed per scripturam probabitur confessio, de qua cum fiat in præsentia potest ipse rogari, & hoc modo debet intelligi hæc limitatio Barto. dum dixit, si partes possunt renuntiare, ut præsupponatur quod partes confessæ fuerunt, & notarius non enuntiat solennitatem, sed quod partes enuntient, & solum notarius scribat confessionem, quia, ut dixi, ipse de solennitatibus scripturam authenticam facere non potest cui debeat credi, quæ tamen declara ut infra. Alias limitationes & ampliationes ponunt Doc. infra in generali materia, ubi etiam dicemus.

Postea Bartol. ut prædicta magis clarescerent, subiecit distinctionem generalem, opponendo primo contra textum. de lege prima. C. de usur. cum gloss. ubi textus dicit, si probatum fuerit promissas fuisse usuras legitimas præcedente interrogatione competit actio efficax, & sic præsupponit esse necessarium probare interrogationem quamuis sit prolatum uerbum promisisse. Gloss. ibi sentiens contrarium de isto text. intellexit quod illa debent esse uerba testis, qui debet etiam deponere de interrogatione, ultra uerbum promisisse, & sic demonstrat quod non præsumatur solennitas. soluit Bartol. quod regula text. nostri fallit in teste in quo non præsumitur solennitas.

124 Et ut † omnia recolligeret dixit quod duo sunt constituendi articuli in hac materia solennitatis, unus de solennitate intrinseca, alius de extrinseca. In primo articulo dicit distinguendum esse, an solennitas extrinseca non sit scripta, uel sit scripta, & si est scripta an potuerit interuenire tempore confecti instrumenti, uel non potuerit, & si non potuerit, an partes ei possent renuntiare, uel non, faciens in effectu duas conclusiones, unam de solennitate extrinseca quæ non præsumitur, dicta lege. quæcunque. §. fin. aliam de solennitate scripta quæ

præsumitur si tunc temporis potuerit interuenire, & ampliatur etiam quod non potuerit interuenire inter easdem partes si possunt renuntiare. Limitatur inter diuersas personas uel inter easdem si non possunt renuntiare, quia tunc solennitas scripta si non potuit tunc temporis interuenire non præsumitur. In intrinseca uero solennitate distinguit, an fit materialis uel formalis, & si est formalis, an comprehendetur ex natura uerbi uel potius contineatur quando uerbum est aptum comprehendere, & an simus in parte uel in testibus, in effectu faciens regulam, quod solennitas intrinseca præsumitur, per istum text.

Ampliatur procedere etiam quod sit prolatum uerbum sui natura non comprehendens solennitatem sed aptum comprehendere, ut in uerbo promitto, per dictum. §. si scriptum. limitatur non procedere in solennitate materiali, dicto. §. pretium, & limitatur non procedere in teste, dicta lege prima. C. de usur. & postea addit rationem quare aliud sit in teste, & reiecta ratione antiquorum ponit suam, quod testis non potest deponere nisi de eis quæ percipiuntur sensu corporeo. l. qui testamento. §. final. de testament. & l. testium. ibi, præsto fuit. C. de testibus, & not. per Inno. in capitulo. causam, de testibus. Sed stipulatio, quia est iuris & consistit in intellectu, non potest percipi sensu corporeo, ideo tota non potest probari per testem, cum eadem uidere non possit neque audire, ideo est necessarium deponat de partibus, ut interrogatione & responsione, quæ sensu corporeo percipiuntur, merito ex tali uerbo prolato a teste non præsumetur solennitas, ut hic per eū. ex cuius dictis colliguntur, duo principales articuli in tota materia nostra, unus de solennitate extrinseca & alius de intrinseca, & quamuis doctores hunc secundo loco examinent, tamen melius est examinare primo loco, ex eo quia in præcedentibus examinauimus materiam intrinsecæ solennitatis, & ideo eam unite totam resoluere debemus, & postea transire ad articulum de extrinseca, & de eo usque ad finē tractare.

125 Regula † est igitur affirmatiua, quod solennitas intrinseca præsumitur ubicunque prolatum fuit uerbum denotans actum perfectum sui natura, quam supra late firmauimus tam in præmissis quam in materia, reddendo rationem decisionis, & ampliauimus procedere etiam quod esset prolatum uerbum denotans partem actus, tamen ex destinatione recepit spetialem significationem, ut denotet totum actum, ut est in uerbo promitto, spondeo, uendere, locare, & similibus.

126 Item ampliatur † procedere siue per scripturam publicam siue priuatam proferratur, ut etiam diximus in præmissis & notabilibus, atque etiam scriptura priuata an sit facta in præsentia uel inter absentes, uel etiam fuit uerbum prolatum per confessionem, uel alio modo. Item ampliatur procedere nedum in contractibus fideiussionis & stipulationis, sed in omnibus contractibus actibus & iudiciis, ut sentiunt omnes docto. in discursu, & generaliter ampliata fuit materia, quomodocunque eueniat, quod proferratur uerbum denotans actum perfectum, quoniam tota uis cōsistit, ex eo quia illud uerbum implicite continet probationem eorum quæ sunt necessaria ad perfectionem actus significati, propterea procedit decisio istius tex. quamuis in scriptura nulla fuit facta mento de solennitatibus, sed si euenisset quod esset scripta, tunc absque dubio præsumeretur, quin imo per eā perfectissime probaretur, & non opportet distinguere an potuerit interuenire, uel non quia hoc præsupponitur, cum semper sit necessaria ad actum, ideo necessarium est quod semper potuerit interuenire, & actu interuenerit.

127 Limitatur † primo non procedere quando est solennitas incerta, & datum fuit exemplum de causa & de re non demonstrata, iuxta text. in leg. ita stipulatus. infra eodem, & in quantitate pretii. §. pretium. insti. de emptio. & uenditio. & l. cum de indebito. de probationibus. quam Bartol. appellat hic materialem & male, ut supra dixi, unde limitatio eo modo quo profert ipse non est uera, sed prolata sub nomine incertitudinis, & quia est uariabilis in quocunque indiuiduo, & propterea appellatur difformis, tunc limitatio est uera, quia lex si uellet præsumere certitudinem faceret errorem, & posset damnificare partes. Si tamen euenisset quod non ageretur ex illo contractu, sed allegaretur incidenter ad litem ratione tituli, tunc præsumeretur solennitas non obstante incertitudine, & diceretur quod in contractu uenditionis interuenit pretium conueniens, & in stipulatione res ipsa certa, ut ibi dixi.

128 Secundo † limitatur non procedere quando statutum mandaret quod solennitas in scriptis narraretur, ut in appellatione ab interlocutoria, in qua in scriptis causa debet allegari, iuxta not. in capitulo, ut debitus honor, de appellationibus. sed si diceret quod instrumentum haberet executionem si solennitas esset uere probata uel expressa, tunc præsumeretur, quia est uera probatio & uera expressio, licet uerbis generalibus, ut supra etiam dixi.

129 Tertio † limitatur non procedere quando esset solennitas quæ deberet præcedere actum, uel non posset interuenire in ipso actu, quia tunc non præsumeretur. iux. no. in l. prolatam. C. de sententiis, & in capitulo, quoniam contra, de probationibus, quia tunc non dicitur uera solennitas intrinseca, sed potius est extrinseca, & ideo distingui debet ut infra dicemus de extrinseca, an sit expressa uel non expressa.

130 Quarto † limitatur non procedere quando esset prolatum uerbum præsentis uel futuri temporis, quia tunc non præsumitur solennitas, cum actus sit in fieri. l. 1. §. si stipulanti. supra eodem. & l. 1. C. de dot. promissione. secundum unum intellectum, & l. ea quæ. de donatio. inter uirum & uxorem. ut supra diximus in præmissis & in materia.

131 Quinto † limitatur secundū Bar. non procedere in teste. per d. l. 1. C. de usur. cum gl. quam limitationē sequuntur hic doc. magis coacti quā ꝙ quietent animum, nam ille tex. præsupponit ꝙ est post instrumētum

tum principale mutui confectum, incontinenti uel ex interuallo promisit debitor soluere usuras, & cum conueniretur, dicebat se non teneri, quia usuræ non possunt deberi nisi per stipulationem. lege quamuis. C. de pactis, ꝙ Imperator ibi determinat quod si probatum fuit usuras legitimas promissas fuisse interrogatione præcedente, efficax competit actio etiam quod non fuerit facta in instrumento, & quoniã ille tex. præsupponit probari debere promissionem cum interrogatione præcedente, de directo contradicit textui in dicto. §. si scriptum. insti. de inutilibus stipulationibus qui uult quod sufficiat probari uerbum promisisse prolatum fuisse, quia præsumitur interrogationem præcessisse cum responsione.

132 Ideo doctores † hanc contradictionem tam apertam uidentes, coacti fuere simul cum glo. dicere ꝙ ille tex. loquitur in teste, quoniam per instrumentũ non poterat probari, & dictus. §. si scriptum. loquitur quando illud uerbum prolatum fuit a parte uel notario, & ita sic per illum text. limitant dictum §. si scriptum. dubitant tamen aliqui, an ille text. procedat in solo uerbo promisisse, an etiam in uerbo, fideiusisse, comprehendente sui natura solennitatem, & Bar. hic uidetur ambigue loqui, quia separat hæc duo uerba, nihilominus uidetur uoluisse idem dicere de uerbo fideiusisse, quoniam dicit si per testes, dic ut infra dicam, unde cum postea loquens de uerbo promittere, ponat limitationem de teste, demonstrat quod hæc limitatio est generalis, ut quodcunque uerbum sit prolatum a teste nũquam de eo præ* sumatur solennitas, & ita tenent communiter * Docto. ideo solum insistunt super ratione diuersitatis, & Bar. hic, reprobata ratione antiquorum, dicit ra-

133 tionem esse † quia testis non potest deponere nisi de his quæ percipit sensu corporeo. dicta l. quidam testamento. §. si. ff. de testam. & l. testium. cum glos. in uerbo, præsto. C. de testibus. sed stipulatio est iuris, & consistit in intellectu, & dicitur esse nomen iuris, ideo uideri nec tangi potest, & solum intellectu percipi, ergo non potest deponi per testem, cum non cadat in sensu corporeo, ideo est necessarium ad eam probandam quod testis deponat de interrogatione & responsione, quæ per sensum auditus & uisus percipi possunt.

134 Et istam † rationem uidentur tenere communiter docto. & in spetie Alberi. commendat, dicens esse iuris, ut est glo. in l. 1. §. adipiscimur. in uerbo, eã rem. ff. de acquir. possessio. & tex. in l. si unus. §. pactus ne peteret. ff. de pact. unde cum sit nomen iuris, non potest per sensum corporis deponi, & in hoc differt ab aliis contractibus qui habent nomen facti, lege consilio. de curatore furiosi. Roma. tamen & Aret. reprehendebant hanc rationem, quia licet stipulatio sit iuris secundum unam opinionem, tamen quando est in fieri dicitur esse facti secundum omnes, ut supra dictum fuit, in rub. & in simili habetur, de possessione in l. 1. ff. de acquir. possessio. & quando testis deponit loquitur de stipulatione prout est in fieri, & tunc omnino facti est, ergo ratio Barto. non est bona. Ias. conatur saluare, quia licet sit facti, tamen oportet, ut ipse testis iudicet ex illo facto introduci stipulationem, quod non pertinet ad testem, qui debet deponere non iudicare, ut not. in lege prima. ff. si cer. petatur, quæ tamen saluatio non est perfecta, quoniam non tollitur quin sit facti, & cesset ratio Barto. sed tu dicas quod hæc disputatio an sit iuris, uel facti non est necessaria in proposito nostro, quoniam etiam quod milies & semper sit facti, tamen non tollitur quin sit res incorporalis quæ solo intellectu percipi potest, quoniam facta plæraque sunt incorporalia & uideri neque tangi possunt, ut plene dixi in lege prima. ff. de acqui. possessio. & supra etiã tetigi in. §. Cato. ideo semper uidetur militare ratio Bar. saltem quantum ad effectum.

135 Vnde † Iason. reprehendit rationem hanc ex alia causa, quia & notarius ipse non potest scribere nisi de iis quæ fiunt in præsentia sua & percipiũtur sensu corporeo & propriis aurib. audiuerit, & propriis oculis uiderit, per tex. in §. nos uero. in authenti. de tabellio. in uerbo habeant unde sciant negotium. & tex. in §. si uero absunt. in authenti. de hæredibus, & falcidia, in uerbo uidisse, quæ tunc agebantur, per quæ iura ita in spetie declarat Bald. in rub. C. de fid. instr. col. 3. ergo ex uerbis & scriptura notarii attenta ratione Bartol. non deberet præsumi solennitas & dixit Ioan. And. in titul. de instrum. edit. §. restat. uer. quid si tabellio. in addit. incip. audiuerit. & infert ad quæst. notabilem. ut ibi per eum. dicens ꝙ uisus et auditus proprie spectat ad notarium. sed nos uidemus quod in notario hæc ratio non impedit præsumptionem solemnitatis, ergo nec etiam debet impedire in teste, & sic ratio non est bona.

136 Vnde † ipse a Ias. post Areti. adducit aliam rationem diuersitatis, quia quando pars scribit se promisisse, in dubio fit interpretatio contra ipsum scribentem, ut in hoc text. ideo intelligitur per stipulationem promisisse, similiter in tabellione scribente, quia eius uerba intelliguntur esse uerba partis, ut ex gloss. nostra in fin. quam bene signat, & ita Bald. in lege prima. in fin. C. de priuilegio dotis. & leg. errore. C. de testibus. sed in teste uerbum, promisit, non intelligitur per stipulationem, quia non fit interpretatio contra ipsum, sed uerba ambigua testium interpretantur semper contra producentem. leg. inter stipulantem. §. si Stichum. infra eodem. & capitulo. in præsentia. de probat. & hæc ratio fuit etiam de mente Angel. & Ioannis de Imo. hic. sed ego puto eam non esse ueram, quia imo in stipulationibus uerba dubia interpretantur contra stipulantem, & quicquid est ommissum habetur pro ommisso, & imputetur stipulatori qui potuit legem apertius dicere. leg. quicquid adstringendæ. infra eodem, & leg. ueteribus. ff. de pac. Item non est uerum quod uerba notarii sint uerba partis, quia longe differunt, ut infra dicam. Iason. tamen postea incipit dubitare de decisione, quia dictum est notabile. Bald. in capitulo. in nostra per illum tex. extra de procuratoribus, quod multũ præsumitur pro iudice, tamen magis præsumitur pro teste, quod probatur, quia iudex repellitur tanquam suspectus facilius quam repellatur testis,

gloss. est ordinaria in capitulo insinuante, & gl. in c. cum. R. canonicus de officio delegati, & tamen uidemus quod pro iudice præsumitur solennitas, ut late firmat Alex. hic, ergo eodem modo debet præsumi in teste, & cum uideamus quod in teste non præsumatur, remanet dubitatio, & ideo ipse irresolutus residet.

137 Crotus quoque † reprehendit rationes Bartol. & postea defendit ab obiectionibus, tamen ponit aliā rationem num. 18. quia quando scribitur a notario uerbum promitto, intelligitur scriptum de uoluntate partium, ideo fit plena interpretatio, sed quando scribitur a teste, non est uoluntas partium, ideo intelligitur prout iacet, quæ etiam ratio non concludit, quoniam præsumptio non inducitur propter uoluntatem partium sed propter significatiōnē uerbi denotantis actum perfectum.

138 Claudius quoque † hic reprehendit rationem Barto. & omnes alias Docto. late insistens num. 12. usque ad numerum 16. postea tenet dictum Barto. & assignat rationem, quia notarius non potest scribere instrumentum nisi partibus rogantibus, dicto. §. nos uero, ergo præsumitur maior deliberatio quam sit in teste qui statim interrogatur & respondet, & idem quando pars scripsit. manu propria, argument. not. in lege prima. supra eodem. quæ etiam non concludit, quia a uoluntate partium, ut dixi non dependet præsumptio solennitatis. Alex. autem dicit, aut reddit rationem, & præsumitur solennitas, aut non reddit, & non præsumitur, ꝙ etiam reprehendit hic Buttigella, qui dicit dictum non esse sine dubio, & sic ipse stat irresolutus.

Crotus autem num. 18. postea tenet contra Bar. & Docto. uolens quod si testis dicat Sempronium nouasse obligationem præcedentem, quod præsumetur stipulatio, cum nouatio sine stipulationē fieri non posit, sicut & in notario. quia capiuntur uerba prolata iu potentiori significatione. l. 1. §. primo. ff. si ager uectigalis, etiam in materia stricta. Bal. in l. 1. C. si plures una sententia, ergo & hic capientur uerba in potentiori significatione quando proferuntur a teste quæ adiuuantur præsumptione legis, Bald. in l. non hoc. C. unde legitimi. Barto. in l. non solum. §. sed ut probari. ff. de nou. oper. nuntiatio. & per tex. in dicta lege prima. C. de usur. dicit quod est speciale propter odium usurarum, ut hic per eum, quæ tamen responsio est refugium miserorum, & præsumptio non dependet a fauore neque odio causæ, sed a significatione uerborum prolatorum, per quæ omnia apparet quantum uacillauerint Doctor. super hac limitatione, & quod coacti eam approbant, non autem quod quietauerint animum.

139 Tertio dicas † ꝙ limitatio non est uera, ideo rationes eorum ab extrinsecis ueniunt, & primo considera, quod intellectus Doctor. ad dictam legem primam. C. de usur. dum uolunt quod loquatur de teste, non est uerus, neque de mente ipsius, quoniā imo ille text. intelligitur de probatione in genere tam per scripturam quam etiam per testes, & in utroque casu ponit illam decisionem quod sit necessarium probare; & uerbum promisisse & uerbū cum interrogatione, quod demonstratur, quia text. implicatiue dicit siue illa promissio facta fuisset in instrumento siue extra instrumentum, cum dicat etiam quod in scriptura non reperiatur actum, ergo implicat non interesse an promissio esset facta in instrumento uel extra illud, sed si esset facta in instrumento, probatio fieret per scripturam & non per testes, ergo eodem modo intellexit si extra instrumētum fieret per scripturam. præterea simpliciter dicit, si probatum fuerit, quod uerbum proprie uerificatur per scripturam, unde præsupponit quod si reus per propriam scripturam promisisset usuras, nō competeret actio nisi etiam dictum fuisset de interrogatione, & quamuis etiam posit comprehendere probationem per testes, tamen aperte patet ꝙ non excludit probationem per scripturam, & ideo uult idem esse siue fiat probatio per scripturam siue per testes, & per consequens probat æquiparationem, non autem differentiam, & sic retorquetur contra Bar. & Doct. quod idem sit in teste quod est in parte uel notario, unde adhuc de directo obstat text. in d. §. si scriptum.

140 Et ideo † alius & uerior intellectus ultra doctor. dari debet ad illum text. quod loquatur in uerbo promitto, prout uerba demonstrant, & tamen notū est quod uerbum promitto habet duas significationes, unam generalem, dicta lege sciendum. §. si dictum, & aliam spetialem ad stipulationem, ut insti. eodem. in principio. ex consuetudine a Iurisconsultis recepta, unde sequitur quod si apponitur super materia habili ad stipulationem ex communi usu, tunc denotat stipulationem, quod erit quando apponitur super contractu principali non restricto ad alium contractum, si uero apponatur super materia habili ad plures contractus uel ad pactum nudum ex communi usu, & tunc importat pactum nudum, ut dicitur in dicto. §. dictum. & notatum fuit per Ias. ubi dixi in rub. sup. eod. & plene declaraui in præmissis supra, & in notabilibus, & conclusi quod uerbum, promitto, appositum super accessoriis contractus non denotat stipulationem sed pactum nudum, quoniam conuentiones quæ fiunt de accessoriis contractuum solent fieri per pactum. l. lecta. uersi. conuenitq;. & ibi not. ff. si certum petatur, & l. petens. C. de pact. unde dixi quod in eodem instrumento uerbum, promitto, denotabit stipulationem & pactum nudum, nam super cōtractu principali denotabit stipulationem, quia inoleuit consuetudo ut super quocunque contractu apponatur, ut per Bartol. in l. secunda. C. de condictio. ob causam, & probatur. in l. ita stipulatus. §. Chrysogonus. infra eodem. accessoria uero solent fieri per pactum nudum, ideo denotat pactum nudum uel pollicitationem, unde in eodem instrumento super accessoriis importabit pactum nudum, & hic est proprius intellectus dictæ l. sciendum. § si dictum. supra de ædilitio ædicto.

141 Igitur in proposito † cum in dicta l. prima. C. de usur. promissio esset facta super accessoriis contractus, subiecta materia erat habilis ad pactum nudum

nudum, seu ex consuetudine destinata ad illud, ideo uerbum prommitto, prolatum ab ipsis contrahentibus, & etiam a notario importat solum pactum & non stipulationem ex sua generali significatione quæ in illis terminis non restringitur, ideo est necessarium semper quod tam notarius quam partes faciant mentionem de interrogatione & responsione, quia nunquam præsumetur, cum natura uerbi in istis terminis eam non comprehendat, & sic apparet quod ille tex. non ponit aliquid spetiale in teste, cum illa decisio procedat in notario & parte, & ponit limitationem ad dictum. §. si scriptum, fundatam in dicta l. sciendum. §. si dictum, non autem aliquid spetialitatis in teste, & sic ille tex. qui tantum turbauit Doctor. nihil facit quantum ad limitationem de teste.

142 Secundo etiam † considera, quod hæc limitatio non potest procedere ex alio capite, quoniam ad faciendam hanc præsumptionem non consideramus fauorem causæ neque consideramus scripturam authenticam uel priuatam, uel in absentia uel præsentia, neque consideramus frequentiam stipulationis uel cōtractuum, neque etiā cōsideramus authoritatem personæ, quia si Papa proferret uerbum denotans actum perfectum induceretur præsumptio, & si proferret uerbum non aptum, non induceretur, sicut si esset quilibet alius homo. nam solum principium & unicum fundamentum istius præsumptionis est quod proferratur uerbum denotans actum perfectum ut supra dixi in præmissis & in lectura semper confirmaui, uel uerbum ex consuetudine a Iurisconsultis recepta denotans actum perfectum, quod principium æqualiter militat in teste sicut in partibus & in notario.

143 Et si testis † proferret uerbum denotans actum perfectum ex sui natura uel per consuetudinem receptam, induceretur solennitas sicut in partibus & notario, quoniam qui profert illud uerbum implicite profert illas solennitates interuenisse, & dicitur exprimere uerbis generalibus, ut sæpius dixi, & non est præsumptio proprie sed est uera probatio & expressio quamuis uerbis generalibus, ideo si testis deposuit quod Sempronius cōmisit furtum, simul dicet fecisse contrectationem inuito domino si dicit fecisse homicidium, simul dicit quod separauit animam a corpore, si dixit fecisse simoniam, simul dicet uendidisse spirituale pro temporali, & sic de singulis, & in terminis quod testis deponens per uerbum denotans actum perfectum probet solennitatem, est doctrina eiusdem Bar. in l. 1. ff. si cer. peta. num. 10. & 14. & 15. & dixit si quis deposuit stipulationem factam, ualet depositio, & per consequens solennitas præsumitur, & si interrogatur de ratione, bene tenetur respondere, ut demonstret quod intelligat id quod loquitur, tamen addit quod non tenetur respondere per uerbum iuris, sed sufficit respondere per uerba facti, ut etiam dixit glo. in l. stipulatio ista. §. 2. qui. infra eodē. de possessione quæ præsupponit ualere depositionem, quod Sempronius possidet fundum, & idem Bar. postea. num. 14. uersi. dicetis, & clarius num. 17. dixit quod ualet depositio, Scio Sempronium esse diuitem uel esse sanum, unde implicite dicit quod habet multas facultates & bona, & habet sanitatem, & non tenetur respondere quid sit, sed sufficit dicere Scio quia sum uicinus, & Bar. ibi sequuntur communiter * Docto. præsupponentes testem posse deponere per uerbum denotans actum perfectum, & per consequens implicare solennitatem necessariam ad illum actum, solum autem potest esse dubitatio, an illo casu testis intelligat illud quod loquitur, & sic ex certa scientia & cognitione deponat, unde quando sunt termini iuris, potest interrogari quomodo sciat, & tenetur respondere, non tamen per hoc impeditur quin ipse deponendo de actu deponat & quoque implicite de solennitatibus, & aliquando eueniet quod in responsione probabit postea de solennitatibus actus tamen non est necessarium, & si eueniat, prout sæpissime contingit, quod fiat articulus, dicit & probare intendit Sempronium fecisse stipulationem, fideiussisse, uel uendidisse, & testis interrogatus dicat, scio stipulationem factam ut in articulis, uel fideiussionem, uel uenditionem, & eam plene probabit, & si interrogabitur quomodo scis, respondebit quia fui præsens.

144 Quare apparet † quod in teste est idem quod in partibus, & solum ad inducendam præsumptionem inspici debet an sit prolatum uerbum denotans actum perfectum uel non sit prolatum, & in omnibus sicut diximus supra de partibus & notario, & limitatio remanet non uera datis paribus terminis.

145 Sexto † limitatur dicta conclusio, in eo qui negauit totum actum, & postea conuictus fuit, ut uoluit Bal. in auth. contra qui propriam, C. de non mune. pecunia, & Bal. in c. 1. qui testes sint necessarii, cum concordantibus propter pœnam negationis, sed hæc limitatio non est uera in intrinseca solennitate, & solum procedit in extrinseca, sine qua actus esse potest, in hac uero si per negationem quis non priuatur probatione ipsius actus necessario etiam non priuabitur probatione solennitatum, sine quibus actus non esset in rerum naturam, quare habes totum istum articulum præsumptionis solennitatis intrinsecæ conclusum in una regula cum quatuor ampliationibus & limitationibus ut supra declaratis.

Secundus est principalis articulus de solennitate extrinseca, in quo Bar. ut supra declarauimus, posuit duas principales conclusiones, unam quando solennitas extrinseca non est scripta, aliam quando ipsa reperitur scripta, & diuiditur in has duas partes.

146 Prima † est igitur regula affirmatiua, quod solennitas extrinseca scripta quando potuit tempore contracti instrumenti interuenire, præsumitur, per textum in dicta leg. 1. C. de fide instrumen. & iur. hastæ fisca. quam sequuntur communiter * Docto. & ualde commendant ut supra dixi, & est ratio apparens, quia dicitur esse uera probatio non præsumptio, quoniam si potuit interuenire notarius dicitur rogatus a partibus ut scribat, & ideo facit scripturam authenticam de eo, unde sicut est probatio uera de ipso actu, eodem modo est de ipsa scriptu-

ra, unde omnes eam sequuntur.

147 Ampliatur † per Bar. etiam hic procedere in solennitate quæ tempore confecti instrumenti interuenire non potest inter easdem personas, ut præsumi debeant si partes possunt ei renuntiare, per tex. in leg. optimam. C. de contrahend. & committend. stipulatio. in principio, & uidentur transire Doct. hic, ideo habes unam restrictionem ad dictam leg. optimam, ut non procedat inter diuersas personas, & unam ampliationem ut procedat etiam in aliis solennitatibus quæ non possunt interuenire ultra casus ibi expressos, quorum utrunque falsum est, & intellectum illius tex. apperte uiolant, nam ibidem determinatur quod si quis tanquam seruus Sempronii stipulatus est pecuniam sibi dari, uel domino suo iuxta formam positam in l. si ita stipulatus. §. Chrisogonus. infra eodem. licet solebant antiqui rei calumnias inducere, negantes eum fuisse seruum stipulatoris, & eidem acquisitam actionem. unde per multos annos differrebatur exactio instrumenti, donec appareret an seruus fuerit ipsius stipulatoris, & acquirere ei potuerit actionem, cui calumniæ uolens prouidere Imperator ibi, disposuit quod omnimodo credatur scripturæ quantum ad illum effectum ut domino fuerit acquisita actio, quæ decisio procedit nedum inter easdem personas, sed etiam inter diuersas, dummodo agatur ex dicto instrumento, quoniam tex. dicit generaliter, omnimodo credatur.

148 Et propter † commoditatem negotiantium fuit introductum ut sit præsumptio iuris & de iure, ut obligetur dictis calumniosis exceptionibus, & effectus est maximus, quia si forsan stipulator haberet bona rei obligata quæ fuissent alienata, & ageret contra tertios possessores uirtute illius instrumenti, non posset stipulatori hæc calumniosa exceptio per dictos tertios possessores opponi ex mente illius tex. qui hoc uidetur clare decidere, unde restritio data per Barto. ad illum tex. ut procedat solum inter easdem personas, dicitur esse diuinatiua & uiolatiua illius tex. solum autem recipit restrictionem ut hæc præsumptio sustineatur quantum ad effectum ipsius instrumenti, sed si eueniret postea quod uerus dominus rei uendicatione directo peteret illum seruum a stipulatore, non posset se iuuare illo contractu, sed lis suo marte procedere deberet, & per rationem illius text. quod dicitur de seruo habet locum & in filio in potestate qui stipularetur nomine suo uel patris iuxta. §. ei uero. insti. de inutilibus stipulationibus. uel etiam in procuratore stipulatoris, qui stipulando conciperet uerba, seu uerius alium contractum faciendo nomine sui domini, ut acquireretur directo ei actio, uel etiam postea per cessionem, iuxta not. per Bar. in leg. si is qui pro emptore, in materia fictionis translatiuæ de persona in personam, supra de usucapionibus. nam in dictis tribus casibus per dictam l. optimam, creditur illum fuisse seruum stipulatoris uel filium uel procuratorem quantum ad effectum illius instrumenti inter easdem & diuersas personas, ut non possit admitti probatio in contrarium, tamen si directo ageretur contra stipulatorem rei uendicatione quod esset seruus petentis uel filius. iuxta l. per hanc. ff. de rei uendicatione, uel diceretur in alio negotio non esse procuratorem, tunc stipulator non posset se iuuare ex præsumptione illius instrumenti, sed lis suo marte procederet, iuxta. not. in leg. fundum. & l. fundi. ff. de exceptio. & hic est uerus intellectus ad illum text. qui late examinatur in authen. si quis in aliquo. C. de edendo. ubi etiam dixi.

149 Secundo † Barto. extendit illum tex. & intelligit procedere in omnibus exceptionibus quæ non possent interuenire tempore confecti instrumenti, si partes possent renũtiare, quæ extensio neque etiam uera est, & est uiolatiua illius tex. qui ponit decisionem spetialem in illo casu cum ratione spetiali ibi assignata, & quod non extendatur ad alios casus probatur, quia postea uult quod in alia præsumptione de præsentia admittatur probatio in contrarium per tres testes secundum modum ibi positum, & sic separat casum primum ab aliis, & facit eum spetialem ut non possit inferri ad alias præsumptiones, unde cum ille tex. non probet conclusionem Barto. remanet quod exceptis illis casibus non potest dici quod præsumatur ratione publicæ utilitatis ibi assignata, sed scriptura notarii remanet priuata & non facit fidem quia non potuit rogari de eo quod non fuit factum in præsentia sua, dicto. §. nos uero, & dicta authen. si quis in aliquo, ideo hæc ampliatio Bar. solum potest procedere quando ipse partes confessæ fuissent coram notario solennitatem interuenisse. nam tunc confessio probaretur per scripturam notarii, & per confessionem postea probarentur dictæ solennitates inter easdem personas si potuissent renuntiare, sed si non fuissent confessatæ per partes, tunc adhuc si notarius eas referret, remanerent sine probatione, cum esset scriptura priuata, unde illo casu conclusio Bar. sustineri posset per clausulam generalem positam in fine instrumenti, quod partes iurauerũt omnia prædicta & singula in eo cõtenta uera esse & in nullo contrafacere uel contrauenire, nam tunc propter talem clausulam induceretur quædam confessio partis, ut per Archidiaconum in cap. quamuis, de pactis in sex. & Anto. de Butrio. in cap. si diligenti, de foro competenti, col. 9. uersi. in quantum dixi denuntiationem, & ponit Ias. infra uersic. Decimo singulariter limita. & quamuis ipse dubitet, tamen hoc casu dubitare non debebat, quia ea quæ scribuntur a notario uidentur scripta ab ipsis partibus seu de uoluntate ipsarum, ut inquit glo. nostra in si. ubi Ias. etiam no. unde per tale iuramentum confitentur narrationem ueram esse, & per consequens uirtute confessionis dicta solennitas probatur.

150 Propterea † habes tres casus separatos, unum de illis tribus exemplis contentis in dicta l. optimam. Alium de solennitatibus confessatis per partes. Tertium de solennitatibus enuntiatis per solum notarium, tamẽ subiecta est dicta clausula, iurauerũt omnia prædicta uera fuisse & esse, & per hos tres casus habes tres ampliationes separatas ad regulam supra firmatam, quæ est, quod solennitas scripta præsumitur quando potuit interuenire tempore confecti

cti instrumenti. Ampliatur procedere etiam in exemplo posito in dicta leg. optimam. ut quamuis non possit tunc interuenire præsumatur solennitas, & per illud exemplum duo alia determinantur de filio & procuratore in quibus præsumitur solennitas illa plena præsumptione iuris & de iure quæ non admittit probationem in contrarium quantum ad ipsum instrumentum, etiam inter diuersas personas. Secundo ampliatur procedere etiam in aliis solennitatibus confessatis a partibus, ut præsumantur inter easdem personas tantum si ipse potuerunt renuntiare. Tertio ampliatur procedere in solennitatibus quæ non possunt interuenire enuntiatis a solo notario, quia etiam præsumuntur, si subiecta sit illa clausula, iurauerunt omnia prædicta uera fuisse & esse, si tamen partes potuerunt renuntiare & inter easdem personas, secus inter diuersas, quas omnes ampliationes in una sola comprehendit hic Bar. sed debent distingui ut dixi. Quarto ampliatur procedere etiam in iudice qui enuntiauit solennitates aliquas quæ tunc temporis non potuerũt interuenire. nam præsumitur illa solennitas si partes fuere præsentes, & non appellauerunt, secundum distinctionem statim infra tradendam.

151 Limitatur † non procedere secundum Bar. quando est solennitas quæ non poterat interuenire, & partes non possunt renuntiare, nam tunc non potest præsumi uirtute confessionis tacitæ uel expressæ. argum. dictæ leg. doli. §. diuersum, & l. de tutela. C. de in integrum resti. mino. & l. cum ii. §. criminalis. ff. de transactionibus, & sequuntur communiter * Docto. comprobantes per multa exempla supra positam per Ias. & si sumus extra casus dictæ leg. optimam, etiam inter diuersas personas non præsumitur, quia notarius non potest facere publicam scripturam, ut hic etiam sentit Barto. qui bene loquitur hoc modo declaratus.

152 Limitatur † secundo non procedere quando pars contradixisset, quæ limitatio supra declarata fuit procedere in iudicialibus in quibus admittitur contradictio partis, sed non in conuentionalibus, quoniam notarius contradicente una parte instrumentum facere non potest. dicto. §. nos uero. Tertio limitatur non procedere quando solennitas esset expressa uerbis generalibus, quia tunc non præsumeretur, ut supra dixit Ias. iuxta not. per Bartol. in leg. Titiæ textores, & ibi Ias. ff. de leg. primo. & per gloss. in cap. pastoralis, in uerbo potestate. de exceptionibus, & facit tex. in leg. sed & si quis. §. quæsitum. ff. si quis cautionibus. si tamen tres uel quatuor solennitates essent expressæ, & subiecta clausula generalis, tunc & cæteræ præsumerentur similes expressis, per not. in d. §. quæsitum.

153 Secunda est regula † negatiua, quod solennitas extrinseca non scripta non præsumitur, per dictam le. quæcunque. §. fin. ff. de publi. actione. inducendo ut supra, quæ licet loquatur de pupillo, & sic de personis priuilegiatis, tamen procedit generaliter etiam in aliis solennitatibus non scriptis, ut dicemus super quinta parte glo. & facit regula. l. si ita stipulatus. §. Chrisogonus. infra eodem. quod persona extrinseca in actu non subintelligitur, & licet in illo actu spetiali sit necessaria ad ualiditatem, tamen per prolationem uerbi non uidetur ipsa prolata, cum sit quædam qualitas accidentalis quæ proprie non implicatur, cum uerba intelligantur secundum propriam naturam. l. item ueniunt. §. sed cum prædiximus, de petitione hæreditatis, & not. in leg. certi condictio. in fi. glo. magnæ. ff. si cer. petatur, & hanc regulam sequuntur communiter * Docto. & confirmata fuit per multa exempla supra per Ias. in oppositionibus, unde per eam reprehenditur gloss. in leg. actor. ff. rem ratam hab. quæ uoluit decretum iudicis præsumi, nam cum sit solennitas extrinseca & non scripta non debet præsumi, per doctrinam Bar. hic & communem & etiam reprehenditur glo. in ca. ea noscitur. ex. de iis quæ fiunt a prælato sine consensu capituli, quæ uoluit in actu episcopi præsumi consensum capituli, qui tamen cum sit solennitas extrinseca non scripta non debet præsumi, per doctrinam doctorum hic, qui eam communiter tenent, & confirmatur ex multis adductis hic per Ias. & Alex. Ampliatur procedere in solemnitate scripta quæ non potuit interuenire tempore confecti instrumenti, & pars non potest renuntiare, secundum distinctionem supra positam, & in aliis actibus in quibus quando est scripta non præsumitur. Limitatur uero nõ procedere quando pars non opposuisset exceptionem defectus consensus. nam tunc præsumeretur solennitatem etiam non scriptam interuenisse secundum compostell. Ioã. And. & Imo. in cap. cum dilectus, de consuetudine, per text. secundum unum intellectum in dicto ca. ea noscitur, & Imo. in d. c. in præsentia, in ultima col. de renuntiatio. & in c. sicut. de re iudi. & in c. officii, in ultima carta de testibus. Matthesi. in no. 13. Roma. Alexan. & Ias. hic, & communiter * doct. & probari potest ultra eos, quia quando est uerbum denotans actum perfectum licet non proprie tamen saltem large etiam comprehendit solennitatem extrinsecam necessariam, ideo præsumitur eam dixisse & interuenisse donec superueniat oppositio partis contradicendo huic generali significationi uerbi prolati.

154 Secundo limitatur † non procedere quando esset enuntiata ab aliqua persona honesta quæ propter probitatem suam facit præsumi solennitatem, ut per Abb. in cap. nisi essem. de præbendis in 1. not. facit lex si res pupillaris, in uerbo cum fuisset. de administra. tuto. & lex. si a bonæ fidei, ff. de rei uendicatione, per quem tex. excusantur multi Castellani secundum Ange. ibi, & Ias. hic, & Alex. cum aliis cumul. per Crotum num. 18. uersi. secundus casus, qui allegat leg. argentum. ff. de commod. per quem Oldra. consuluit in pulchro casu in cons. 112. dicit tamen Crotus quod hæc limitatio simpliciter intellecta non est uera, quoniam absorberet totam regulam, unde restringit eam ad solennitatem parui præiudicii, sed si esset solennitas magni præiudicii etiam stante probitate non præsumeretur, per capitulum significauerunt. extra de testibus, facit etiam capitulum cum nobis, de testibus, ubi Hostien. nec dignitas personæ sufficit, sicut nec etiam dignitas iu-

dicis uel testis examinati, d.c. cũ nobis, ut ei credatur sine iuraměto, & facit tex. in c. cõtinebatur, de iis quæ fiunt a prælatis sine cõsen. c. ubi nõ præsumitur pro actu facto ab abbatissa, sicut nec ẽt in c. ea nosci tur. facit ẽt d. Io. And. in rub. de reb. eccles. nõ ali. ubi nõ præsumitur pro prælato dicente se donasse propter benemerita quæ debẽt probari, iux. dicta Bar. in l. si forte. ff. de Castrensi peculio. & hæc restrictio mihi ualde placet, & aliam etiam ego puto dandam ut procedat in solennitate dependente a facto suo & diligentia, non autem si dependat a facto partium uel a scriptura notarii, & ad tex. in dicto c. nisi essent, responde, quod ibi agitur de euitanda pœna, & de malitia quæ non præsumitur, imo facilius præsumitur non interuenisse, ideo potest dici quod hæc limitatio multum dependeat ab arbitrio iudicis.

155 Tertio limitatur † ista regula ut non procedat quando pars quæ conuenitur ex contractu negauit contractum esse factum, si postea enim conuincatur de ueritate contractus, in odium negantis præsumitur solennitas extrinseca, quæ alias non præsumeretur, per regulam authen. contra qui propriam. C. de non num. pecunia, & ibi Saly. no. & in spetie limitat Bal. in cap. 1. circa fi. qui testes sint necessarii ad probandum nouam inuestituram, & idem Bal. in l. fi. circa principium. C. de fideicommissis, in spetie etiam dicens, quod negans si conuictus est non potest postea opponere de deffectu solennitatis extrinsecæ, quia mendax carere debet auxilio solennitatis, idem quoque Bal. in c. 1. §. item si uassallus, col. 2. de controuersia inuest. dixit, quod beneficium solennitatis extrinsecæ tollitur per prauitatem negationis, limitando ut ibi per eum & ita etiam tenet Aluaro. in d. c. 1. qui test. sint necessarii, & Aretinus hic col. 6. qui dixit quod est singularis & noua limitatio, & sequitur Ias. & Crotus uer. quartus casus, qui dixit notanda esse pulchra dicta Bar. in l. si dubitetur. §. ita demum, infra de fideiusso. uolentis quod per litis contestationem, quamuis reus neget omnia narrata in libello, non incidat in pœnam negationis, & Imol. dicit se lucratum fuisse unam uestem, quod potuit esse tempore suo, sed nunc non lucraretur, quoniam notorium est litis contestationem non inducere negationem pœnalem, cum alias unusquisque litigans incideret in infinitas pœnas negationis, sed hoc ideo est, quia non negat totum actum, sed solum negat narrata prout narrantur & petita prout petuntur, & sufficit aliquod motiuum nõ esse uerum illius quod dicitur in libello. Nota tamen hanc rationem fundatam in pœnam negationis, quia inducitur limitatio ab utraque parte ut sentit Bal. in d. §. itẽ si uassallus.

156 Quarto † limitatur non procedere quando processus est factus contra contumacem qui dixit nolo uenire, quo casu est uerus contumax, & non potest appellare, glo. in leg. fi. ubi Barto. ff. de in integrum restitutio. min. & tunc contra eum eius odio solennitas extrinseca præsumitur interuenisse, secundum Imol. & Ioannem And. in cap. bonæ. de electione, & Ias. hic, uersic. undecimo. potest tamen dici quod tunc præsumitur, quia non obesset si esset apposita, quoniam actus sine ea in odium contumacis ualeret, cum uideatur negare totum iudicium, & non potest postea recurrere ad solennitatem, arg. l. fi. C. de fideicommiss. & potius in istis duabus limitationibus impeditur allegatio præsumptionis solennitatis extrinsecæ, uel quod non præsumatur quam quod cesset uel inducatur ipsa præsumptio.

157 Quinto limitatur † non procedere in solennitate extrinseca consueta regulariter apponi, quia præsumitur ut plurimum interuenire, ut per Areti. in cap. 1. col. quarta. de iudi. per tex. in l. fi. ad finem. C. de fideicommiss. quem allegauit Bal. in rub. C. de fid. instrumen. col. tertia. sed Ias. eam reprehendit, per tex. in dicta leg. quæcunque. §. fin. ubi non præsumitur authoritas tutoris, quæ tamen ut plurimum consueuit interponi in alienatione rerum minorum, & quia si esset uera, destrueret totam materiam, item tex. in dicta leg. fin. non plene probat. sed potius probat contrarium, quia fuit necessarium non obstante consuetudine quod Iustinianus nouiter disponeret, & ibi fit illa præsumptio uirtute illius legis. Feli. quoque in dicto capitulo sicut, reprehendit hanc limitationem, sed non respondet ad dictam leg. fin. Crotus uero respondet ad allegata quod procedant in solennitate intrinseca in iis quæ sunt de forma, quæ tamen responsio nihil est, quia in dicta leg. fin. non erat solennitas intrinseca, unde melius responde ut ego dixi, tamen pro limitatione facit lex quod si nolit. §. qui assidua, ff. de ædilitio ædicto, & ad text. in dicta leg. quæcunque, responde quod procedit in iis quæ solent fieri in aliquibus contractibus, nos autem in iis quæ solent fieri in omnibus dispositionibus, seu plærunque, tamen ad dictam leg. quod si nolat. potes respondere quod fundatur in alii causa præsumendi, prout ego dixi supra in secundo notabili, & non pertinet ad materiam nostram, item procedit in iis quæ solent fieri a disponente, & pendet ab eius uoluntate, ut præsumatur uoluisse apponere ea quæ ipse solitus est in dictis actibus apponere, unde hæc limitatio potest saluari in iis quæ solitus est disponens apponere, & potest ex suo arbitrio facere, sed in iis quæ non dependent ab eius arbitrio & a solo eius facto tunc non procedit, quia ut dicebat Ias. destrueret totam materiam.

158 Sexto limitatur † non procedere in faciente actum iudicialem, uel in interponẽte decretum, ut est tex. in l. ab ea parte. ff. de probationibus. & in l. ii. C. de officio ciuilium iudicum, & in c. sicut, & c. cum inter, de re iudicata, & c. in præsentia. de renuntia. sed Ias. dicit quod limitatio egeret longa & alta indagine, & difuse ponit hic Ale. post canonistas omnes in c. quoniam cõtra. de probatio. habetur in l. iuste possidet. ubi etiam dixi. ff. de acqui. possess. cum prope infinitis allegatis hic per Alex. & dependet ab alio articulo, an præsumatur pro sententia, ut quid si iudex in sentẽtia dixit, uisa citatione, libelli productione, litis contestatione, testibus, & probationibus, & toto processu, pronuntiamus & cetera, an credatur iudici. Bar. in l. actor. ff. de re iud. post spec. tenet quod sic, quando sententia est lata præsentibus partibus, idem Bar. in l. fi. infra quando appell. sit, & l. 1. C. de Rela-

de relationibus & Anto. de Butrio. in consi. 32. in quæsito prædicto, dixit hanc esse communem * opinionem, & sequitur consil. 72. sigillatim, & eam etiam dicit esse communem Crotus hic num. 31. & se consuluisse sæpius pro ea, sed nunc dicit contrarium, quia taciturnitas partium non potest ualidare iudicium nullum ex deffectu forte cui partes non possunt renuntiare. arg. eorum quæ hic dicit Bar. de notario, nec curandum est de authoritate iudicis, quia & ipse tenetur seruare ordinem iudiciarium, quod tamen dicit uerum si appellauit, sed si non appellauit, tunc dicit præsumi potest per capitu. cum inter de re iudicata, quo casu potest procedere communis * opinio. Decius autem in c. quoniam contra. de probatio super hoc articulo insistit nume. 50. 51. & 53. ubi refert omnes authoritates hic allegatas, & concludit distinguendo ut ibi per eum per unam columnam.

159 Sumam est † autem in proposito, quod aut iudex refert tantū modo factum suum, dicendo, uiso processu, uisa litis contestatione, citatione, & toto processu, ad finem ut appareat protulisse deliberate sententiam, & quod habuerit cognitionem cum maturitate totius litis, & creditur ei propter eius authoritatem, sicut etiam creditur notario referrenti factum suum in illo actu, & appellabitur solennitas enuntiata ab habente potestatem faciendi, & præsumetur si habuerit processum pœnes se ut eum potuerit uidere, si uero dixit, uiso libello & litis contestatione, ad finem demonstrandi quod illa acta interuenerunt in iudicio, & tunc sumus in casu dicti cap. quoniam contra, an credatur iudici asserenti acta iudiciaria facta fuisse, & ponitur ibi regula quod non creditur quando apparet in processu non fuisse posita, sed si non apparet processus præsumentur donec probetur contrarium, & si partes fuere præsentes & non appellauerunt præsumentur omnino ut transeat sententia in rem iudicatam, sed si fuit appellatum non præsumetur, propterea hæc limitatio an præsumatur solennitas in actis iudiciariis, uel acta iudiciaria interuenisse non est uera regulariter, sed solum potest procedere quando partes fuere præsentes & non appellauerunt, ut uidetur dicere Bar. in dicta leg. actor, & addit idem Decius an præsumatur pro laudo arbitri, & concludit quod sic, ac etiam an præsumatur pro laudo arbitratoris, & dicit quod sic, etiam quod sit deducta petitio ad arbitrium boni uiri, & ibi etiam addit quid de decreto, nec obstat ratio Croti hic, quia iudex non ualidat iudicium nullum seu processum nullum si poterit constare quod non interuenerint, sed nos credimus requisita interuenisse, ex quo partes fuere præsentes & non contradixerunt.

160 Septimo limitatur † non procedere in libello seu narratione libelli, in quo non est necesse allegare solennitates extrinsecas, quia quo ad sustentationem libellorum solennitates extrinsecæ præsumuntur, ideo si in libello quis dicat minorem uendidisse rem immobilem, licet non dicat cum authoritate tutoris & decreto iudiciis, tamen sustinetur libellus, & præsumitur solennitas extrinseca, Matthesil. in not. 12. allegat not. per Bar. in leg. prima. in principio. ff. de ed. & per Imo. & alios in cap. fi. de libell. oblatione. & Cuma. hic ante eos, & est ratio, quia opponere quod non interuenit solennitas illa, est opponere exceptiones peremptorias, quas non tenetur quis opponere in libello, sed postea in discursu post litis contestationem examinantur.

161 Octauo limitatur † non procedere quando iuratum fuit in ipso actu, dicendo, iurat omnia prædicta uera fuisse & esse, quia tunc solennitas extrinseca præsumitur c. quamuis de pact. in sex. Anto. de Butrio in c. si diligenti. de foro competenti. col. 9. Ias. tamen dicit quod indigeret longa distinctione, sed ego puto distinguendum, Aut enim notarius illas solennitates narrauit, & tunc propter iuramentum præsumuntur, quia illa uidentur dicta de consensu partium, ut infra per gloss. in fin. & iurando quod sint ueræ confitetur eas, & ex confessione tenetur quando potest renuntiare, ut ego dixi in tertia ampliatione, sed si non fuerunt narrata per notarium, neque per partes, ut in terminis nostris, tunc limitatio non est uera, eo quia iuramentum non refertur ad ea quæ non fuere dicta, ne omnia penitus uideatur iurasse, & sic in terminis non est uera.

162 Nono limitatur † non procedere in actu qui fit cum expensis, quia præsumitur facta expensa ab eo ad quem spectat onus Bar. in l. cum seruos. infra eodem. per l. secunda. C. de alimentis pupillo præstandis. Bal. in l. id quod pauperibus, in fi. C. de episcop. & cleri. & hic per Crotum, qui decidit quæstionem, quando testator mandauit construi ecclesiam ab hæredibus suis propriis expensis si reperitur edificata præsumitur facta ab illis qui tenebantur construere, & ideo illi reputabuntur patroni, ut decidit Abb. in consi. 550. incipiente Ser. Iacobus, quæ tamen limitatio non uidetur esse ad propositum, quia est potius præsumptio actus quam præsumptio solennitatis seu præsumptio personæ facientis, potest tamen saluari per multa alia quæ in sequenti quæstione mixtin allegantur.

163 Decimo † limitatur non procedere quando post scripturam factam uel actum celebratum lapsum est diuturnum tempus, nam solennitas extrinseca neque scripta neque enuntiata per diuturnitatem temporis præsumitur secundum Imol. Raphaelem, & Alexan. hic, per tex. in leg. si filius. C. de petitione hæreditа. & l. qui in aliena, in principio uer. sed si non adierit, ubi Angelus & Mod. multa decidunt. ff. de acquir. hæreditate, & tenent Hostiens. Ioannes And. & communiter * canonistæ in cap. Albericus, de testibus, & c. illud. de præsumptionibus, & ista est communis opinio ut attestatur hic Alex. & pro ea etiam allegatur tex. in cap. continebatur. in uerbo, & non post multum temporis, de iis quæ fiunt a prælato sine consensu capituli, & est glo. in cap. peruenit de emptio. & uenditione, quam ibi Abbas reputat menti tenendam, & idem Abb. in cap. ea noscitur. de iis quæ fiun. a præl. & Ioannes de Im. in l. 1. §. fin. ff. de aqua quoti. & estiu.

In contrarium tamen, quod imo ex diuturnitate temporis non præsumatur solennitas, facit doctrina

in dicto c. Albericus. in penul. col. de testibus; ubi tenet quod solennitas extrinseca non præsumatur etiā per tempus longissimum, nisi alia præsumptio concurrat, per dictam l. quæcunque. §. fi. & dictum cap. peruenit, & facit etiam tex. in c. significauit. de testibus, qui dixit in censu antiquo non præsumi authoritatem episcopi, & ibi notat Abb. in 2. notabili, & Ias. confirmat per Decisio. Bal. in l. 2. C. de legitimis hæredibus, qui uoluit quod ex diuturnitate temporis non præsumatur quod donatio fuerit insinuata ut debet insinuari de iure uel de consuetudine, item non præsumatur quod interuenerit præsentia duorum consanguineorum, quando statutum disponit, quod mulier non posit alienare sine consensu duorum consanguineorum, & sequitur Roma. hic, & Alex. in cons. 17. uiso instrumento locationis. 3. col. lib. quarto. & idem Alexan. in dicta l. cum aliena. in principio. Bal. & Saly. in dicta l. si filius, sed tamen postea ipsemet Bal. sibi contrarius. Ang. & Imo. in dicta leg. qui in aliena, in princi. & Ang. & Imo. hic, & Alexan. sibi contrarius in cons. 79. circa primum quo quæritur. lib. primo. Barba. in repetitione rub. C. qui admitti, per quas authoritates & infinitas alias quas adducit Craueta in tracta. suo. de antiqui. tempo. in 3. parte apparet quod articulus iste est diffusus, uarius & inuolutus, & nullus est qui non sibimet contradixerit, & uere est magnum pelagus & uastum mare.

164 Iason hic † tenet limitationem, quod præsumatur solennitas per diuturnitatem temporis per dicta quatuor iura, & per nouem decisiones a Docto. traditas in diuersis casibus, quas hic refert, & primo adducit cons. Aret. in cons. 36. casus talis præsupponitur, qui uoluit quod testamentum factum a cardinali ex antiquitate temporis præsumatur factum cum licentia Papæ.

Secundo adducit no. in c. illud de præsumptionibus, & Car. Flor. in c. requisiuisti, de testam. uolentis quod capitula & ecclesiæ fundatæ longo tempore præsumantur authoritate episcopi edificatæ.

Tertio adducit, quia clericus qui longo tempore possedit beneficium sciente & patiēte episcopo præsumitur rite institutus in beneficio, nec tenetur ostēdere titulum institutionis, ut per Bal. in l. siue possidetis, C. de probationibus. allegantem Inno. & Ioannem And. in d. c. illud, & sequitur Gemini. in c. ordinarii, tertia. col. de officio ordin. in 6.

Quarto adducit authoritatem Ancha. cons. 161. in quæstione ecclesiæ, ad finem, qui dixit, quod si clericus longo tempore possedit duas ecclesias incompatibiles scitu ac patiente superiore, præsumitur facta unio, licet non posit probari, sed tamen contrarium tenuit Bellamera. consilio. 10. col. 20. uersi. & dicas. & Abb. in cap. licet Heli. de simon. col. fi.

Quinto adducit Roma. cons. 152. pro decisione, in 3. dubio. qui uoluit, quod si est concessa alicui immunitas, qui longo tempore steterit in ea, præsumitur quod in tali concessione interuenerit solennitas consensus ciuium, per dictum c. ea noscitur.

Sexto adducit etiam Alex. in cons. 111. uiso & diligenter considerato, col. penul. lib. 4. qui uoluit, quod si emphyteuta alienauit rem emphyteuticam sciente & patiente domino præsumitur ex diuturnitate temporis eum consensisse, similiter si quis tenuit longo tempore rem tanquam emphyteuticā soluendo certum canonem, uel tenuit rem tanquam uassallus & non habet inuestituram, ex diuturnitate temporis præsumitur inuestitura interuenisse. cap. 1. qualiter olim feud. pot. aliena. glo. magna in l. 2. C. de iur. emphyteuti. cum concordantiis.

Septimo adduxit Alex. in cons. 79. circa primum de quo quæritur. col. 5. lib. 1. uolentē quod in alienationibus rerum immobilium ecclesiæ præsumatur tractatus & consensus capituli, per dictum cap. ea noscitur. & dictum cap. peruenit. cum glossa.

Octauo adducit gloss. in leg. penultima. ff. com. diuid. quæ uoluit quod socii per longum tempus tenentes rem diuisam præsumuntur eam diuisisse.

Nono adducit etiam tex. in dicta l. qui in aliena, ponderando eum aliter, nam de iure digestorum in danda decretali possessione requirebatur decretum & authoritas iudicis. l. 1. §. decretalis, de success. ædicto, & l. 3. §. causa cognita. ff. de bono. possessionibus, & tamen uult quod præsumatur illud decretum ex cursu temporis, per quem tex. etiam plus uoluit, quod præsumatur mandatum, quoniam filius familias non potest adire sine iussu patris. l. si quis mihi bona. §. iussum. ff. de acquir. hæreditate, & tamen præsumitur quod peruenerit, & reprehendit Alexand. hic dicentem quod per tempus mille annorum non præsumitur solennitas mandati, & allegat Bal. in l. 2. C. si ex falsis instrumentis, & tenet Alex. in dicto §. qui in aliena. & in cons. 1. lib. 4. nam dicit ipse quod eorum dicta confunduntur per dictum. §. sed & si non adierit, & ideo ipse concludit limitationem generaliter esse ueram quod ex diuturnitate temporis præsumitur solennitas non scripta neque enuntiata.

165 Sed tamen † eius decisio est nimis generalis, & est nimis durum dictum, quod ex cursu decem annorum præsumatur omnis solennitas extrinseca, & quod tot actus prohibiti uel tot iura loquentia de solennitatibus cum tanta facilitate reddantur elusoria, & non esset opus præscriptionibus longi uel longissimi temporis, & non possent allegari nullitates actuum, ita quod quasi tota materia iuris ciuilis per hanc limitationem uideatur destrui.

166 Quare † Craueta in dicto suo tracta. in 3. parte in terminis loquens de hac solennitate multa hinc inde allegauit ut prope infinitum numerum authoritatum hinc inde congregauerit inter se uarias contrarias & diuersas & plenas multis æquiuocationibus, ipse uero in effectu considerauit tres casus, unus est quando ultra longum tempus interuenit possessio uel quasi, & patientia & scientia illius de cuius præiudicio agitur, uel aliqua alia similis fortis præsumptio cumulata, & tunc uult quod solennitas præsumatur indistincte.

Secundum casum ponit quando non interuenit alia præsumptio, sed solus cursus temporis, & tunc dicit non præsumi solennitatem per cursum decem annorum quādo tractatur de magno præiudicio, sed bene dicit præsumi quando tractatur de paruo præiudicio,

iudicio,& dicit hoc probari per dictam l.si filius. C.de petitio.hæredita.ubi uoluit tractare de paruo præiudicio,& allegat ultra triginta authoritates dantes hunc intellectum illi tex.

Tertium posuit casum,quando lapsum fuit tempus 30.annorum,& tunc uoluit quod præsumatur solemnitas per tale longissimū tempus etiā quod nō cōcurrat alia præsumptio cum cursu temporis quam postea limitat multis modis,& refert quasi omnes limitationes Ias.hic, & immiscet etiam ea quæ dicuntur per docto.hic de solemnitate scripta uel enuntiata,quæ determinatio & ipsa imperfecta est & obscura & inuoluta & in multis partibus non uera & continens absurda.

167 Ideo pro resolutione † tantæ dubietatis aliqua prius considerare debes,& primo qualis sit intellectus istorum quinq; iurium supra allegatorū, in quibus solis doctores tantam machinam præsumptionis fundasse uidentur,& primo allegatur tex. in d.l.si filius.C.de peti.hæredita.ubi præsumitur agnitio bono.possessio.per cursum 10. annorū ex possessione ipsius filii,& per illum tex.doct. indistincte determinãt præsumptionem solemnitatis induci ex cursu temporis cū possessione,tamē postea ipsimet dicunt quod ille tex.loquitur de paruo præiudicio,& quod ibi nula interuenit possessio, & uoluerunt dicere quod ibi pater non possidebat,& tamen præsumitur actus ipsius patris, quia tractatur de paruo præiudicio,idest de rebus nō quæsitis,qui tamen intellectus nō est uerus,qm imo ibi tractatur de magno præiudicio patris&filii,&plus etiam patris,quia facta agnitione pater efficitur hæres & tenetur ad omnia onera hæreditaria,quod est maximum onus & prædicium,propter quā causam requiritur consensus suus & iussus.d.l.si quis mihi bona.§.iussum.& no.in l. j. C. qui admitti,& ideo nō requiritur in legato quod nō cōtinet præiudiciū.Item tractatur de maximo præiudicio in priuatione,quia si non esset agnita hæreditas priuaretur cōmodo hereditatis,& possessio filii ibi in effectu est possessio patris,quia est una & eadem persona.§.ii uero.insti.de inut.stip. & lucrum & cōmodum propter spem successionis uidetur æquale, & propterea nō potest dici quod ibi non sit possessio patris plene, neque quod tractetur de paruo præiudicio,sed tamen dum doct, postea prætendentes ꝙ ibi sit magnū præiudiciū, uolunt omnes casus per illum tex.determinari,nō bene loquuntur,quia ibi est casus spetialis in quo multa concurrunt.nam primo interueniebat titulus testamenti acquisitiuus utriq;, item erat possessio ex causa illius tituli.item& tertio actus qui præsumitur dependebat a mera uoluntate ipsius filii & ipsius patris,& erat facillimus,cū tractetur ibi de sola aditione nō de bonorū possessione, qa dicit agnita hæreditate.&dictus.§.si non adierit. loquitur etiā de aditione sola.Item ibi ex minimo facto inducitur uere aditio,l.pro hærede.ff.de acqui.hæred.nimirum ergo si præsumitur aditio, & acquisitio facta utrique ex continuata possessione afferendo hæredi ab intestato solā spem, & eadem omnia cōsiderāda sunt in d.§.sed si non adierit.in quo nō est uerum quod requiratur decretū, cū tractetur de sola aditione,& non de petitione bonorū possessionis,imo pōt dici quod nec ēt in d.l.si filius.tractetur de agnitione bonorū possessionis,cum nullū uerbū de ea ponatur,& solū dicatur ꝙ est agnita hæreditas,idest adita,& propterea apparet quod illa iura nō probãt tantā machinā præsumptionū in oībus casibus prout ea allegãt doct.sed tm̄modo probãt de casu specialissimo,qñ interuenit longa possessio eorum quibus cōmodum hæreditatis erat quærendū, & actus acquisitionis cum sna solemnitate dependebat a sola uoluntate ipsorū possidentiū,quæ uoluntas faciliter demōstratur ex longa possessione quamuis sint duæ personæ, tamen non interest quis possideat,cum habeantur pro una,quoniam acquisitio tota ueniebat fienda in persona utriusque.

168 Similiter doct.allegãt†tex. in l. cum de in rem uerso.ff.de usur.qui nō ꝓbat nisi de uno casu spetialissimo,qñ aliquis de suo quolibet anno soluit usuras,repetendo semper causam debiti principalis,quod debitū dependet a mera uoluntate,uel a sola cōfessione soluentis dictas annuas usuras,quę uoluntas per tantā multiplicatā repetitionē faciliter cognoscitur,& hãc specialē causam dicūt esse doct.in d.l.cū de in rē uerso.ff.de usur.& in l.si certis annis.C.de pact.ubi dixi,& cū a mera uolūtate istorū dependeat actus,in dictis duob. casib.inducitur actus nouus cū solemnitate requisita.Item doct.allegant tex.in d.c.cōtinebatur.qui nihil facit ꝓut ibi declarat glo.quia ipsa dicit quod narratur contingentia facti,nō autem quod possit argumentari a contrario sensu quod præsumatur cōsensus capituli.

169 †Item tex.in d.ca.peruenit de emptio.& uen.nihil facit, attēto quod ibi maritus uēdiderat rem donatā uxori, & quæ erat estecta ipsius,& tex. ibi dicit quod uxor pręstiterat expressum consensum.unde non potest dici quod præsumatur consensus qui iam expresse præstitus erat, sed solum dubitatio erat an potuerit consentire alienationi ipsius rei, & determinatur ex illis rationibus quod illa emptrix præscripserat eā, & sic tex. loquiť de præscriptione acquisitiua iuris alieni,nōautem de pręscriptione solemnitatis ualidãtis actū,ideo apparet quod doct.hanc suam tā generalem conclusionem non bene fundauerunt, & quod iure aliquo efficaciter non probatur.

170 Propterea†pro resolutione omniū, & elucidatione confusionū, constituendi sunt septem casus spetiales.Primus casus est,qñ aliquis cōcessit rem alienā,quo casu nō pōt aliqua solemnitas præsumi ut ualidetur actus in præiudicium domini,sed solū potest ipse priuari suo utili dominio per pręscriptionē uariorū temporū secundū quod subiecta materia reqrit, unde iste casus nō pertinet ad materiā nostrā,sed solū pertinet ad materiā præscriptionū,quāto tpe fieri pōt, & præsumptiones interuenientes in ea respiciunt qualitates necessarias ad ṕscribendū,an sit titulus,& bona fides, & possessio cōtinuata,&cæt.quæ no.insti.de usucap. p totū.& in l.celsus.ff.de arbi.ideo de hac præsumptione recurrendum est ad notata in dict.l. celsus.

& non potest iuuari ex materia legis nostræ,& ita procedit tex.in cap.peruenit.de emptione & uen, qui male allegatur hic per docto.

171 Secundus casus est † ubicunq; aliquis cócessit rē ,ppriā,uel eā cuius habet administrationē, in qua cócessione requiruntur multę qualitates ad pficiē dū & ualidādū actū,& iste proprie casus pertinet ad materiā nostrā, an iste qualitates præsumātur pro perfectione actus,& tunc si lapsum est tempus cuius initii memoria nō extat, oēs conueniunt ꝙ præsumitur solemnitas omnis necessaria.imo totus actus cū sua solemnitate,quia illud tēpus habet uim cócessionis.l.hoc iure.§.ductus aquę.ff.de aqua quot.& esti. ca. super quibusdā. §. præterea. ex.de uerb.signifi.cum suis concordan.

172 Tertius casus est†ubicunq; casus est prohibitus a lege,& nō pōt fieri nisi interueniat dispensatio superioris,qui casus etiā per doct. hic cóprehenditur,dubitātes an ex cursu temporis pręsumatur dispensatio,tñ uere habet materiā separatā ,quia dispensatio nihil aliud est nisi quædā correctio legis quā facit superior aliquādo ex ordinaria potestate aliquando ex absoluta, de qua habetur in ca.proposuit,de cócessione præben.& in ca. At si clerici.§.de adulteriis.ex.de iudi.In quo doct. hic uidentur pſupponere, ꝙ inducatur præsumptio p cursum decem annor.dū Ias.allegat doctrinā Bal. in l.siue possidetis.C.de proba.in uersi. Tertio facit & Petrū de Ancha.in consi.161.ad finē. & uoluit Cra.in d,3.par.in.j.casu.imo plus uoluit, ꝙ sine aliquo adminiculo inducatur præsumptio dispensationis ex cursu 30.anno. tamen in cōrrariū est doctrina Bellameræ in consi.10.col.20.uersi.& dicas.& Abb.in cap.licet Heli.de simonia. col. fi, quem uidetur sequi Cra.in d.3.par. nu. 20,

173 Et clarius quā†ipse faciat dicas,quod aut dispēsatio pertinet ad solū ordinariū,& ille sciens&patiens eū agere casum prohibitū permittendo tā lōgo tempore stare præsumitur dispensatio, ut si ordinasset aliquē in clericū sciēs habere defectū, & alia similia fecerit de quibus in d. §. de adulteriis.uidetur per tam longum tempus dispensasse, & si uideat clericum possidentem beneficiū quod posit ipse conferre,poterit præsumi concessio ex cursu tēporis,saltē ad finem ut nō teneatur ostendere titulum si conuenitur ad eum solum ostendendum,sed si conueniretur directo ad restitutionem,tunc illa præsumptio non prodesset si nō probaret titulum uerum.

174 Sed si dispensatio†pertinet ad Papā, ut est clericus retineat duo beneficia incōpatibilia.iux.ca. de multa.de præbend.& tunc ex cursu tēporis nulla posset induci præsumptio,neq; per 10.neq; per 30.annos, quoniā cursus temporis de se nihil operatur,ut habetur in l.cum de in rē uerso.ff. de usu. & in d.l.si certis annis.Ideo requiritur adminiculum aliud,quod sit in possessione rei sciente & patiente superiore,per quam posit causari uolūtas tacita dispensandi,& cum Papa ignoret hunc priuatum habere beneficia incompatibilia atque possidere non potest induci aliqua præsumpta uoluntas dispensandi.

Et idem erit si duo contraxerunt matrimoniū in gradu prohibito,nam cum requiratur dispensatio solius Papæ qui hæc ignorat,& continuo habitantes non uidit,non potest induci aliqua uolūtas dispensandi,cum illā requirat causam, & cum sit correctio iuris Diuini,uix ei ex absoluta potestate est concessa,ut no.in dicto cap.proposuit.de præbend. ideo non præsumeť neq; per. 30. neque per 100.annos & ultra,& nullo iure, ꝙ hæc præsumptio fieri possit,probatur,solum autē poterit tollerari hęc præsumptio si commisit ordinario expresse ut habita informatione dispenset,nam cū ordinarius tunc habeat potestatem,& uideat quotidie simul morari in peccato,nō molestando eos, poterimus dicere quod præsumetur dispensatio saltem ad finē ut filii possint appellari legitimi, item qa ordinarius uidit eos morari in peccato, & non prohibet eos,poterit induci quędam larga præsumptio quod ipsi fuerit dictū impetratam dispensationē,seu quod uiderit.unde inducetur quędam bona fides pœnes populū, ut credant eos dispensatos,tamen nō proderit quantū ad legitimationē filiorū,& quātū ad mouendū eos a peccato.

175 Et sic cóclusio†fienda est cōtra intentionem docto.ꝙ solemnitas dispensationis regulariter non præsumatur. cū sit correctio legis,etiā per 100. annos,atq; etiā quod interuenerit possesio,quia peccata quantū diutiora tm̄ grauiora sunt.ca.fi.de cósuetudi.& ca.nō debet.de consangui.& affi. Fallit ubicunq; dispensatio pertinet ad solum ordinarium,qui per continuationem actus longo tempore præsumetur consensisse & dispensationem fecisse,prout uoluit Abb.in d,ca. licet Heli.

176 Quartus casus est,ubicunque actus non est prohibitus ut sit necessaria dispensatio sed solū ad sui ualiditatem requirit certas solemnitates, & tunc siquidem ille actus dependet a mera uolūtate possidentis,& cum facilitate hæc uoluntas inducatur præsumitur nedum solemnitas , sed etiam ipse actus cū solemnitate:d.l.si filius.C.de petitio.hæredi.& l.qui in aliena.§.sed si non adierit.de acq. hæredita.quæ proprie loquuntur in iis terminis. & per eas determinatur dictum glo.in l.pe.C.cómuni diuidundo , de fratrib. possidentibus bona communia pro diuiso,quoniam diuisio dependet ab eorum mera uoluntate, sed tamen alia exēpla posita hic per Ias.non possunt per illa iura determinari,quoniam sunt in diuersis terminis, & ex diuersis non fit illatio.

177 Et illud † exemplū de insinuatione donationis positū p Bal.in l.2.C.de legi.hæred.pōt pro parte determinari,& ,p parte nō,nā qn̄ donatio est facta ultra quingentos solidos si donatarius moratur in possessione per 10.annos sciente,&patiente donanre tūc inducetur præsumptio insinuationis in solū præiudiciū donātis , quia hoc dependebat a sola uolūtatę ipsius.per d.l.si filius.sed si tractatur de pręiudicio creditorum,prout requiritur in hoc Regno Siciliæ,ut donatio sit insinuata infra tres dies pœnes bancam iuratorum,& tunc etiam quod moretur in possessione , non præsumetur insinuatio in præiudiciū creditorū etiā per cursum

30.uel

30. uel 40. annor. quoniam ipsi non possunt habere notitiam illius donationis plenam ut uideantur ipsi consentire ut fiat. Propterea concludendũ est, quod in Regno Siciliæ in præiudicium creditorum nunquam præsumetur insinuatio etiam interueniente possessione, quoniam nullo iure probatur de hac præsumptione.

178 Quintus † casus est, ubicunque aliquis de suo soluit annuas usuras de actu dependente a mera uoluntate sua, & tunc ex cursu temporis præsumitur iste actus per multiplicatam solutionem usurarũ inductus ex propria uoluntate, ut habetur in l. cũ de in rem uerso. ff. de usur. & d. l. si certis annis. C. de pact. qui tamen habet suam spetialem materiã, & per eum non possunt determinari exempla posita hic per Ias. nisi unum positum in uersi. Sexto qñ aliquis longo tempore tenuit rem tanquam emphyteuticam, & soluit censum de ea uel debitũ canonem, uel tanquam uasallus qui non habet inuestituram, nam tunc ex diuturnitate temporis præsumetur inuestitura interuenisse, quia dependet a sola uoluntate ipsius recipientis canonem uel censum. arg. d. l. cum de in rem uerso. & est tex. in ca. j. qualiter olim feudum poterat aliena. glo. magna in l. 2. C. de iur. emphyte. cũ cõcor. positis ibi p Ias.

179 Sextus casus † est, ubicunq; nos sumus in iis quæ non dependent a uoluntate possidentiũ & facientium actum, sed requiritur solemnitas per aliam personam fienda, & tunc regula est constituenda, quod illa solemnitas non præsumitur neque per cursum decem, neque per uiginti, neq; per 30. annos, quia nullo iure probatur, & nos sumus in regula generali, quod solemnitas extrinseca non præsumitur, nam possessio istius non facit quod præsumatur solemnitas facta a tertio. & ideo facta cõcessione ab Abbate uel Abbatissa nunquam inducetur præsumptio consensus, quia nullo iure probatur & habetur in d. c. ea nascitur. secundum uerũ intellectum, quia dum tex. dicit ibi quod debet intelligi cum consensu capituli, nõ refertur ad præsentationem factam, sed refertur ad donationem factam de iure patrona. ipsi ecclesiæ, ut semper intelligatur facta quod prælatus solus nõ possit præsentare, sed quod debeat interuenire cõsensus capituli, & ideo non dicit quod si prælatus præsentauit sine cõsensu capituli quod ex lõgo tempore præsumatur, q̃a imo nõ præsumetur, & in hoc non bene dixit Ias. hic, & tãto fortius procedet in alienationibus rerũ immobiliũ ecclesiæ facta a p̃lato, quia nõ præsumetur cõsensus capituli quãuis trãsierit longũ tempus, quicquid dicat Alex. cõsi. 79. lib j. qui se fundat in d. c. peruenit, quod nõ ꝓbat & in d. ca. ea noscitur. quod non probat, ut dixi, & idem eueniet si concessa fuerit immunitas alicui ut præsumatur consensus ciuium & uniuersitatis, qñ non dependet a mera uoluntate concedentis, & actus tertii ex cursu nõ præsumitur, & multa alia similia exẽpla poteris habere ꝑ no. ꝑ Fely. in c. sicut. de re iud. & Craue. in d. 3. parte.

180 Septimus casus est † ubicunq; solemnitas debet interuenire, cui partes non possunt renuntiare, in qua etiam Abb. hic determinat quod præsumitur ex cursu lõgi temporis, uolens quod cõtra ecclesiã præsumatur in alienatione rei suæ, & quod præsumatur consensus consanguineorũ si mulier alienauit sine cõsensu eorũ requisito a statuto, iux. di. Bal. & Ang. in d. l. qui in aliena, & hic, & Ale. in cõsi. 79. in j. uol. reprehẽdendo Bal. in d. l. 2. C. de leg. hæred. qui fuit sibi contrarius. & Crau. in d. tracta. uoluit quod saltem præsumatur per 30. annos etiã nulla interueniente possessione, sed tamen uerior est opinio Bal. in dicta l. ij. C. de leg. hæredi. quod imo non præsumatur etiam per longissimum tẽpus, quam etiam tenuit Dec. in consi. 442. colu. 4. in fi. quẽ refert Craue. in d. 3. par. nu. 25. & licet dicat quod illa opinio destruit totã theoricam suã, tamẽ uera est eius decisio, quoniã si quãdo est enũtiata per notarium non probatur, quia partes nõ possunt renũtiare, ut nos uidimus in alia regula affirmatiua, tantominus præsumetur quãdo nõ fuit enuntiata, quoniam consensum tacitũ tales personæ dare non possunt, cum illi solemnitati renũtiari non possit, unde ex hac decisione confirmatur dicta regula quam ego posui quod solemnitas extrinseca non præsumitur ex cursu temporis etiam interuenientibus aliquibus adminiculis.

181 Quare † omnia colligendo, facias regulam contrariam decisioni doct. & dicas, quod solemnitas extrinseca nõ præsumitur ex cursu temporis neq; decem neq; 20. neq; 30. neq; 100. annor. quæ conclusio omnimodo procedit ubicunq; interuenit cursus temporis solus sine alio adminiculo, sed ẽt procedit interueniente diutina possessione & adminiculo quando non dependet a uoluntate possidentis, Et ampliatur procedere etiã quod sit enũtiata a notario si partes ei renuntiare nõ possunt, & cõfirmatur hæc regula ex oĩbus limitationibus traditis per Cra. in d. 3. par. quæ continentur sub hac regula, quoniam contraria nullo iure probari potest, & fortius procedit ubicunq; actus est prohibitus, & est necessaria dispositio.

Limitatur nõ procedere qñ lapsum est tẽpus cuius initii memoria nõ extat. d. l. hoc iure. §. ductos aquæ. & c. super quibusdã. §. præterea. cũ materia de uerb. signi. Secũdo limitatur nõ procedere in casu. l. cũ de in rem uerso. ff. de usu. cũ sua materia. Tertio limitatur nõ procedere in casu. l. cũ filius. de peti. hæred. qñ interuenit possessio eorum qui possunt ex proprio arbitrio actũ, & solemnitatem perficere, & facit tex. in l. si uero nõ remunerãdi. §. si passus, & l. qui patitur. ff. man. Quarto limitatur non procedere quando dispensatio dependet ab ordinario qui fuit præsens lõgæ possessioni & tacuit, iux. no. in d. c. At si clerici. §. de adulteriis. ex. de iudi. & per Ab. in d. c. licet Heli. in fi. ex. de simonia. Quinto limitatur quantũ ad inducendam quandã bonã fidem ut uideatur ipse in bona fide, & ut non cogatur ostendere titulum concessionis suæ quando ad eum solum conuenitur, quæ no. & super iis bene cogita, quoniam articulus est difficilis ualde & inuolutus, & ex dictis habes additum ad inueniendam plenam resolutionem.

182 Successiue † q̃rit Bar. ꝑ declaratione huius materiæ de aliq̃bus q̃stionibus spetialib. cõtingẽtib. &

primo quærit post glo. an si & pupillus se obligauit, quo casu non tenetur ciuiliter. l. 3. in fi. ff. com mod. & §. item iis. insti. quib. mod. re contrahi. obl, si tamen ipse iurauit, & est doli capax, contractus ualidatur per iuramentũ. authentica sacra. puber. C. si aduersus uenditio. secundũ communem intellectũ, & si est maior pubertate minor tamen uiginti quinq; annis magis confirmatur contractus, & in casibus in quibus est nullus, ualidatur, ut ibidẽ etiam no. an si eueniat quod minor fecerit contractũ, & nõ appareat an ipse iurauerit, an præsumatur iurasse ad finem ut contractus censeat ualidus in totum, & glo. hic determinat ꝙ non, quia hæc est solẽnitas extrinseca q̃ nõ p̃sumitur nisi sit scripta, ut sup. dictũ fuit, & sequunt̃ communiter* doc.

Item etiã quærit quid si mulier intercessit pro alio, quo casu licet obligetur, tñ põt se iuuare Velleiano. l. j. ff. ad Velle. si tñ renuntiauit Velleia. & certiorata fuit, tunc obligatur efficaciter. l. fi. §. fi. ff. ad Velle. dubitatur an si in instrumento reperiatur, ꝙ ipsa fideiussit tm̃, an præsumatur renũtiasse Velleiano ut ualida efficiatur obligatio, & respondet similiter ꝙ nõ, quia hæc est solemnitas extrinseca quæ nõ præsumitur, d. l. quæcunq;. §. fi. de publicia. actione, quia non est certiorata, sed nec etiã præsumatur certioratio si forsan scripta esset renũtiatio, & has cõclusiones sequit̃ Bar. hic, ꝑ rationem, q̃a iste personæ p̃sumũtur ignorare, & nemo præsumitur renuntiare iuri ꝙ ignorat sibi competere. l. mater decedens. in fi. sup. de inoffi. testam.

183 Ex quibus dictis†colliguntur aliquæ cõclusiones, & prima est quæ respicit intellectũ d. l. quecũque. §. fi. quod ille tex. procedit in personis priuilegiatis, ut in pupillo, minore, & muliere, in quibus non præsumitur solemnitas in eorum damnum. Vnde restat dubitatio an ille tex. recte fuerit allegatus ad probandum generalem conclusionem, quod solemnitas extrinseca indistincte nõ præsumatur, cũ loquatur in casu speciali, & certe si quis disputatiue uellet tenere regulam cõtrariã, quod semper præsumatur, faciliter posset euitare illum tex. cũ nõ appareat ꝙ ibi prolatũ fuerit uerbũ (uẽdidisse) ut sup. dictũ fuit, & quia ille tex. loquitur de pupillo & personis priuilegiatis, ne præsumatur in eorũ damnũ, tamen quia si faceremus hanc conclusionem sequerẽtur multa incõueniẽtia, propterea doct. inclinauerunt in hãc partem, quod solemnitas extrinseca non præsumatur, & ita generaliter intellexerunt dictũ. §. fi. magis cõsiderãdo rationem quã exemplũ ibi positũ, & hanc partem etiam supra approbauimus, ex quo infertur alia ampliatio ad illum tex. ut procedat etiam in priuilegiatis personis, ut non præsumatur solemnitas in eorum fauorem, considerando rationem, & non exempla, quamuis uideamus quod in fauorẽ sui authoritas tutoris non requiratur. §. j. insti. de autho. tuto. & l. Iulianus. §. si quis a pupillo. sup. de actio. emp. tamen hæc opinio cõmunis generaliter teneri debet ut euitentur multæ difficultates.

184 Sed tunc†potest dubitari, utrum per cursum tẽporis talis solemnitas præsumatur, ut mulier uideatur renuntiasse Velleiano, & minor uideatur iurasse. Ias. sup. uidetur cõcludere quod sic, dũ reprehendit Bal. in l. 2. C. de legiti. hæredib. qui uolebat quod stante statuto ut mulier nõ possit contrahere sine consensu cõsanguineorũ, quod nunquã præsumeretur ille cõsensus, tamen Ias. tenuit cõtrariũ quod imo præsumatur ex cursu decẽ annorũ per authoritatẽ eiusdem Bal. sibi cõtrarii in l. qui in aliena. in princ. ff. de acqui. hæred. & Ang. & Imo. ibi & hic, & Alex. in consi. 79. in 1. uolu. & Barb. in repetitione rub C. qui admitti. col. 3. ego autem sup. tenui cõtrarium, quod imo non præsumatur etiam per cursum 30. annor. quia hæc solẽnitas nõ dependet a facto suo, sed requirit etiam factum alterius, uel etiam præsumitur ignorare, quæ præsumptio semper durat, & in terminis tenuit Deci. in consil. 442. quia si expresse notarius scriberet has solemnitates quæ non possunt tunc temporis interuenire, non creditur tali scripturæ, quia non possunt renuntiare. per l. doli, §. diuersum. ff. de nouatio. & l. de tutela. cum glo. C. de in integrum restitutio. mino. ideo habes hic ampliationem ad istam glo. ut procedat nedum de præsenti, ut nõ præsumatur hæc solemnitas, sed quod nec etiam ex cursu temporis præsumatur.

185 Sed dum†glo. hic & Bar. concludunt quod non præsumitur mulier renuntiare, & quando renuntiauit non præsumitur certificata nisi hoc scriptum fuerit in instrumento. Limitatur non procedere ubicunque mulier iurauit obseruare suã promissionem, per tex. in ca. ex rescripto. ex. de iureiu. ubi mulier & maritus intercesserant pro Abbate, & iurauerãt obseruare, & tex. ex hoc solo uult quod possit cogi, & etiã debeat ab ingressu ecclesiæ impediri, unde iste tex. probat duo, unũ quod sufficit iuramentum etiam quod nõ renuntiauerit, aliud quod si renũtiasset & iurasset præsumeretur certioratio, & ista est communis intelligentia ad illum tex. nã licet aliqui dicerent quod præsupponitur in tex. eã fideiussisse secũdum regulas iuris, & ideo renuntiasse uelleiano. respondetur quod est diuinare, & licet alii dicerent quod ibi non fuit opposita exceptio Velleiani, & si fuisset opposita se potuisset iuuare, similiter dicitur quod est diuinare. * Vnde docto. ibi communiter* & in cap. cum cõtingat. de iureiur. tenent quod ex hoc solo si mulier iurauerit obseruare efficaciter obligetur, & hanc exceptionem Velleiani tollat uirtus iuramenti, & ualidet ipsum contractum.

186 Quã tñ†cõem conclusionem Bar. postea limitabat procedere qñ in instrumento essent appositi tres testes qui manu propria se subscripsissent, sed si deficeret hæc solemnitas instrumentũ in totum remaneret nullũ. ꝑ l. antiquæ. §. ne aũt. C. ad Velle. qui ulterius processit, dicendo qđ contractus habeatur pro nõ facto. iux. no. in l. non dubium. C. de legi. tamen hãc limitationem seu restrictionẽ Bal. etiam reprehendit Ias. hic per doctrinam Bar. in dicta le. antiquæ, §. ne autem. qui expresse uoluit, quod iuramentum ualeat etiam quod non interueniant illi tres testes qui se subscribant, quando mulier iurauit, uel cũ iuramẽto renuntiauit Velleiano, quia etiam seruabitur cõtractus & iuramẽtum,

tum, propter rationem positam in cap. cum cōtingat. de iureiur. & solum ille tex. potest procedere non interposito iuramento. quinimo etiam dicit Ias. nec etiã in Lombardia nullo apposito iuramẽto necessaria erit subscriptio testium, qm̃ de consuetudine non seruatur & recessit ab aula.

Et sic habes ꝙ iuramentum tria operatur. Primo tollit solemnitatem illorũ triũtestiũ. Secundo tollit necessitatem certiorationis. Tertio tollit ẽt uirtutem Velleiani, ut nõ attendatur, & est ratio, quia iuramentũ seruandũ est omnino qñ põt seruari sine interitu salutis eternæ, non habito respectu ad solemnitates ciuiles, seu quod cõtractus sit contra bonos mores ciuiles, sed iuramentum oẽs cõtractus cõtra ꝓhibitiones ciuiles ualidat, ideo ualidat contractum pupilli si est doli capax, ualidat donationem inter uirum & uxorem, item donationem inter patrem & filium in potestate, & alienationem factã a muliere de re dotali, & alios similes contractus per bonos mores ciuiles reprobatos, ut communiter * concludunt in dicta authentica sacramenta pube. & in d. cap. cum cõtingat. de iureiur. & quamuis omnes isti articuli sint difficiles & ualde dubii, & doct. inter se diuersi uarii & contrarii ut uix possit apparere quæ sit magis communis opinio, tamen in practica seruaretur ut hodie omnes dicti contractus ualeant ex uirtute iuramenti.

187 In Regno† autem Neapolitano ista non passim obseruantur, qm̃ subscriptio triũ testiũ nedũ est necessaria in obligatione mulieris, d. l. antiquæ. in §. ne autem. sed etiã in omnibus aliis contractibus in qbus seruatur tex. in. §. si quis uult caute deponere. in auth. de instrumẽtorum cautela & fid. per constitutionem spetialem incipientem, instrumentorum robur. & mandantem quod in cõtractibus debeat interuenire iudex cartularius separatus a notario qui se subscribat, in tantum quod si unus esset mortuus antequã esset authẽticatũ instrumẽtum, non posset notarius amplius authenticare sine licentia data a sacro consilio, uel haberet spetiale priuilegium a Rege.

188 Plus etiam† in dicto Reg. dispositum fuit, quod uirtus Velleiani in omnibus seruetur, & quod iuramentum nihil noui afferat sed seruetur ius ciuile in totum, sicut si non esset appositum iuramentũ per nouam pragmaticam editam, quæ uoluit mulieres non posse obligari pro maritis & aliis, quia compertum fuit quod unus nobilis propter hanc causam cum uerberibus interfecit uxorem suam, unde cum iuramentum esset iniquitatis uinculum, potuit lex ciuilis mandare quod non seruaretur, ut habetur ꝑ Bar. in l. omnes populi, in 3. quæstio. principa. ff. de iusti. & iur. & plus imposita fuit pœna notariis priuationis officii talia instrumẽta scribentibus sine expressa licentia consilii collateralis, hæc tamen non fuere recepta in Regno Siciliæ, sed in eo seruatur usus Lombordiæ, ut nunquam subscriptio testium sit necessaria, & iuramenti uirtus in omnibus seruetur, ut hic dicunt communiter* doct.

189 Et hæc uolui† referre ut appareret quod nõ passim credendum est doctoribus asserentibus de cõsuetudine aliquid seruari, quia multi credũt quod totus mundus regatur secundum suam prouintiã, & in plærisque decipiuntur, & regula doctorũ posita in l. de quibus. ff. de legibus, quod creditur doctori excellenti attestanti de consuetudine habet locum quando ipse habitauit in uariis prouintiis. & uidit multorum mores sudauit & alsit, illis uero qui nunquam exierunt prouintias suas nulla fides adhibenda est.

190 Sed quoniam† practica notariorum est ad tollẽdas omnes difficultates, quod ipsi scribunt mulierem renuntiasse Velleiano cum iuramento, atque etiam addunt quod ipsi certiorauerunt dictã mulierem de hoc remedio Velleiani, dubium est modo an credatur ipsi notario asserenti se dictã mulierem certiorasse de beneficio Velleiani, Alexan. hic insistit super hoc, adducendo uarias authoritates, & primo adducit Federicum de Senis in cõsil. 187. quæritur an domina Margarita, qui tenet quod non creditur ei, quoniam ipse est tanquam testis in facto proprio & nemini in facto proprio creditur. l. in omnibus. C. de testibus. & l. nullus. ff. de testibus.

Secundo, quia notarius non potest facere publicam scripturam nisi de eo quod rogatus fuit a partibus. §. nos uero. in auth. de testib. quæ rogatio nõ uidetur cadere in narratione facti proprii, & hanc opinionem sequuntur doct. quos Alex. hic allegat, & ipse tenuit in consi. pe. & consi. fi. lib. 1. & consi. 85. in fi. lib. 2.

191 Contrariam† tamen opinionem, quod imo notario credatur, tenuit Ang. hic in repetitione, & Imo. in cap. cum contingat. col. fi. de iureiur. Vero. cautela 249. & est de mente Fulgo. in l. fi. §. si mulier. ad Velleia. & hanc opinionem approbat Ale. ꝗ mouetur ratione illa, quod creditur officiali attestanti id in quo uersatur officium suum & respicit commodum alterius & non suum, ut per Bar. in l. si librarius. infr. de reg. iur. sicut etiam creditur nuntio referrenti se citasse, ut infra dicetur, & addit, quod dictum Federici de Senis limitatur per illam rationem.

192 Crotus nero† hic tenet opinionem Federi. allegans Ioannem And. in titulo de instrumentorum editione. §. restat uidere. uersi. quid si tabellio. in aditione incipiente. audierit. qui dicit quod nõ sufficit notarium intellexisse nisi fuerit rogatus, & quod uisus & auditus ꝓprie competunt notario, & ad rationem Alex. respondet negando quod hæc certioratio sit de officio notarii, quia ad eum spectat apponere in instrumento annos domini, indictiones, & alias solemnitates sine quib. instrumentũ redditur nullũ, nõ autem certificare mulierem uel minorem, ut per Bar. in d. l. si librarius, & quãuis in effectu iste contractus redderetur nullus, tñ est per accidens, nõ autem ex propria natura cõtractus, ut per Bar. in l. si quis legatum. infra de falsis. cum aliis adductis hic per eum latius.

193 Sed ego puto† opinionem cõem * ueriorem esse quod imo credatur notario, per ea quæ supra dixi in intellectu istius tex. ut procedat quãdo nota

rius scripsit se fideiussisse, Nā ibi narrat factū suū, & tamen creditur ei, & fuit ampliatum procedere etiam quod scribat aliquid respiciens fauorē suū, ergo fortius procedet etiam quando scripsit factū suum circa utilitatem partium & respiciens perfectionem contractus, item uerum est quod hoc pertinet ad officium suum ut aduertat partes de iuribus suis, & quomodo cōtractus perficere debeant, sufficit enim quod tangat instrumentū quod principaliter pertinet ad officium suum, propterea ipse nō est testis simplex sed est homo auctorizatus scribēs, qui etiam rogari potest a partibus, & probabitur rogatus a parte ex hoc solo quod scribit prædicta omnia & singula rogatus scripsi, ideo interuenient omnia necessaria ad perfectionem scripturæ publicæ in illo actu, & ita tenendum est.

194 Sed tunc† succedit aliud dubium, quid si mulier negauit se certioratā fuisse, & ut appareret implorauit officium iudicis ut interogaret notarium, ut euelleret ueritatem interrogauit quid est Velleianum, & ipse nesciuit respondere, uel extra propositum respondit. Alberi. hic, & in dict. l. fi. dicit se alias obtinuisse quod nō ualeret talis certificatio, ex eo quia non potuit declarare mulieri illud ꝙ ipse ignorauit, & nunc apparet quod non certiorauit eam, & per consequens ignara renuntiauit. Fulgo. uero quem male refert hic Alex. & ipse Alex. tenent ꝙ imo contractus ualeat, quoniam statim quod notarius scripsit se certiorasse ualidatus fuit contractus & acquisitum fuit ius parti quod postea ex accidenti tolli non potest. l. fi. ff. de pactis. allegat no. per Bar. in l. eos. C. de falsis. & l. si quis in graui. §. j. ff. ad Sylleianum qui uoluit quod si testis aliquid deposuit in uita etiam in causa criminali si in articulo mortis confitetur se deposuisse falsum. & de iudice dicente in confessione se iniquam sententiam tulisse, non impeditur ualiditas actus, & facit dictum Specu. in tit. de instrume. editio. §. postremo. uersi. sed nunquid. & sequitur Pau. de Cast. in l. Seia. supra ad uelleianum. Qui uoluit,

195 quod† confessio notarii dicentis se fecisse falsum instrumentum non præiudicat parti, ergo nec etiā quod appareat nunc notarium ignorasse non debet impediri ualiditas instrumenti.

Crotus tamen hic uidetur tenere opinionem Alberi. ex eo quia ubicunque una confessio facta fuit in iudicio cum iuramento præualet alteri quæ extra iudicium facta fuit sine iuramento. & ideo cū notarius in instrumento testificetur sine iuramento, & postea in iudicio cum iuramento dixerit se nescire quid esset uelleianum, debet credi magis huic ultimæ in iudicio factæ quā primæ, per no. in l. j. in fi. ff. ad l. Iuliam repetund. & ideo datur responsio ad no. in dicta. l. eos. quod procedunt quādo prima deposito fuit facta in iudicio cum iuramento. Secunda uero fuit extra iudicium & sine iuramento, merito prima præualet, sed ipsimet doc. fatentur quod si prima deposito fuisset uel confessio sine iuramento & extra iudicium quod deberet præferri secunda primæ, & sic opinio Alberic. uidetur esse uerior, & pro hac opinione facit, quia non uidetur uerum quod sit acquisitum ius parti, quoniam si non fuit certioratio, renuntiatio non ualet, & nullum ius potuit esse acquisitum parti licet ignorarent, & sufficit quod nūc appareat tunc temporis renuntiationem non ualuisse, ideo concludit ipse quod contractus remanebit nullus nisi notarius dixisset mulierem certioratā fuisse nō exprimendo personam, quia tūc faceret fidem de certioratione, & intelligeretur de persona habili, ut hic latius per eum.

196 Ego autem† puto opinionem communem ueriorem esse, quod imo contractus remaneat ualidus, ex eo quia responsio præsens non fuit contraria assertioni factæ in instrumento, cum hic non negauerit se certiorasse, sed solum interogatus nesciendo respondere demonstrauit quod tunc non intelligit, tamen per hoc non infertur quod tunc temporis non intellexisset & sciuisset quid est Velleianum, cum potuisset tunc uidisse summam Rolandinam, & legaliter eam certiorasse, quam summam nunc non habet memoriæ, & in doctore non retinere memoriæ leges aliquas uidisse non est inconueniens tanto minus erit inconueniens in notario si nunc interrogatus nescit quid sit Velleianum, & si iterum uideret summam Rolandinā posset scire, & quando uadit ad stipulandū instrumentum censendum est quod tunc uideat, & ita recte poterit certiorare.

Quare concludendum est, quod quando scriptum est in instrumento notarium certiorasse, contractus est ualidus & creditur notario, & si postea interogatus nesciat quid sit Velleianū, adhuc durabit ualiditas, quia hæc duo se possunt cōpati. & decisiones doc. tunc essent dubitabiles quando interogatus negasset se certificasse, nā tunc essemus in terminis doct. in quibus tutior est opinio Alec. hic, quid quid dicat Crot. quia scriptura notarii erit semper uera, & magis probabilis.

197 Ex prædictis† infert Bar. hic ad quæstionē quotidianā quæ in oībus cōtractibus minorū contingere pōt, uñ tertio quærit, q̄d si minor fecit cōtractū q̄ posset esse nullus si forsan habebat curatorē. l. si curatorē habens. C. si tutor uel cura. interuenerit, si tñ ipse iurauit obseruare, cōtractus ualidat uirtute iuramenti, ut habet in auth. sacra. pube. C. si aduersus uenditionem. & in cap. cū cōtingat. de iureiu. tñ si eueniat ꝙ ex eo minor fuerit læsus, nō obstante ꝙ ualeat propter iuramentū, poterit minor petere se restitui in integrū, qm̄ restitutio datur cōtra instrumentū ualidū. l. i. ff. de minoribus. ꝑpa aliqui uolentes impedire hāc restitutionē in integrū, faciunt scribi in instrumento ꝙ minor iurauit obseruare, & addere aliā clausulā, ꝙ ipse ꝓmittit nō uenire cōtra ratione minoris ætatis, uel ex alia causa, uñ fuit dubitatū utrum hæc clausula sufficiat ad excludendū restitutionē in integrū, nā oēs consentiunt, quod si expresse minor iurauit non petere restitutionem in integrū, uel nō cōtrauenire contractui ratione restitutionis in integrū, maxime si est certioratus, uel ei renuntiauit, quod tunc non potest amplius petere dictā restitutionem, & propter iuramentum ab ea est exclusus, per dictum capitulum cum contingat de iure iuran-

iurand.ideo solum remanet difficultas, quando posita est illa clausula incerta seu generalis dicendo, promisit non uenire contra ratione minoris ætatis uel alia causa, & Bartol. hic refert Dyn.uoluisse quod non uideatur exclusus per dictã clausulam a restitutione in integrum, quia minor præsumitur ignorare sibi competere hoc remedium, quoniam quãdo facit contractum credit nullam habere læsionem, ideo ignorat sibi competituram restitutionem in integrum, & nemo uidetur renũtiare iuri quod sibi competere ignorat. l. mater decedens.in fi.de inoffi.testam. & glos.in. §. igitur ordinandus.alias in.§.sequenti.in uerbo interroget.in auth.quomodo opporteat episcopos. quod etiam procedit in iuramento.l.fin.infra ad Municipales.in principio.& l.fin.ff. qui satisda. cogan. & l.fin.Co.de non num. pecun. Bartol.uero dicit se consuluisse contrarium, quia quando quis iurauit non contrauenire ratione minoris etatis.iurauit super facto quod implicite continet omnia remedia competentia minoribus, ideo implicite uidetur etiam iurare non petere restitutionem in integrum, & non curatur quod ignoret cum sufficiat in genere comprehendi, ut probatur in l. si duo. §.idem Iulianus. supr. de iur.iurand.& l.si duo.§.si quis iurauerit.uersi.colonus.eo. titulo, dicit tamẽ tutius esse facere quod notarius certificet minorẽ de hoc remedio, & sic apparet quod in hac quotidiana quæstione reperiuntur duæ opiniones contrariæ per 400.annos inter aduocatos semper disputatæ ab utraque parte, ut articulus quolibet tẽpore semper fuerit disputabilis & dubius.

198 Pro opinione † igitur negatiua adducitur primo illa ratio quod minor præsumitur ignorare, hoc remedium sibi competere, & ideo non uidetur renuntiare, dicta l.mater decedens, & glo. in. §.igitur ordinandus.imo etiam dubius non intelligitur renuntiare. ut no. Bartol. in leg. fi.§.j. C. de fur. per illum text.& Bal.in l. leges sacratissimæ.Cod.de legibus. & facit l.secunda uersi. fieri enim potest.ff.quis ordo in bonorum. poss.ser.

199 Secundo adducitur † quia etiam iuramentum quamuis generale non porrigitur ad casus incogitatos.dicta l. fin. ff.ad Municipa. ubi quis iurauit non ingredi ordinem decurionum, tamen intelligitur rebus sic stantibus.& si eueniat quod sit creatus duumuir, non dicitur iste casus incogitatus contineri in iuramento, idem probatur in l.fin. ff. qui satis.cogantur, ubi qui iurauit sistere semetipsum uel alium non incidit in periurium si postea ex aliqua iusta causa impediatur, quia non uidetur iste casus cogitatus, idem dicitur in l.fin. Co. de non num.pecunia.ubi qui iurauit soluere pecuniam spe futuræ numerationis, si non est facta numeratio sibi, non tenetur soluere, quia non uidetur cogitasse hunc casum, idem procedit de iure canonico.ut in cap.ueniens.de iure iurando. ubi qui iurauit obedire mandato alterius, si aliquod nimis magnum mandetur, non incidit in periuriũ quia non uidetur cogitasse illum casum.idem dicitur in cap. quemadmodum. de iur.iurand. ubi qui iurauit habere aliquam in uxorem semper, si committat postea fornicationem, non tenetur eã ducere, quia non cogitauit hunc casum, ergo eodem modo quamuis iurauerit minor non uenire contra ratione minoris ętatis non incidit in periurium petendo restitutionem quia ei non renuntiauit, & in iuramento generali non continebatur iste casus, ad ista duo fundamenta respondet Bar.hic quod procedunt in promissione, & in iuramento simplici, non autem quando iuratum est super facto quod implicite continet omnia remedia, nam tunc ad ea trahitur etiã quod aliqua non fuerint cogitata.dictis iuribus, arg. l. certum. ff. si cer.peta.& l.qui iure militari. de testam. militari.

200 Tertio † pro opinione Dy.adducebat Alex. glo. in l.j.Co.si de mom. possessio.fuerit appella. ubi in possessorio minor habilitatur.ut possit comparere tanquam maior, & tamen si lædatur potest petere restitutionem in integrum, ergo eodẽ modo licet per iuramentum minor efficiatur maior, non impedietur petere restitutionem in integrũ. Respondet Ias.negando quod ibi minor reputetur maior, sed solum fuit dispositum quod quamuis minor non habeat personam legitimam standi in iudicio, ut no.in l.i. C. qui legitimam perso. & cætera.& solum fuit dispensatum quod habeat legitimam personam comparendi, ideo cum remaneat minor, nimirum si potest intentare remedium restitutionis, in hoc uero casu per iuramentum efficitur in totum maior. Secundo respondetur, quod hic lex ualidauit contractus, & uoluit omnimodo obseruari, ibi uero non ualidauit sentẽtiam, ut uellet omnimodo seruari, ideo retractari potest per restitutionem.

201 Quarto † adducebat Aretinus l.eum qui. §. i. ff. de iur.iurand.ubi si creditor iurauit Stichum sibi dari opportere. si eueniat quod non sit in rerum natura, reo competit exceptio non obstante iuramento, & solum tenebitur soluere, quando perit post moram, ideo sicut ibi non impeditur exceptio, eodem modo non impeditur petitio restitutionis in integrum. similiter facit tex.in.§. similiter, qui sequitur. ubi si iurauit quis dedisse decem in dotem non poterit tota decem exigere si aliqua exceptio ei competit, respondet Ias.quod ibi in iuramento nihil fuit appositum exclusiuum exceptionis hic fuit appositum. Secundo responde quod ibi exceptio se compatiebatur cũ iuramento, quoniam utrunque poterat esse uerum, hęc tamen non ualet quando Stichus mortuus fuerit ante moram. Tertio respondet, quod ille tex.loquitur de iuramento super iure obligationis, hic uero iuramentum est positum super mero facto non ueniendi contra ratione minoris ætatis quod implicat omnia remedia. Quarto tu potes respondere, quod ibi iuramentum fuit a creditore præstitum, unde non excludit exceptionem debitoris, hic uero iuramentum erat appositum ab eo qui habebat remedium, & iurauerat non uenire contra ratione minoris ætatis uel alia causa, ideo & istud uidetur exclusum,

202 Quinto † adducitur, quia iuramentum non debet esse iniquitatis uinculum.capitulo non est ob

ligatorium de reg.iur.in 6.cum similibus,sed si excluditur minor a restitutione, priuatur illo maiori ualore rei uenditæ, & emptor indebite lucratur, & ita iniquitatē fouet,sed respondetur quod imo non continet iniquitatem, quia ipse tacite renuntiat omni remedio,& uidetur donare,& in donatione non est iniquitas aliqua,& propterea apparet quod adducta pro opinione Dy. stringunt.

203 Contrariam † opinionem tenuit Bart.hic, & in cons.suo 90.& adducit dictam rationem, quia iuratum est super facto, sed respōdent tenentes aliā partem,quod non loquūtur in terminis, quia procedunt in maiore in quo non præsumitur ignorantia, hic uero sumus in minore, in quo illa præsumitur, & circunueniri faciliter potest.l. j. ff. de minoribus. Secundo respondetur quod dicta iura procedunt in facto pręterito,quod apperte cōtinet remedia a lege data, & non præsumitur ignorantia,hic sumus in facto de futuro in quo quis non debet obligari ad incogitata. Tertio respondetur,quod ibi negatur principium per iuramentum sine quo remedia illa non poterant esse, ideo necessario eo sublato remedia nunquam cōpetiere. hic uero iuratur super facto futuro quod non tollitur per iuramentum sed tantummodo promittitur non contrauenire, ideo diuersi sunt termini.

204 Secundo†adducitur tex.in auth. sacramenta puberum.Cod.si aduers.uendi.ibi, inuiolabiliter obseruentur,ergo præstito iuramento lex ipsa tollit omnia remedia,& extinguit etiam restitutionem in integrum, quoniam alias inuiolabiliter nō posset obseruari.Respondent tenentes aliam partem quod ille tex,intelligitur quando minor est certioratus, quod est diuinare, unde secundo respondetur quod illud uerbum(inuiolabiliter)refertur ad cōtractū, ut efficiatur ualidus & debeat in substantia obseruari,sed nō tollit postea quin remediis ordinariis possit rescindi,sicut nō excluditur remedium rescindēdi ex capite. l.ij.C.de rescind. uendi.& l.si quis cum aliter.supra eodem, ut uolunt docto.in dicta l. secunda.etiam quod maior iuraret obseruare, quia non præsumitur dictus casus cogitatus,ergo eodem modo nec debet excludi remedium restitutionis in integrum quod non uidetur cogitatum.

205 Tertio adducitur†tex.in capitulo ex rescripto de iure iurando, ubi iuramentum in muliere inducit renuntiationem uelleiani etiam quod uerisimiliter ignoret sibi competere, ergo eodē modo & in minore, quia æquiparantur.argum,l.regula.§.primo.ff.de iuris & facti ignorantia,& l.j. §.primo.ff. de edendo. Secundo tu potes respondere ut tollas obiectum Croti quod ille text. loquitur in muliere quæ propter intercesionem nō læditur in sua substantia, quoniam quod soluit repetere potest, & solum habet incommoditatem, nos uero loquimur in minore qui læsus fuit in substantia per contractum, ideo non debemus extendere iuramentum ad istum casum ne efficiatur iniquitatis uinculum;

206 Quarto†adducitur, quia iuramentum facit minorem maiorem, ut no.in dicta auth. sacramenta.sed maior non utitur hoc remedio,ergo nec minor iurans.sed respondet Ias.quod efficitur maior in eo quod iurat.ideo contractus ualidabitur. ideo in aliis remanebit minor.

Quinto ultra Ias.adducitur. quia iuramentum est de iure Diuino quod innititur naturali æquitati & iuri naturali. capitulo primo.distinctio.5.ergo minor non præsumitur ignorare.l. secunda cū materia Cod.de iur.& facti ignor.respondetur ꝙ est æquiuocatio.nā bene obseruatio iuramēti fundatur in iure naturali, sed tamen quod competat restitutio in integrum est de iure ciuili fundato in iure naturali ut non lædatur minor, ergo retorqueri debet,ut non comprehendat hunc casum cōtra æquitatem naturalem, item non præsumitur ignorare uirtutem iuramenti, sed bene præsumitur ignorare se esse læsum,unde ne inducatur iniquitas contra naturā nō debet iste casus cōtineri.

Sexto adducitur,quia si requiri tur certificatio remedii restitutionis, sequeretur quod mulier nō posset alienare rem dotalem cum iuramento, cum ius suum præsumatur ignorare. quod tamen negatur in dicto capitulo cum contingat.sed respōdetur esse æquiuocationem, quoniam ipsa expresse alienat rem & uult se priuare, minor uero non demonstrat se uelle priuare commoditate sua,neque etiam uelle renuntiare remedio per quod cōseruatur illæsus & alter locupletaretur cum aliena iactura, & propterea apparet quod nec etiam fundamenta pro Bar.stringunt.

207 Quare†docto.uidentes has rationes pugnantes etiam ipsi inter se pugnare ceperunt perseuerando in controuersia per longum tempus,cum multi quos adducit hic Ias.& Alex.tenuerint opinionem Dy.&non defuerunt qui dicerēt communem esse opinionem pro Dy.& Antonius de butrio in capit.penul.de emptio.& uenditio. & alii dixerūt quod communis opinio est pro Bar.ut Ias.hic refert.propterea Bald.in l.secunda in 9.quæstio.Co. de rescind. uendi. conatur distinguendo concordare opiniones, dicens quod aut interuenit curator in ipso contractu,& tunc quia ualet de iure, iuramentum solum potest operari exclusionem restitutionis in integrum, & ita procedat opinio Bar.sed si non interuenit curator, quia tunc contractus potest esse inualidus, satis operatur iuramentum,ut faciat eum ualidum, & non debet includi restitutio in integrum, quoniam potest esse magna læsio, quam distinctionem reprehendunt hic communiter docto.ut refert Ias.tu dicas quod hæc distinctio auget rationes in fauorem Dy.quoniam si interuenit curator maior erat suspitio de læsione,unde non erat causa cogitandi de restitutione aliqua,propterea si postea apparebit læsionem esse,casus iste incogitatus non debet contineri in iuramento.

208 Resolutiue†tamen loquēdo mihi magis placet opinio Dy.quod nō uideatur iuratū de restitutione in integrū,qm̄ alteri remanebat ius faciendi ut iuraret nō petere restitutionē uel facere ꝙ renuntiaret ei, & ideo imputet sibi si appertius lege nō dixit.

dixit. l. quid quid adstinguendæ. infra eodem. & l. ueteribus. ff. de pact. & probatur efficacissime hęc opinio in dictis quinque iuribus allegatis pro opinione sua, in quibus iuramentum fuit appositum super facto continente multas causas & casus, & tamen non excludit casus incogitatos, nam qui iurauit non ingredi ordinem iurat super facto cōtinente omnes casus, & qui iurauit sistere in iudicio iurat super facto cōtinente omnes causas & casus, & qui iurauit parere mandato alicuius iurat super omni causa & casu, sicut & ille qui iurauit non uenire contra ratione minoris ætatis iurat super omni causa & casu. & ideo sicut in præcedentibus in maioribus non continetur casus incogitatus, eodem modo & tanto minus debet in minore cōtineri casus incogitatus in quo potest sequi magna læsio, & certe non potest constitui differrentia inter hæc iura & hoc quod iuretur super facto. præterea hoc iuramentum non excludit remediū neque inducit renuntiationem, quia uerba hoc nō inferunt, solum autem potest continere promissionem de non intentando illud remedium, sicut est pactum de non petendo, & stipulatio de non agendo. ideo est conueniens quod cum effectu competat ne faciamus iuramentum esse iniquitatis uinculum, quod non impediat hoc remedium intentari, & restringatur propter magnam æquitatem.

209 In practica † tamen seruatur opinio Bartol. propter magnam authoritatem iuramenti, quæ opinio fuit recepta, ex eo quia ex alio capite subuētū fuit minori in interesse suo, & si non fuisset subuentū omnino obtinuisset opinio Dy. introductū autē fuit quod minor possit petere absolutionē a d. iuramento, & cum sibi de iure competat illud remedium, poterit postea obtenta habilitatione intentare & restitutionem in integrum, quia propter habilitatem amplius non efficitur periurus, ut habetur in cap. j. de iure iurando. opportet tamen quod antequam agat petat illam habilitationē & obtineat, quia si prius ageret efficeretur periurus, & posset excludi a limine iudicij, ut no. in dicto cap. j. de iure iurand. & sic utraque opinio in effectu per hanc nouam concordiam seruatur. sed si expresse iurasset non petere restitutionē, uel renuntiasset illi remedio, tunc non posset iuuari per absolutionem petitā, qm̄ propter iuramentum iā esset priuatus hac restitutione in integrū, quæ esset extincta & non reuiuisceret per habilitatonem & absolutionem traditam, ut habetur in dic. auth. sacramenta puberum, & in d. cap. cum contingat.

210 Sed tunc † postea remanet dubitatio, utrum ualeat hæc renuntiatio, & distinguitur. utrū sit parua læsio, & non audiatur, an uero sit magna læsio, & tunc audiatur. sicut in simili dicitur in l. ij. Co. de rescind. uenditio. quod si uendens dixit si plus ualet ego dono, intelligitur de parua quantitate, & non est exclusum illud remedium si postea appareat magna læsio, de quo tamen quomodo intelligatur recurras ad dicta docto. ibi qui late examinant articulum.

211 Quarto † quærit Bar. hic, an in casibus sup. firmatis in quibus pręsumitur solemnitas admittat̄ probatio in contrariū, ad finē euitandi dictā præsumptionem, & difficultatem, facit tex. noster hic, qui utitur uerbo (uideri) quod denotat fictionem. l. j. §. deiecisse. ff. de ui & ui arma. & contra fictionē non admittitur probatio in contrariū. ut habetur in l. si is qui pro emptore. ff. de usucapio. super diffinitione fictionis tradita per Bar. glos. tamen hic in 3. parte determinauit quod admittatur probatio per tex. in l. iurisgentium. §. quod fere. ff. de pact. quoniam est præsumptio, & contra præsumptionē admittitur probatio in contrarium, ut in dict. loco nota. quā conclusionē sequitur etiā Bart. hic, & addit postea quod ꝓbatio pōt fieri per testes qñ tendit cōtra solemnitatē tm̄, sed si quis uellet probare contra tenorē instrumenti, admitteretur probatio per scripturā tm̄. per l. generaliter. C. de nō nu. pecunia. ut hic per eum, faciendo in effectu tres cōclusiones. Prima est, ꝙ in tex. nostro non tractamus de fictione sed de præsūptione, & ideo uerbū (uideri) exponi debet, idest p̄sumi, & hanc opinionē sequūt̄ oēs* doct. ut sup. dictū fuit in notabilib. *

212 Secunda † est cōclusio, ꝙ contra præsumptionē tex. nostri cū materia admittit̄ ꝓbatio in contrariū, quā etiā sequuntur cōmuniter* docto. Crotus * tñ reprehendit, uolens quod non admittatur probatio, quia licet fateamur esse pręsumptionem, tamen dicitur esse præsumptio iuris & de iure, contra quā non admittitur probatio in cōtrariū. glo. in l. nō est uerisimile. & ibi doct. ff. ꝙ met. causa. & no. in l. j. C. de rei uxo. actio. nisi p cōfessionē partis, ut no. in auth. sed iam necesse. C. de donatio. ante nup. & rationē adducit, qa lex super hac præsūptione ꝓcedit disponēdo, quo casu dicit̄ esse præsumptio iuris & de iure, ut habet̄ in dictis locis, & hāc opinionē ante eum posuit Iacobus de arena. sed tñ cōmuniter doct. hoc reprehendūt, dicentes ꝙ imo est præsumptio iuris tm̄, quæ in casu dubio fit a lege, & cōstito de ueritate cessat, ut no. in d. l. j. C. de rei. uxor. & in d. l. nō est uerisimile. & hoc late ꝓbat hic Claudius & Buttigella in principio, & Christopforus de Castelliono, & etiā mihi placet, & probatur, quia hæc præsumptio nascit̄ ab implicita scriptura uel a uera scriptura, & qñ scriptura seruatur a lege dicit̄ esse præsumptio, & admittitur probatio in contrariū, cū & contra oēs scripturas admittatur probatio in contrarium. toto titulo. C. si ex fals. instrum. & no. in cap. cū Ioānes. de fid. instrum.

213 † Nec obstat ꝙ qñ lex disponit super præsumptione nō admittatur probatio in cōtrariū. l. fi. C. arbi. tut. l. antiquæ. C. ad Velleianum. & decidit Abb. & Mod. in cap. is qui fidem. ex. de præsumptio. per illum tex. & potest adduci ultra eum lex optimam. Co. de contrahend. & committend. stipulatione. in prin. ubi secundum uerbum intellectum supra traditum non admittitur probatio in contrarium, ut late firmaui post alios in l. edita. C. de edendo. & facit dictum Inno. in cap. quia pleriq;. de Immu. eccles. qui dixit sentētiam quæ transiuit in rem iudicatam seruari pro ueritate, quia est præsumptio iuris & de iure, & solum admittit probationem per confessionem partis,

uel ex notoria iniquitate, cum aliis allegatis hic per eum. nam omnibus prædictis & aliis similib. respondetur negando quod hic simus in illis terminis,& quod lex simpliciter super ea firmiter disponat, quoniam cum præsumatur ex implicita scriptura uel ex uera aliquando necessaria est præsumptio iuris tm̃,cũ ut dixi contra scripturã passim admittantur probationes in contrarium,dicta.l.optimam.in fi.&.l.generaliter. & in auth.ibi posita.C.de non num.pecunia;ne faciamus. quod plus operetur tacitum quam expressum,cõtra no. in l.cum quid.ff.si cer.peta.& l.filio quem pater.ff. de lib.& posthum.præterea lex disponit super præsumptione sub conditione(nisi aliud appareat)ut probatur in l.j.C.de contra.stipulatione. & l. Titia.§.penul.infra. eod. ibi,si inter partes res gesta erit.nec obstat text. in dic.l.optimã.in principio. quia ibi est casus spetialis propter rationem ibi assignatam & propter commoditatem negotiantium ut dixi in dicta auth.si quis in aliquo.nu. 44. in aliis autem casibus admittitur probatio in cõtrarium,non tantum si est implicite contenta,sed etiam si explicite narrata fuit a notario, dicta l. optimam.in fi.& hanc opinionem sequuntur hic plærique,& in l.cum de in rem uerso.ff.de usur.

214 Tertia† est conclusio Bartol.quod hæc probatio aliquando fit per scripturam aliam, aliquando potest fieri per testes, nam cum huic conclusioni contradiceret tex.in dicta l.generaliter. Co. de non num. pecunia. distinguendo dixit, quod quando quis uult probare contra tenorem instrumenti non auditur nisi hoc faciat per aliam scripturam,si uero uult probare contra solemnitatem tunc admittitur probatio per testes.dicta l.iurisgentium.§.quod fere,quæ sua distinctio imperfecta est,& recipit contradictionem.nam est imperfecta, quia non declarat per quos testes debeat fieri probatio,an per duos idoneos uel per tres & omni exceptione maiores, item est contradictio, quia quando solemnitas est scripta probatio dicitur fieri contra tenorem instrumenti, cum illa tũc narretur per publicam scripturam,sicut ipse principalis actus contrahentium, unde uidetur quod ad contra eam probandum requiratur alia scriptura secundum eius distinctionem,&tunc contra dicit dict.l.optimam.in fi. quæ uult probationem fieri per testes omni exceptione maiores quando talis solemnitas est scripta a notario. & glo.in d. §. quod fere.præsupponit quod indistincte duo testes idonei sufficiant.

Quare pro resolutione distinguendi sunt tres casus.Primo quãdo solemnitas extrinseca nõ scripta præsumitur,quod contingit in illis decem casibus positis supra pro limitatione regulæ negatiuæ. Secundus casus est, quando est solemnitas extrinseca scripta a notario uel confessata per partem, uel cui aliquando partes possunt renuntiare uel non possunt. Tertius casus est,quando tractatur de præsumptione solemnitatis intrinsecæ implicite scriptæ uel explicite. Pri-

215 mo casu† facias regulam generalem,quod admittitur probatio in contrarium per duos testes idoneos, ex mente glos. in dicto. §. quod fere, & est de intentione omnium hic, licet non exprimant,& est ratio, quia talis præsumptio habet debile fundamentum, cum nulla interueniat scriptura de ea,unde sufficit regula generalis. l. ubi numerus.digest.de testibus.quæ conclusio ampliatur etiam procedere in solemnitate scripta quæ tunc temporis non potuit interuenire,& cui partes non possunt renuntiare, nam tunc cum notarius non possit de ea facere scripturam authenticam ut sup.dictum fuit,remanebit simplex scriptura priuata cui præualebunt duo testes idonei.

216 In secundo casu † quando est solemnitas extrinseca scripta quæ tunc temporis potuit interuenire,& tunc facias regulam,quod etiam admittitur probatio per testes,tamẽ opportet quod sint tres ad minus,uel saltem duo instrumentales omni exceptione maiores,per tex.in d.l.optimam.§. si.C. de contrah. & commit. stipul. secundum uarios intellectus ibi traditos,& per Bar.in l,j.§.j.ff.quẽadmodum test.apper. & per Decium in ca.tertio loco.de probatio.cum add.mod.ibi., & est ratio quia hæc est scriptura authentica, & dicitur esse de tenore instrumenti, & quamuis uideantur uerba enuntiatiua,tamen propter expressionem efficitur de tenore sicut & ipse actus. Quæ conclusio ampliatur procedere etiam quod sit confessata a partibus quarum confessionem scripsit notarius, & habet eundem effectum si partes possunt renuntiare. & ideo est eadem ratio,imo uidetur maior quoniam confessio partis requirit aliam scripturam. dicta l.generaliter.tamen dicemus sufficere testes in hoc casu,per tex.in dicta l.optimam.in fi. qui generaliter loquitur.

217 In tertio casu† quando est solemnitas intrinseca,& tunc si quidem scripta est a notario ipsa efficitur de tenore instrumenti, & tunc erunt necessarii tres testes uel duo instrumentales omni exceptione maiores ut sup. dixi,quia est eadem ratio, nam si illi sufficiunt ad probandum totum instrumentum falsum,ut habetur per illum tex. in cap. cum Ioannes.de fid.instrumento.& per Bar. in d. l.j.ff.quemadmodum testam.aperiantur.ergo eodem modo sufficere debent contra scripturam de hac solemnitate,& probatur in dicta l.optimam. in fi.quæ dum ponit exemplum de præsentia lo-

218 quitur de solemnitate intrinseca scripta † si uero hęc solemnitas non est scripta explicite sed præsumitur ex prolatione uerbi denotantis actũ perfectum, ut probatur in hoc tex.cum similibus, & tunc si negatur solemnitas, sufficere debent duo testes idonei.per tex.in dicto. §. quod fere, quia licet uideatur implicite scripta tamen proprie dicitur scripta uerbis generalibus, & non dicitur esse uere de tenore instrumenti, unde sufficere debent duo testes idonei. dicta l. ubi nume-

219 rus.digest.de testibus. Si uero† negatur tota scriptura, & tunc si quidem est facta manu propria negantis, & constat legitime quod est ab eo scripta tunc requiritur probatio per aliam scripturam.dicta l.generaliter. quæ proprie loquitur in iis terminis, & facit tex.in l.testium. Co.de testibus.

bus.ſed ſi eſſet inſtrumentum ſcriptum a notario tunc an requiratur alia ſcriptura pendet ab intellectu text. in dicta l. generaliter. ſuper quo docto. ualde laborant, dum uolunt extendere eam ad ſcripturam inſtrumentalem. unde poſtea eam reſtringunt habentes pro abſurdo quod inſtrumentū nō poſſit probari falſū per teſtes ſufficientes, ideo tūc diſtinguas ut per Bar.in d.l.j.§.j.ff.quemadmodum teſta. apperiantur, cum ſimilibus addu ctis per Decium poſt Feli.in dicto cap. tertio loco.cum addi.ſcriptis ibi per Nouisſimos.

220 Ex ultima† parte glo. colligitur quod quando aliquis reperitur ſcriptum præſumitur ſcriptum de uoluntate ſcribentis,quod ſic uoluerit ſcribēs, in tantum quod ſi negat ſcripturam tāquam ueniens contra propriam confesſionem punitur in duplum,ut in auth.contra qui propriam. C. de non num.pecunia.& facit tex. in.l.ex hac ſcriptura.de donatio. quam concluſionem ſequuntur hic omnes.& ratio eſt euidens, quia uoluntas eſt unū de ſubſtantialibus neceſſariis ad perficiendum quemcunque actum,& eſt ſolemnitas materialis conſiſtens in conſenſu ſine quo actus nullus ualet.l. j.in princip.iuncto fi.ff.de pact. ideo ſi omnia præſumūtur ſolemniter acta,neceſſario præſumitur uoluntatem & conſenſum interueniſſe,& ſic apparet quod hic tractamus de præſumptione cuiuslibet requiſiti neceſſarii ad actum.

221 Plus dicebat†Bal. hic colligi ex iſta glos. quod ſi notarius ſcribit partes feciſſe actum dicitur ſcripſiſſe eas uoluiſſe,& ideo conſenſus præſumitur, ideo addebat ad glos. uel ſcribi faciens & idem uoluit Bald. in l.j.ad finem.C.de priuil. dot.per iſtam.glo.quam reputat ſingularem &in l.errore,

222 col.j.C.de teſtibus.ubi etiam eam ualde notat.†Similiter præſumitur quod notarius in inſtrumento appoſuerit uerba ſecundum intentionem teſtatoris uel contrahentium,& ideo per ea fit argumētatio de uoluntate teſtatoris uel contrahentium, quæ ex ſignificatione uerborum aſſumitur tanquam ab ipſis prolata,& interpretatur ſecundum iura, ut uoluit Bartol.in l. ſi quis filiabus. ff. de teſtamentaria tutel.allegans no.hic,& in l. j. C.de uſur.& idem Bar.in l.liberorum.col.fi.ff.de uerbo. ſignifica.ut hic per Ias. & eſt de intentione omnium qui pertranſeunt cum glo.quod tanto fortius procedit, quando notarius rogatus ſcripſit qui in præſentia ſua audiuit omnia uerba prolata a teſtatore uel contrahentibus.& ex eorum iuſſu præſumitur ſcripſiſſe ea eo modo quo protulerunt, quamuis in practica aliquando uideamus aliter ſeruare notarios, qui ex capite ſuo apponunt uerba, maxime quia latine ſcribunt ea quæ partes proferunt lingua uernacula, tamen adhuc eadem præſumptio eſt quia uidetur tanquam bonus interpres ſcripſiſſe uerba ſecundum intentionem proferrentium.arg.l..j.in fi.ſupra eodem. & hæc ſufficiant circa materiam præſumptionis actuum factorum ab hominibus uel contractuum conuentionalium. Sequitur modo ut uideamus quomodo ſolemnitas inſtrumentalis præſumatur quæ uaria eſt & ſeparata a præcedentibus.

223 Extra glos.Bartol.hic†format multas quæſtiones reſpicientes ſolemnitatem inſtrumentalem. nam inſtrumentum ualde differt ab ipſo actu ſcripto, quoniam actus fit a partibus, inſtrumentū uero fit a notario.in eo autem reducendo ad theoricam requiruntur duæ principales ſolemnitates, una quæ reſpicit perſonam teſtium interuenientium in actu, alia quæ reſpicit perſonam ipſius notarii & eorum quę ab eo perfici debent. in teſtibus quatuor requiruntur ſolemnitates, una quod ſint præſentes actui.Secunda quod ipſi intelligant quod fit & ſenſu corporeo percipiant & intelligāt,iuxta l.teſtium.cum glo.in uerbo præſto.C.de teſtibus.& l.hæredes palam.§.fi.de teſtam. Tertio requiritur quod ſint uocati & adhibiti & rogati, ut non uideantur tranſeuntes uel fortuiti in quatuor caſibus qui notant̄ per glos.in.§.nos uero.in auth.de tabellionibus.&in auth.rogati.cum l.præcedenti.C.de teſtibus.&unus eſt in teſtamentis.dicta l. hæredes palam.§. fi.& l.in teſtamento. §. in teſtam.ff.de teſtam.& alius ponitur in dicta auth. rogati.Co.de teſtibus. & alii qui ex forma ſtatuti forſan requiruntur, regulariter tamen ſufficiunt tranſeuntes & fortuiti ut ibidem dicitur. Quarto requiritur aliquando quod interueniat ſubſcriptio teſtium,ut in teſtamento in ſcriptis.§.teſtes. inſti.de teſtam. & in depoſita pecunia. §. ſi quis uult caute deponere. in auth.de inſtrum. cautela & fide.cum aliis ſimilibus ibi no.in l.antique. §. ne autem. Co. ad Velle.& in Regno Neapolitano generaliter requiritur ſubſcriptio duorum, teſtiū & iudicis cartularii, iuxta illius conſtitutionem incipientem inſtrumentorum robur.

224 In perſona † autem notarii etiam multa ſunt neceſſaria, nam primo requiritur quod ipſe ſit præſens negotio dum fit,dicto.§.nos uero.Secundo,quod ſit rogatus ut ſcribat ut ibidem dicitur. Tertio,ſcribere debet annos Chriſti,indictionem menſem.& diem,& nomen imperatoris, ut in authen.ut prępona.nomen imper.cum ibi no.&in capitulo ſecundo.de fid. inſtrum. Quarto requiritur quod ſcribat totum actum factum coram ipſo & teſtibus etiam ſcriptis.Quinto requiritur quod publicet ipſum actū, ideſt legat coram partibus quæ dicant habere pro abſoluto. Sexto poſtea quod ſe ſubſcribat apponat ſignum ſuum & ſubſcriptionem teſtium, ut etiam habetur plene in dicto capitulo ſi cautio de fid. iſtrum.

Cum igitur requirantur tot ſolemnitates tam in perſona teſtium quam notarii,dubium eſt an illę præſumantur, & ut tollatur æquiuocatio conſtituendi ſunt duo articuli ſeparati,quamuis Bar. eos inculcet,unus de præſumptione ſolemnitatis requiſitæ ad teſtes.Alius de præſumptione ſolemnitatis requiſitæ ad notarium. Circa primū†cum

225 ut dixi in teſte quatuor requirantur, præſentia,& intelligentia. rogitus ſeu adhibitio,& eorum ſubſcriptio, in aliquibus caſibus dubium eſt an ipſi præſumantur,& primo an præſumatur eorum præſentia,& licet Bar.non dicat, oportet diſtinguere, Aut addita fuere alia neceſſaria, ut quod ſint rogati, uel ſubſcripſerunt, uel audiuerunt,& tunc

illa præsumetur, quia est necessarium antecedens si uero nihil horum scriptum est, illa non præsumetur, quia est accidentalis, & idem potest dubitari de intelligentia, quæ tamen præsumetur si scriptum fuerit quod sint præsentes, quoniam præsentia arguit intelligentiam, corá. l. ff. de uerbo. signifi. & dictum fuit in l. j. in principio. supra eodē.
226 & ista tanquam satis nota. ommisit Bar.† unde solum quæsiuit utrum testes præsumantur rogati, & si quidem nihil de prædictis est scriptum, præsupponit quod non præsumantur rogati, sed dubitat solum quando notarius scripsit præsentibus testibus, an præsumantur rogati, in qua quæstione refert uarias & contrarias opiniones antiquorum, nam Dy. hic tenuit quod præsumatur rogitus, ut per glos. in dicto §. nos autem. in auth. de tabellio. in uerbo iniungatur. in fi. quæ allegat tex. nostrum & dictum §. si scriptum. insti. de inutilibus. stipulationib. Cy. uero tenuit contrariā opinionē, quod imo nō præsumātur rogati, & refert Dy. sibi cōtrariū idē cōsuluisse & tenuisse etiā in l. hæredes palā. §. in testamētis. sup. de testam. specul. quoq; fuit sibi contrarius, quia in tit. de testam. §. j. uersi. sed quid in prædictis. tenuit ꝙ præsumantur rogati, sed postea in sequenti uersi. idē tenuit ꝙ non præsumantur rogati. & hāc secundā opinionē approbat Bar. hic propter rationem principalē in materia nostra ꝙ rogitus testiū est solemnitas extrinseca quę nō præsumitur, d. l. quæcunq;. §. fi. sup. de publici. actio. & ideo opportet ꝙ scribatᷣ a notario, & qñ est scripta tūc præsumitur, per tex. in l. i. Co. de fid. instrum. lib. 10. iunctis glo. & idē est dicit ipse qñ testes se subscripserūt, ut inf. apparebit. & sic in effectu ponit regulā cū duabus fallentiis, regula est negatiua, quod solemnitas rogitus nō prę sumitur, fallit quando reperitur scripta a notario fallit quando testes se subscripserunt, & uidentur
* pertransire communiter* docto.
227 Sed tū† contra regulā facit, quia Bar. præsupponit ꝙ iste rogitus testiū sit de solemnitate extrinseca quia imo uidetur quod sit de solemnitate intrinseca testamētorum seu instrumentorum, cum illa nō ualeāt sine interuētu testiū, unde implicite continetur ꝑ tex. nostrū hic. & tex. in §. si scriptū. insti. de inutilib. stipulationib. cū similib. & facit tex. in. l. unū. C. de testam. sed respōdetᷣ ꝙ imo est solemnitas extrinseca respectu ipsius actus & respectu testamēti & etiā instrumenti, qm̄ semper nō est necessaria neq; ad testamentū neq; ad actus neq; ad instrumenta, qm̄ ut diximus sup. testes nō sunt de substantia contractus neque de substantia actus regulariter. l. ad fidem. ff. de testibus. & l. cū res. C. de probationib. & uoluit Bar. in l. nemo. potest. ff. de leg. i. dicens ꝙ est de solemnitate probatoria quæ extrinsecus uenit, nō autē de solemnitate interriori ipsius actus, & quamuis in illis quatuor casibus positis in auth. rogati. C. de testibus. cū glo. testes sint de substantia, & rogitus, & subscriptio, tamen non sunt necessarii semper in aliis actibus, ut probatᷣ in. d. l. quæcunq;. §. fi. ubi authoritas tutoris est necessaria ad contractus pupillares. & tamen non reputatur intrinseca, quoniam ad omnes actus necque semper dicitur esse necessaria, ut uidimus sup. in diffinitionibus intrinsecæ & extrinsecæ solemnitatis, item etiam & in testamentis iste rogitus & interuentus septem testium non est semper necessarius, ut in testamento inter liberos, l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testam. & no. in l. i. C. de sacro. sanct. eccles.
228 Quinimo† in nullo actu interuentus testium dicitur esse de solemnitate intrinseca, quoniam ipsi non sunt de substantia interiori actus, dicta l. cum res. C. de probationibus. & non sunt neque de causa formali, neque materiali, neque subiectiua neq; substantiali, sed extrinsecus interuenit ad probationem, merito non erit intrinseca solemnitas, & ideo si aliquis scripsit se fideiussisse non præsumuntur testes interuenisse, & facit l. fin. Cod. de fideicommiss. dum uult quod sine testibus possit esse essentia fideicommissi atque codicilli. Propterea concludas, ꝙ solemnitas testium indistincte est de solemnitate extrinseca, & fortius rogitus testium atque subscriptio eorū, quia in minoribus casibus interuenire debētᷣ. Ideo ratio Bar. est uera.
229 Et regula † quoque remanet firma & tenenda, quod rogitus testium in dubio non præsumitur. Fallit tamen ubicunquē notarius dixit eos esse rogatos, quia tunc præsumuntur rogati, Fallit quando ultra præsentiam ipsi testes se subscripserūt de quo infra dicemus, & conclusionem Bart. sequun-
* tur communiter* docto. ut hic per Alexand. & Ias. qui allegant l. Diuus. §. cæterum. ff. de militari testa. in uerbo conuocatis. & ibi Bar. & hic Buttigella & omnes. Secundo † limitatur non procedere 230
ubicunque interuenit subscriptio, quam limitationem probat infra per text. in l. qui patitur. digest. Mand. & facit text. in l. Domitius. ibi, ad scribendum rogatus. de testament. & ibi Bartol. quia quando se subscripsit apparet quod nō fuit fortuitus neque de transeuntibus, & ratio rationis est, quia necessarium antecedens est ut sit rogatus quando se subscripsit præsentibus & uidētibus partibus, & est quædam solemnitas subscriptionis quæ includitur in uerbo subscripsit, & ideo præsumitur, unde sequitur quod si subscriptio esset facta ignorantibus partibus non præsumeretur rogatus, quia tunc sicut uere non posset esse rogatus, cum ignorans non mandat, ita nec potest præsumi rogitus. argument. l. qui ad testamentum. ff. locati.

In dubio autē si reperiretᷣ subscriptio tēpore testamēti facta, præsumitur facta scientibus & cōsētienbus partibus, quia cū notarius debeat legere illam scripturam coram partibus & testibus iuxta glos. secundam in l. fideicommissum digest. de leg. tertio. quæ dicit mirabile, no. quod non ualet testamentum nisi notarius coram testatore & testibus legat illud, ergo præsumitur quod ista solemnitas rogitus & subscriptionis fuerit facta in præsentia, item actus factus ab alio in negotio alterius præsumitur factus ad eius instātiā. cap. si motu ꝑprio. de præb. in 6. ut infra per Bar. in alio articulo, propterea subscriptio facta tempore testamenti operatur duas præsumptiones, unam quod

præ-

præsumatur præsentia & consensus partis, secundum quod præsumatur rogatus a partibus, & si erit conscius susceptus a notario fortius ex subscriptione præsumetur rogatus, ideo qui uult euitare hanc præsumptionem debet probare, quod subscriptio fuit facta postea ex interuallo absentibus partibus, cum si incontinenti fieret præsentibus partibus intelligeretur. leg. petens. C. de pact. lege. lecta. uersicul. diceba. ff. si certum petatur, & plærunque post lectam, & auditam scripturam testes se subscribunt, ut experientia docet, & ita tenendum est, licet Ias. infra teneat contrarium & male, ut ibi dicam.

231 Vnde † tu habes regulam Bart. cum duabus limitationibus, & ultra Bartol. limitatur dicta conclusio ut præsumatur rogitus quando tabellio præsentibus partibus subscripsit aliquem, quia præsumitur rogatus, argumen. l. cum ostendimus. §. final. ff. de fideiusso. tuto. & l. optimam. C. de contrahen. stipul. & præsumitur in dubio parte consentie si sciat, ut per Bald. in dicta l. 1. C. de fid. instrumen. ut hic per Alex. qui allegat multas concordantias, & idem Alexand. in consilio 33. lib. 3. & consilio 42. colum. secunda lib. 2. & sequitur Iaso. hic reprobato Aret. in dicta lege hæredes palam. & dicta lege. hac consultissima. C. de testam. tamen tex. in dicta leg. cum ostendimus. non probat, quia procedit tribus concurrentibus fauore pupillorũ, & in iudicio, & propter præsentiam partis, ut dictum fuit per doct. in dicta. lege prima. supra eodem. & cum subscriptio notarii non sit nisi ad demonstrandum quod ibi testes fuere præsentes, & ut certificaretur persona ipsorũ, cum si nomina non essent scripta incerti essent & nõ possent facere probationem, & hæc opinio uerior est quod non præsumatur rogitus, & est ex mente Bar. hic & aliorum, qui uolunt quod licet notarius scripserit tales testes fuisse præsentes non præsumatur rogitus, & ideo apparet quod hæc limitatio non egreditur terminos regulæ, & est eadem cum regula, unde opinio Aretin. quem sequitur Buttigella uerior est, quod subscriptio notarii de nominibus, & personis testium non inducat præsumptionem rogitus, & hoc solum procedit in subscriptione facta manu ipsorum testium ut dictum fuit.

232 Quarto † limitatur quando testator & notarius sunt periti iuris, & reperiuntur instituti qui debuerunt uerisimiliter institui, nam tunc testes præsumuntur rogati ut dixit Bald. post Odof. in lege prima. circa finem principii. ff. de hæredib. insti. refert & sequitur Aretin. hic reputans istum casum ualde nouum, & singularem, tamen ut dicit Ias. hæc limitatio reprobatur per Imol. ibi & Alexandr. hic, quia non reperitur iure expressum, & ipse met Aret. sibi contrarius hanc limitationem reprehendit in dicta lege hærede. §. in testamentis. & dicit quod licet sit dictum notabile tamen communiter non tenetur, & ego puto limitationem non ueram, quia fundatur in peritia, ut per eam uerisimiliter scientes non ualere testamentum sine rogitu cum non ommisissent, & possent adduci quæ habentur in capitulo nisi pridem, de præbend. tamen hæc non est necessaria præsumptio, quoniam bonus quandoque dormitat Homerus, & testator cogitatione mortis turbatus potest obliuisci leges & substantialia testamenti. l. hac consultissima. §. at cum humana fragilitas. C. de testam.

233 Quinto † notabiliter limitatur quando in instrumento diceretur præsentibus talibus testibus &c. nã illa dictio & cætera, importabit rogitum, quia eius natura est corroboratiua, & ex interpretatione huius breuiloquæ locutionis, ut uoluit Bal. & Salyc. in l. hac consultissima, in principio. C. de testam. & alle. no. per Bar. in l. Gallus. §. idem credendum. ff. de lib. & posthum. & uidetur sequi hic Ias. sed tu dicas eam non esse ueram prout profertur, quia dictio & cætera, extenditur secundum intentionem proferrentis, quæ intentio sumitur ex consuetudine, ut habetur in l. quod si nolit. §. qui assidua. ff. de ædilitio edicto, & ideo si notarius solitus est sub hac dictione contínere rogitum, tunc ipse diceretur scripsisse rogitum, cum postea faciendo authenticam scripturam extenderet illam dictionem exprimendo rogitum, & si nõ esset solitus contineri rogitum in illa dictione, limitatio non est uera, quia non habuit hanc intentionẽ, & non posset extendere eam ut habetur in d. §. qui assidua, & etiam ponũt Doct. in d. §. idem credendum. & in l. si librarius. de reg. iur. quare remanet ꝙ nulla ex limitationibus doc. est uera, & remanent solum illæ duæ limitationes traditæ per Barto.

234 Tertiã † autem limitationem ipsemet Bar. postea posuit quamuis inordinate infra uer. quid si dixit, uolens quod quando notarius scripsit testibus præsentibus uocatis & adhibitis quod tunc præsumantur rogati, & adducit rationem, quia adhibere & uocare nihil aliud est nisi rogare ut ad hoc admittantur, & intersint, & rogitus solum requiritur ad finem ut non appareant fortuiti & transeuntes, & quando sunt uocati a partibus uel a notario ut se firment uel ingrediantur locum in quo actus fit non dicuntur amplius audire fortuito sed cum deliberatione, unde appellabuntur rogati, authent. rogati. C. de testibus.

235 Facit etiam, † quia adhibere, & rogare æquiparantur, ut probatur in leg. nullum. supra. de diuorti. ubi dicitur, quod nullum diuortium potest fieri nisi testibus adhibitis, & præsupponit, quod sint rogati, quia etiam rogitus est necessarius, & idem probatur in leg. hæredes palam. §. in testamentis. supra de testament. ubi primo dicitur testes debere esse rogatos ad hoc & non ad aliud, & si ad aliud sunt rogati, tunc si adhibentur ad hoc adhuc sunt boni testes, & sic præsupponit quod æquipollẽt hæc duo uerba, adhibere & rogare, & hanc partem etiam ego puto ueram per tex. in dicta lege Diuus. ibi, conuocatis testibus, & per rationem, quia si conuocat & adhibet eos necerarium est quod eos uerbis limitet, & cum non sint sui uasalli oportet, ut dicamus quod eos rogauit, & propterea limitatio ista erit uera, ut rogitus sit probatus per ista uerba, conuocatis, & adhibitis testibus. Iason tamen hic in contrarium allegat gloss. in l. milites. C. de milit. testament. qui dicit ad rogationem, & conuocationẽ, ergo apparet ꝙ hæc duo sunt diuersa

si diuersa ergo unum non præsumitur ex alio, quia ex diuersis non fit illatio. l. fin. ff. de calumnia. sed tu responde quod licet in prolatione uideantur diuersa uerba tamen in sensu idem significant, cum adhibitio non possit fieri sine rogatione neque rogatio sine adhibitione, & ideo sequetur quod si tantummodo prolatum sit uerbum, rogatis, cum alio præcedenti uerbo, præsentibus, implicite dicentur esse adhibiti, & sic habes tres casus in quibus quis præsumitur rogatus.

236 Et quoniam in limitatione † de subscriptione Barto. se remisit ad hic dicenda, ideo hic quærit an hic testis se subscribendo uideatur rogatus, & determinat quod sic quando se subscripsit in præsentia partium, per l. qui patitur. supra Mand. & quia cessat ratio quod sint fortuiti & transeuntes, & facit tex. in l. Domitius. per illum text. dum dixit adhibitus ad scribendum, & non facit mentionem de rogitu, Iason tamen hic tenet contrarium, quia hæc duo sunt separata rogitus & subscriptio, & separatim sunt necessaria ad ualiditatem testamenti, & de rogitu probatur in dicta l. hæredes palam. §. in testamentis. & dicta authen. rogati. & l. hac consultissima. C. de testa. & de subscriptione est text. in d. l. hac consultissima. in principio, & in l. fi. ad finem C. de codicillis, & §. primo. insti. de testamen. ergo si duo requiruntur, unum non sufficit, nec obstat d. l. Domitius, quia ibi de subscriptione uerbum nullũ, sed loquitur de eo qui erat rogatus ad scribendum testamentum, & hanc opinionem dicit tenere Speculatorem & Ioannem And. in titulo. de testam. §. primo. uersi. quid ergo si dicatur, in fin. sed ego puto opinionem Bartol. ueriorem esse, quæ communis * est, quia ille qui se subscripsit in testamento alieno præsumitur necessario quod sit requisitus, cum nemo se ingerat in negotio alieno nisi requisitus, & adhibere se in testem est onus sine aliquo lucro, cum ex eo possint multa mala accidere, ideo non creditur se fecisse nisi de consensu.

237 Et actus † factus ab alio in negotio alterius præsumitur factus ad eius instantiam. capit. si motu proprio, de præbend. in sext. & per Bart. infra in alio articulo. nec etiam forsan posset se subscribere nisi permitteretur a partibus & ab aliis quorum interest, & si motu proprio faceret induceretur quædam suspitio falsitatis, & non permitteretur, ideo opportet præsumere quod sit rogatus. nec obstat ꝙ hæc duo sint separatim necessaria, quia uerum est & dico quod separatim utrunque interuenit licet unum tantum expresse sit scriptum. nam aliud postea implicite continetur, prout dictum fuit de uerbo adhibitis & rogatis, & apparet in §. si scriptum. institu. de innutilib. stipulationibus. ubi solum uerbum promitto scriptum est, tamen interrogatio, & responsio quæ præsumitur uere creditur interuenire, posset tamen opinio Iason. & Specul. sustineri quando constaret quod subscriptio illa facta fuisset ex interuallo absentibus partibus utsupra dixi. unde remanent istæ tres limitationes Barto. ueræ cum sua fallentia.

238 Verumtamen † quia & aliud est necessarium in teste ut sit rogatus & adhibitus ad hoc, dicta leg. hæredes. §. in testamentis. ideo dubitat Bartolus quid si solum dictum fuit, adhibitis, & non dictum fuit, ad hoc, uel rogatis, an præsumantur adhibiti seu rogati ad testamentum, & concludit etiam quod sic, per legem secundam. §. homines. infra ui bonorum raptorum, & leg. Iulianus. §. proinde. ff. ad Macedonianum, nisi constaret quod essent ad aliud uocati, ut dicitur in dicto. §. in testamentis, & sequuntur omnes, & facit lex Imperatores. ff. de in diem adiectione, & l. si uno. ff. locati. item facit, quia uerba in fin. posita referuntur ad præcedentia. l. si idem cum eodem. ff. de iurisdictio. omnium iudicum. ergo cum post testamentum scriptum dicatur testibus adhibitis uel rogatis, intelligentur adhibiti & rogati ad illud testamentum.

239 Item † etiam in ista rogatione est necessarium aliud quod fiat a testatore, uel a partibus, dubitat Bartolus quid si hoc non fuit expressum in uerbis, an præsumantur rogati, uel adhibiti ab ipso testatore, uel partibus, & ipse respondet quod sic, per l. stipulatio ista. §. si quis ita. infra codẽ. ubi si quis stipulatur uti frui, intelligitur, sibi, etiam quod non exprimat, & facit regula l. ita stipulatus. §. chrisogonus. infra eodẽ, ubi dicitur quod extrinseca persona non præsumitur adhibita, & sequuntur communiter * Docto. & confirmatur per rationem supra positam, quia uerbum in fine positum refertur ad præcedentia. dicta l. si idem cum eodem. Ias. etiam hic addit quod sufficit testes fuisse rogatos uel a partibus uel a testatore uel a notario uel a quocunque alio præsente testatore, ut per Paulum de Castro in dicta lege hæredes palam. §. aliud & §. in testamentis. & sequitur Alex. in consilio. 47. abunde pro celeberrimo. uol. secundo. & consilio. 33. ponderatis uerbis, uolum. tertio. & Ioannes fabri in. §. fin. institu. de testamentis sequens Dy. ibi, dummodo fiat præsente testatore & patiente, quia præsumitur mandare. lege qui patitur. ff. Mand. & mihi placet, quia cõuocatio & rogatio fit ad finem ut sint attenti & recte intelligant quod agitur, ideo a quocunque fuerint admoniti sufficiet ad ualiditatem testamenti. arg. dictæ legis Diuus. ff. de Milita. testamento. & cum sufficiat a multis fieri, sequitur quod potest esse licet a multis etiam fiat hæc conuocatio, ideo non uidetur quod præsumptio præcedens quod sint rogati a testatore non succedat.

240 Et si testes † interrogati fuerint an fuerint rogati, & unus dicat a testatore, & alius a notario, & alius ab alio tertio, uidebuntur quasi contrarii, tamen saluando dicas, quod quicunque sint qui rogent præsente testatore uidentur facere tanquam procuratores ipsius, per dictam legẽ qui patitur, & ideo ipse testator uidetur rogare. argument. no. in l. quod meo. ff. de acquir. possessio. unde utrunque uerum erit, quod erunt rogati a testatore, & a notario, & ab aliis, & ipsi testes non erunt contrarii, ita respondendo idem remanebit uera conclusio Bar. quod præsumantur rogati a testatore uel partibus, quia licet notarius

tarius & alii faciant, tamen in effectu est ipse testator uel partes quæ fecerunt, & ita remanebit firma & uera conclusio Barto. & communis.

241 Habes igitur † quod quinq; qualitates sunt necessarie in testibus, ꝙ sint præsentes, ꝙ intelligant sensu corporeo, ꝙ sint adhibiti & rogati, & ꝙ sint rogati ad hoc & ab ipsis partibus, & ꝙ se subscribant in certis casibus. unde ut cesset difficultas in istis quinque qualitatib. notarius debet proferre hæc uerba, præsentib. testib. & intelligentib. & uocatis seu adhibitis & rogatis ad hoc ab ipso testatore uel partibus. & qui se subscripserunt. Sed si eueniat ꝙ propter celeritaté uel inertiã hæc uerba non scripsit, tũc nos sumus in materia nostra an isté qualitates præsumantur, & breuiter resoluendo dicas oĩa colligẽdo, ꝙ aut nihil de istis fuit scriptum, & tunc nihil præsumitur, & neque etiam testes præsumuntur, quoniã nomina ignoramus & solennitas incerta non præsumitur ut supra dictum fuit, sed si nomina sunt scripta, & additum fuit, præsentibus, subintelligitur secunda qualitas, & intelligentibus, arg. l. coram. de uerbo. significati. sed tamen neque rogitus neque adhibitio nec subscriptio præsumentur, & si est scriptum uerbum, rogatis, præsumuntur adhibiti, & si uerbũ, adhibitis, præsumuntur rogati ad hoc & ab ipsis partibus, sed non præsumuntur se subscripsisse, quia illa est qualitas ocularis & successiua quæ semper apparere debet, sed si tu incipias ab ultimo, idest a subscriptione, tunc cætera præcedentia præsumuntur interuenisse, quia sunt quoddam necessarium antecedens, &, & si incipit a uocatione & adhibitione & sit uerbum, præsentibus, cætera præsumentur tanquam sint necessarium antecedens, & cum hac consideratione poteris resoluere omnes difficultates occurrentes.

242 Secundus † est articulus de hac solennitate instrumentali, qui respicit qualitates notarii necessarias ad faciendum publicum instrumentum, quæ sunt sex ut supra dixi, ideo ad tollendas dubitationes debet notarius scribere hæc uerba, postquam apposuit diem & annum & indictionem & totum actum narratum, prædictis omnibus. & singulis præsens interfui, & audiui, & rogatus scripsi, & publicaui, ac sigillum meũ consuetum apposui, & me subscripsi præsentibus talibus testibus &c. quæ omnia si scripta sunt redunt instrumentum authenticum, sin autem nullum existis scriptum est tunc omnes consentiunt ꝙ instrumentũ est nullum & nulla potest præsumi solennitas neque qualitas respiciens notarium, quia deficit fundamentum a quo inducatur, sinautem notarius dixit, prædictis ego præsens interfui, quia constat de præsentia præsumitur audientia & intelligentia, argum. notatorum in l. coram, de uerbo significatio. & uidimus supra in l. i. in prin. sed an aliæ quatuor qualitates & solennitates necessariæ præsumantur examinatur hic per Bar.

243 Sed antequã † suas quæstiones referamus, præmittenda est, una, an solennitates istæ dicantur extrinsecæ uel intrinsecæ, & quod sint extrinsecæ facit, quia nulla earum ingreditur substantiam contractus, cum sine eis actus uel contractus ualere possit, unde æquiparantur authoritati tutoris in actibus minorum pupillorum, & subhastationi in alienatione fiscali, & aliis enumeratis in lege prima. C. de fid. instrum. & iure hast. fisca. sed quod dicatur intrinseca facit, quia nullum instrumentum potest ualere neque esse publicum nisi omnia prædicta singula interueniant, ut no. in l. si librarius. de regul. iur. & per canonistas in capitulo secundo. de fid. instru. habetur etiam in rub. ff. de Nou. op. nuntiatio. ergo dicitur esse solennitas intrinseca per diffinitionem datam in præmissis & etiam super oppositioni bus Bartol. & uidetur sentire Bartol. hic dum dixit, quod rogatio notarii est de solennitate intrinseca uerbi publicaui. sed breuiter resoluendo dicas, aut consideras ipsum contractum, & tunc hæ omnes qualitates tam respicientes notarium quam testes dicuntur esse extrinsecæ, quia non sunt necessariæ ad ualiditatem actus uel contractus regulariter, ut patet ex diffinitionibus supra traditis, cum omnia respiciant effectum probationis qui extrinsece uenit. si uero tu consideras instrumẽtum ipsum prout quoddam continens contractum & separatum ab eo, & tunc dicuntur solennitates intrinsecæ ipsius publici instrumenti, quoniam sine eis nunquam publicum instrumentum fieri potest, & appellantur solennitates instrumentales intrinsecæ. unde sequitur quod si fiat mentio de instrumento publico per uerbũ præteriti temporis, quod uerbum denotat actum perfectum, implicite scribuntur omnes solennitates prædictæ instrumentales quando sunt uniformes, & in quocunque instrumento æqualiter interueniunt. sinautem essent difformes, tunc non præsumerentur propter uarietatem, sicut dictum fuit de solennitate in contractu fideiussionis stipulationis & uenditionis supra super secunda parte glo. & super quarta oppositione Bar.

244 Vnde † si quis confessus fuisset se fecisse instrumẽtum publicum intelligeretur implicite dixisse omnes dictas solennitates uniformes. argument. l. si duo. §. idem Iulianus. & l. duobus. §. si colonus. ff. de iur. iur. & idem si notarius scripsisset Sempronium fecisse publicum instrumentum de tali actu, præsumeretur omnis solennitas necessaria ad perficiendum publicum instrumentum, & etiam intrinsecæ uariabiles præsumerentur quando incidenter ueniret ad aliquem actum, uerum si directo ageretur ex eo, esset necessarium quod appareret ut dictum fuit supra de uenditione respectu pretii super quarta oppositione Bart. hæc tamen est differentia inter instrumentales solennitates, & contractus conuentionales, quia in contractu conuentionali plæreque consistunt in auditu & intellectu, sed solennitates instrumentales aliquæ ad oculum corporis apparere debent, ut est subscriptio, sigilli appositio, & narratio dierum domini & indictionis.

Vnde Doct. non sine ratione. in l. 1. §. & parui. ff. quod ui aut clam, quando statutum dat executionẽ paratam instrumento ut nulla exceptio posit opponi, distinxerunt inter statutum dirigens uerba ad ipsum cõtractum, uel ad instrumentũ, nam si mãdat cõtractũ mitti executioni & nulla posit, opponi exceptio sẽper poterit opponi exceptio nullitatis ipsius

contractus, quia opportet quod sit ualidus ut possit dici contractus, ut dicitur per Bartol. in d. §. & parui, sed si dirigit uerba, ad instrumentum tunc non attenditur, an contractus sit nullus, dummodo instrumentum habeat suas solennitates apparentes, quoniam habet substantiam separatam a contractu, & solum poterit opponi exceptio quod instrumentum sit nullum, quoniá non habet suas solennitates requisitas, & tunc si non reperientur scriptæ erit necessarium recurrere ad præsumptiones ipsarum de quibus loquitur Bar. hic, & Doct.

245 Quibus ergo † sic stantibus remanet dubium; an dictæ solennitates præsumantur, & primo dicedum est, si deficiant anni domini, & dies, & mensis, & nomen superioris, non præsumentur, quoniam sunt uariabiles, & non possunt cum certitudine præsumi, ut dictum fuit super quarta oppositione Bartol. nisi forsan per relationem ad aliud certificarentur, quia in protocollo in aliis instrumentis apposita fuere quasi eodem die uideantur facta, iuxt. no. in lege 1. §. edenda. ff. de edendo, & habetur per Mod. in lege prima. C. de edend. eis autem apparentibus opportebit inspicere an notarius scripserit præsens interfui, uel potius omnia prædicta omniserit, & tunc similiter nulla fiet præsumptio, & instrumentum erit nullum.

246 Sed si † scriptum sit, præsens interfui, præsumitur auditus & intellectus notarii, quia omnino necessarius est, ut no. in dicto. §. nos uero. in auth. de tabellionibus, & per Ioannem And. in titulo. de instrumentorum editione. §. restat. uersi. quid si tabellio. in additione incipiente audiuerit. ubi dixi quod uisus & auditus est de magis pertinentibus ad notarium, tamen ut dixi si est scriptum ego præsens interfui præsumitur auditus & intellectus. arg. d. l. coram. ff. de uerb. significatione.

247 Sed tunc † quærit Barto. an præsumantur cæteræ solennitates, & ipse præsupponit quod publicatio, & sigilli appositio non præsumatur, solum dubitat de rogatione, an præsumatur notarius rogatus, & refert gloss. in dicto. §. nos uero. in uerbo iniungatur. in fin. dicentem quod præsumitur, per dictum. §. si scriptum, tamen dicit Inno. tenuisse contrarium in cap. 2. de fid. instrum. & Specul. in titulo. de instrumento. editione. §. primo. uersic. & nota. qui nihil allegat, sed dicit Bar. potest allegari tex. in l. fina. §. sinautem dubius. C. de iur. deliberand. ubi dicitur, inuentarium in præsentia tabulariorum, unde cum nihil dicat de rogitu uidetur quod ex præsentia inducatur rogitus, sed tamen quia postea addit in fi. §. quod debet notarius se subscribere, uidetur innuere contrarium quod non præsumatur rogitus nisi per subscriptionem, tamen adhuc respondet, quod ibi non fuit adhibitus ad publicandum, sed ad scribendum loco alterius. propterea decisio remanet dubia. unde ipse concordando distinguit, quod aut nullum aliud uerbum est appositum, & tunc non præsumitur rogatus notarius, sinautem est appositum uerbum, publicaui, tunc præsumitur rogatus, quia implicite continetur in uerbo, publicaui, & in hoc dicit esse differentiam inter notarium & testem. sed postea contra decisionem opponit, quia uidetur quod imo in uerbo publicaui, non contineatur quod sit rogatus, quia notarius libenter & uoluntarie facit, & rogantur inuiti uel nolentes. Respondet ipse ꝙ etiam uolentes dicuntur rogati, per text. in capit. si motu proprio. de præbend. in 6. ubi nunquam concessio dicitur facta motu proprio nisi hoc uerbis exprimatur, & tamen clarũ est ꝙ Papa uolẽs cõcedit.

248 Ideo colligitur † quod qui uolens facit rem præsumitur facere ad rogationem & instantiam alterius nisi exprimat quod facit motu proprio, idem probatur in lege prima. in fi. C. de raptu uirginum, ubi mulier dicitur rapta etiam quod uolens & libenter aufugiat per fenestram, uel portam & uadat ad domum raptoris, quia intelligitur ad instantiam ipsius fecisse, & ideo concludit quod quando notarius scripsit, publicaui, præsumitur rogatus, quia est de substantia intrinseca uerbi publicare, & istam conclusionem Bartoli. in utroque dicto sequuntur communiter * Docto. ut non præsumatur rogitus ex solo uerbo præsens interfui, quia est solemnitas extrinseca, sed si proferratur uerbum publicaui, præsumatur rogatus, nam uerbum publicare, significat publicum instrumentum facere, nõ potest autem publicum instrumentum fieri nisi præcedat rogitus, sicut non põt esse fideiussio nisi interueniat stipulatio, & ideo præsumitur, sed dũ Bar. dicit differentiá esse inter notarium & testẽ, recte considerando datis paribus terminis nulla est differẽtia, quoniá nullo interposito uerbo non præsumitur in notario, sed apposito uerbo publicare præsumitur, quia includitur, ita in teste nullo apposito uerbo præsumitur, sed si se subscripsit, tunc præsumitur, quia implicite continetur, ut supra dixi, & uoluit ipsemet Bar.

249 Sed postea † subiicit Bar. quid si non est appositũ uerbum, publicaui, sed est appositum uerbum rogatus scripsi, an præsumatur publicatio, & sic in casu e contrario, & ipse determinat quod sic, quia dicit hæc duo æquipollere, rogatus scribere & publicare, sicut interrogare & respondere, & stipulari æquipollent, tamen Bal. hic tenet contrarium, ꝙ per uerbum rogatus scripsi non præsumatur publicatio, quoniam constare debet ꝙ postquam rogatus scripsit legerit illud, & a partibus sit absolutus, ut est glo. in l. fideicõmissa. §. primo. ff. de leg. 3. unde putat Bal. quod sit necessarium ut saltem sit appositum signum tabellionis, alioquin non præsumeretur rogitus, sed apposito signo inducitur quidá terminus in scriptura sicut & in agris. l. in agris ff. de acq. rer. domi. & toto titulo de termino mo. & ideo isto termino apposito tabellio demõstrat actum fuisse absolutum a partibus. l. appertissimi. C. de iudiciis. & confirmat Ias. quia instrumentum dicitur esse imperfectum quamuis sit scriptum a tabellione si non fuit lectum uel publicatum, nec præsumitur nisi attestetur, per glo. in dicta l. fideicommissa. §. primo. per quam ita tenet Bal. in lege statutus. C. de fid. instrument. & hanc partem ego puto ueram, quia rogari & publicare sunt duo facta diuersa, & unum fit a parte & aliud a notario, & non est uerum quod si rogatus scripsit contractum quod publicauerit, quoniam publicatio est actus

actus separatus qui necessario sequitur postquam notarius rogatus scripsit actum, & experientia docet quod sæpius notarius in præsentia partium scribit totum contractum, & tamen postea sunt in discordia partes & recedunt & remanet scriptura nulla & actus nullus non habens mundum perfectum, de quo dicitur in §. primo. insti. de emptio. & uenditione. cũ ante partes possint recedere, ut ibidem dicitur, concordando tamen opiniones potes distinguere, Aut notarius dixit simpliciter rogatus scripsi, & tunc est uerior opinio Bald. si uero dixit rogatus scripsi hoc publicum instrumentum, & tunc procedit opinio Bartol. quia si scripsit publicum instrumentum necessario implicat illud publicasse, & hæc fuit intentio Bar. sentiens ꝙ quãdo dixit rogatus scripsi se refert ad totum actum, & non dicitur apponere illã scripturam nisi postquam publicauit, & propterea cum hac distinctione utraq; opinio potest esse uera.

250 Tertio postea † subiicit, quid si dixit ego talis notarius scripsi & præsens interfui, & non posuit uerbum rogatus, neque uerbum publicaui, an hæc duo præsumantur, & differt a prima quæstione, quia ibi tantummodo dictum fuit præsens interfui, hic uero addidit uerbum & scripsi, & respondet quod illa duo nõ præsumuntur nisi hæc uerba scripserit in protocollo ubi totum contractum scripsit, & solet in quinternis rogationum apponere instrumenta perfecta, & propterea addidit alia signa, sed si non reperiatur scriptum non præsumetur neque rogitus neq; publicatio. arg. auth. ad hæc. C. de fid. instrument. cum glo. sua & in corpore unde sumitur, ubi scriptura reperta in archiuo publico probat quia præsumitur publica propter locum, ita & hæc propter locũ præsumitur, & sequitur Alex. hic & in consilio 152. uidetur prima consideratione col. 3. ad fi. Butrius in capit. 1. col. 3. de fid. instr. sed Aret. hic reprehendit, ut refert Ias. sed tu dicas quod hæc opinio Barto. est uera concurrentibus qualitatibus per eum positis, ꝙ in ea sit appositum sigillum suum uel alia quæ solent complere instrumentum, ut subscriptio sua, sed si non esset sigillum appositum uel subscriptio notarii.

251 Ex † hoc solo quod reperiretur scriptum in protocollo non præsumeretur perfectum, quoniam multi notarii rogati solent scribere primam cartam in protocollo audiendo intentionem partium & postea antequam legant solent partes esse in discordia & discedere, prout ego de facto uidi euenire Salerni ut esset scriptũ in protocollo, tamẽ nulla erat subscriptio ipsius notarii qui mortuus fuit, & nata fuit hæc quæstio in qua ego consultus determinaui ꝙ si probaretur nunquam esse solitum scribere contractus in prothocollo nisi post perfectionem quod tunc præsumatur perfectum instrumentum, sed si hoc non appareret non præsumeretur perfectum non interueniente subcriptione notarii pro ultima perfectione, quia non probat hoc esse quod ab hoc contingit abesse. leg. non hoc. C. unde legitimi. & propterea stat conclusio, quod pro hoc uerbum, scripsi, non inducitur præsumptio rogitus, neque publicatio, nisi interueniat subscriptio pro ultimo complemento, item addebat hic Aret. circa dictum Bartol. de rogitu, quod nec etiam est necessarium quod sit in quinternionibus, quia dicendo ego notarii scripsi dicit se officialem ad publicam scripturam deputatum, ergo implicite uidetur scribere omnia quæ faciunt publicum instrumentum pertinentia ad officium notarii, & non solent notarii scribere nisi ad instantiam partium. dicto §. nos uero. in authen. de tabellionibus. cum præsumatur factum quod consueuit fieri lege final. C. de fideiusso. & hoc dicit Iaso. tenere Bald. in rub. C. de fid. instrum. & confirmat Ias. quia hæc uerba notarii denotant subscriptionem ipsius, ideo sicut testis se subscribens dicitur rogatus ita etiam & notarius se subscribens, sed tu dicas quod omnia prædicta possunt concludere si interuenit uera subscriptio, sed hic interuenit præsumpta, & est opus quod in subscriptione addatur hoc publicum instrumentum, quoniam aliter non poterit induci fundamentum efficax ad inducendam præsumptionem rogitus, & quod publicauit, quando non reperitur scriptum in protocollo, cum milies accidere possit, ut dictum fuit, quod postquam notarius scripsit etiam rogatus partes sint in discordia, & non perficiatur ab eis.

252 Quare † habes quod si dixit publicaui, præsumitur rogatio lectio coram partibus & perfectio, sed si dixit ego notarius scripsi, non præsumitur neque rogitus neque publicatio nisi reperiatur in protocollo cum subscriptione notarii uel signo, uel saltem appareat quod nunquam consueuit scribere in protocollo nisi perfecte instrumentum, si uero dixit rogatus scripsi, non præsumitur publicatio nisi addiderit, scripsi hoc publicum instrumentum, & in summa oportet considerare an ex uerbis prolatis alia necessaria implicite contineantur, & si dicatur sunt omnes solennitates intrinsecæ ergo præsumuntur, dicas ꝙ uerum est quando est prolatum uerbum, publicum instrumentum, quod alia implicat, sed alio non prubato seruanda est distinctio præcedens.

253 Addit † etiam hic Butigella ꝙ notarius præsumitur rogatus scribere omnes clausulas consuetas & eas præsumitur apponere. leg. fina. in fin. ubi omnes no. C. de fideiuss. & l. si prius. §. 1. & ibi Bart. ff. de acqua plu. arc. & si præsumitur rogatus scribere omnes clausulas fortius præsumitur rogatus scribere publicũ instrumentũ & publicare, cũ ad hunc principalẽ finẽ partes accedãt ad eũ. Quinimo dicebat Areti. in c. 1. col. 4. de probatio. ꝙ opi. Bart. probatur ex eo ꝙ notarius non potest negare rogitum, quia ea negare nõ præsumitur, all. Io. And. ut hic per eũ. & l. quædã. §. fi. ff. de eden. sed tu dicas ꝙ ista nõ sufficiũt ad impugnandũ præcedentia, quoniã notarius præsumitur rogatus scribere oẽs clausulas cõsuetas quãdo uere rogatus fuit de instrumento, ideo opportet prius constare quod sit rogatus de ipso instrumento, cum partes possint ex uariis aliis causis accedere ad notarios, & propterea est necessarium quod aliqua cõstent per quæ præsumamus rogatum fuisse ad conficiendum instrumentum, quo nõ constito neq; de accessoriis præsumetur rogatus, itẽ ꝙ notarius nõ possit negare rogitum procedit quando ex aliis interuenientib. præsumitur rogatus, ut quãdo est prolatum

uerbum denotans actum, perfectum, secus si non esset sufficiens principium, cum non semper in omnibus actibus rogentur notarii, ideo dicas ut supra.

254 Vlterius † postea Bar. hic format quæstionem an pro nuntio & eius gestis præsumatur, & si aliquid refertur an omnia præsumãtur solenniter acta, in quo ipse breuiter se expedit, non aduertendo quod est quæstio quotidianissima & frequẽtius contingit quã in contractibus scriptis, & dicit, Aut nuntius refert ex commissione sibi facta a parte seu partibus, & idẽ est quod in notario scribente ex mandato partis, & idem dicit se putare quando ipsa pars aliquid confiteretur, ut ex confessione præsumatur solennitas. Aut refert ex cõmissione iudicis, & tunc dicit idem quod supra in teste, quæ uerba ambigua sunt ualde, incerta, & imperfecta & non bene demonstrauit quid habuerit in intentione, nam primo non declarauit quomodo eueniat quod nuntius habeat commissionem a parte, uel habeat cõmissionem a iudice, propterea

255 Doc. hic declarauerunt eius intentionẽ dicendo † ꝙ duplex est nuntius, priuatorũ, & iudicialis seu publicus, nuntius priuatorum est quando ipsi mittunt aliquem priuatum ad gerendum negotium cum alio, quod in omnibus contractibus iurisgentium permittitur, ut inter absentes possent fieri per nuntium uel epistolam. iuxta. leg. 1. ff. loca. & l. ex consensu, supra de actio, & obligatio. & §. 1. insti. de obligatio. quæ ex consensu nascuntur, & hunc nuntium Bartol. æquiparat notario. Alius est nuntius publicus qui deputatur ad citationes fiendas tam reales quam personales, qui aliquando est generalis deputatus à publico ad omnia acta iudiciaria, & iste solet portare certum signum uel unum baculum uel mazzam argenteam uel birretum rubeum uel aliud simile signum. Alius est specialis quando iudex dat commissionem cuilibet ut uadat ad citandum, quia potest ipse dare cuilibet priuato, & etiam ipsi parti, ut habetur in lege iuste possidet. ff. de acquirend. possessio. & de utroque habetur per Bar. in l. iiii. §. prætor. ff. de damno infect. ubi etiam Alex. & Ias. & hunc æquiparat Bartol. testi, & cum hac expositione pertranseunt omnes, tamẽ postea succedit alia dubitatio quid sibi uoluerit Bartol. dum dixit quod nuntius priuatorum æquiparatur notario, an uellit se referre ad proxime præcedẽtia, quod præsumatur rogatus sicut notarius, uel potius uellit æquiparare notario in generali materia, ut sicut præsumitur solennitas quando notarius dixit aliquem fideiussisse, an etiam si nuntius dixit aliquem fideiussisse præsumãtur omnia solenniter acta, & eadem dubitatio est in nuntio iudiciali, an Bartol. uellit referre ad proxime dicta quod non præsumatur rogatus sicut nec testis, uel potius uellit referre ad omnia dicta in præcedentibus, ut si nuntius referat aliquem fideiussisse non præsumatur solennitas, sicut dixit non præsumi in teste. per l. 1. C. de usur.

256 Alex. tamen † hic & cõmuniter * Doct. uidentur intelligere Bar. quod æquiparet nuntiũ notario in generali materia, & nuntium publicũ testi in generali materia, iux. dictã l. 1. C. de usur. & hoc etiam mihi placet, quia dicit quod si pars aliquid confiteretur præsumitur solennitas sicut in notario, & mens sua fuit dicere, quod si aliquis confitetur se fideiussisse, uel in iudicio uel extra, omnia præsumuntur solenniter acta, unde apparet ex intentione Bartol. una magna ampliatio ad totam hanc materiam, ut procedat nedum quãdo scriptum est uerbum prolatum, sed etiam quomodocunque sit prolatum etiam sine scriptis uerbum denotans actum perfectum, ut præsumatur omnia solenniter acta, dummodo possit legitime constare de prolatione dicti uerbi, unde apparet ꝙ ampliatio generalis quam ego feci in præmissis & in notabilib. dicitur esse uera, & est de mente ipsorum Doct. licet non ausi fuerint exprimere. Alex. tamen hic declarabat intentionem Bart. esse ꝙ creditur nuntio referrenti factum alienum & pro eo præsumitur, sed si refert factum proprium nõ præsumitur, & allegat eundẽ Bar. in l. 4. §. prætor. ff. de dãno infect. in uersi. quid debet referre nuntius. nume. 12. quæ declaratio est imperfecta & inuoluta, quia commiscet nuntium priuatorum, & nũtium iudicis, quod est cõtra intentionem Bar. & extra quæstionẽ, item ex alio non est bona, quia præsupponit ꝙ non credatur nuntio referrenti factum suum, cũ imo credatur ei in iis quæ respiciunt officium suum, ut habetur in l. si librarius. ff. de regul. iur. & si dicas ꝙ habuit respectum ad testem per cuius dictum nõ inducitur præsumptio, adhuc non bene loquitur quia in nuntio iudiciali aliud est dicendum quam in teste, tamen ipse postea in spetie formauit tres quæstiones spetiales magis ad propositum & utiles, uerum quia nihil dicit de nuntio priuatorum in quo sunt ædem

257 & maiores dubitationes. Propterea tu plenius † tangendo hanc materiam quotidianissimã & utilissimã constituas duos articulos separatos, unum de nuntio priuatorũ an pro eo præsumatur & pro eius gestis. secundum de teste publico an pro eo præsumatur, & pro eius gestis, & in unoquoque articulo constituendæ sunt quatuor quæstiones separatæ. Primo an credatur ei an sit nuntius. Secundo an præsumatur pro commissione, & an ei debeat credi de commissione. Tertio, an credatur ei referrenti factum proprium, uel alienum. Quarto, an præsumatur solennitas necessaria ad illum actum per relationem prolatum.

258 Circa primum † an præsumatur pro teste priuato & eius gestis, ut quæstiones utiliores appareant, constituas thema quod in facto euenit. Quidam doctor nouellus impetrauit ut esset delegatus ad iudicandum officiales unius ciuitatis, & habita commissione ut se prepararet ad iter misit unum nuntium ad amicum qui sibi commodaret equm pro hoc itinere, & eundem etiam ad doctorem qui daret sibi certos libros in practica, postea misit alium nuntium ad amicum cum literis, ut commodaret ei uiginti uncias, & quod alius amicus fideiuberet pro eo, alium quoque misit nuntium ad unum mercatorem qui sibi uenderet pannos siricos, & lanceos & daret sartori, euenit quod nuntius primus postquam habuit libros, & equm auffugit in aliam partem, alii uero nuntii fideles fuerunt, & unus portauit pecuniam mutuatam, & retulit illum cui commisit fideiussisse, & alter nuntius quoque retulit

tulit dictum mercatorem uendidisse & tradidisse pannos in commissione contentos, ipse autem doc. delegatus iuit ad officium suum, & eo finito reuersus est & creditores suos nedum non uisitauit sed demonstrauit eos non cognoscere, propterea ipsi coacti fuerunt eum uocare ad magnam curiam petendo res sibi debitas, & primo ille dominus equi conuenit eum ut restitueret equm suum uel ualorem ipsius, ille autem conuentus negauit misisse aliquem uel petiisse equm suum in cõmodatum, & quod neminem misit, & imputet sibi si dedit incertæ personæ, ille autem probauit quod erat seruus suus, & quod erat solitus mittere eum ad accipiẽdum equm
259 & ad facienda uaria negotia sua † unde fuit dubitatum de duobus, primo an præsumeretur quod nuntius haberet commissionem petendi equm commodato, & an si ille dominus credidit nuntio sit excusatus uel non, & quod non deberet credi nuntio faciebat regula generalis, ꝙ non creditur nuntio sine literis c. prudentiam, ubi Abbas & Decius de offi. delegati, & Bar. in l. cum quis. §. sed & dum. nu. 4. commod. item quia nuntius est tanquam procurator in quo requiritur mandatum, & mandatum nunquam præsumitur nisi probetur etiam per mille annos, ut uoluit Alex. in l. qui in aliena. ff. de acquir. hæredita. & in l. si filius, C. de petitione hæredi. ut supra retulit Ias. facta discussione per magnam curiam conclusum fuit quod ille dominus equi dando equm illi seruitori qui solitus erat alias accipere quod fuit excusatus, & quod præsumeretur mandatum, arg. l. uel uniuersorum. ff. de pigno. actio. & l. titianus, ff. quod cum eo. nec obstat doctrina Alexan. in dictis locis, quia illa non est uera quando interueniunt aliæ coniecturæ ex quibus possit præsumi, per l. qui patitur. ff. Mand. & probatur in dicta l. si filius, C. de petitione hæredita. & dicta leg. qui in aliena. §. sed si non adierit. ff. de acquir. hæreditate, & supra tenuit Ias. licet se fundaret in cursu temporis, tamen procedit etiam de præsenti, per dictam. l. uel uniuersorum. ff. de pigno. actio. & l. titianus, ff. quod cum eo.
260 Secunda † postea succedit dubitatio, utrum dictus Doctor etiam præsupposito quod miserit nuntium teneatur de amissione, & uidebatur quod non, quia commodatarius non tenetur de casu fortuito, ut habetur in §. item is, & in. §. at is, insti. quib. mod. re contrahitur oblig. tamen contrarium fuit determinatum quod imo teneatur per tex. in l. cum qui. §. sed & dum, ubi gl. & Bart. ff. commod. ubi distinxit Bart. quod si mittens nuntium mandat ut detur ipsi nuntio res, si postea pereat culpa nuntii teneatur commodatarius, quia culpa præcedens casum facit quem teneri de casu, dicto. §. at is. insti. quib. mod. re contrahit. obligatio, & ipse mittens famulum fuit in culpa mittendo non fidelem & dolosum hominem, & facit quod uoluit Bal. in cons. 425. & 426. libro. 4. de famulo amitente pecuniam quam portabat ad creditorem, & idẽ Bal. in l. ex diui. C. locati, & l. dominus horeorum. ff. locati. & in le. is cui C. de furtis, sed si mittens non dixisset quod daret nuntio sed quod ipse mitteret per alium, & tunc ipse dominus esset in culpa, & casus fortuitus pertineret ad ipsum, propterea lata fuit sententia contra ipsum docto. quod teneretur ad restitutionem equi uel æstimationis, per quam decisionem apparet quid seruandum sit inter scholares quando unus mittit nuntium ad alium ut mutuet pecuniam uel libros & aufugiat, nam considerari debebit an mittens sit solitus mittere ad similia negotia, & in proposito apparet quod præsumitur pro nuntio dicente se habere commissionem ut alter ei credere possit quando habet literas uel quando ille qui misit probatur habuisse rem, per dictam. l. qui patitur, & leg. uel uniuersorum, & l. si.

Secunda postea fuit motalis per eum qui mutuauit pecuniam, & fideiussorem eius, ut restitueret eam, & ille negauit se misisse nuntium, atque etiam dixit quod non apparebat de fideiussione, cum uerbum fideiussisse nihil inferat quando non apparet quantitas uel causa, & licet nuntius protulisset illud uerbum, tamen non debet credi nuntio qui est unicus testis, & ita fuerunt tres dubitationes, una an ille mutuans deberet credere nuntio. Secunda an credatur nuntio referrenti illum mutuasse uel fideiussisse. Tertia an præsumeretur solennitas ut fideiussio prolata perfecta uideretur, & quantum ad primam faciliter fuit sopita, quia productæ fuere literæ commissionis ut daret pecuniam mutuam nuntio, unde
261 apparuit mandatum expressum † & successit solum difficultas an ipsi nuntio referrenti crederetur dum dixit eum mutuasse & alium fideiussisse, & uidebatur quod non, quia unicus erat testis, sed tamen contrarium fuit determinatum ex mente Docto. hic & Alex. quod credatur nuntio referrenti factum alienum sicut creditur notario, nec obstat quod sit unicus testis, quia per mittentem ipse fuit approbatus
262 dando commissionem ut ei daret pecuniam † & testi approbato creditur in præiudicium approbantis, ut uoluit Bart. in l. Theopompus. ff. de dote præleg.
* quem ibi sequuntur communiter * docto. item creditur nuntio referrenti id quod pertinet ad officium suum, ut uoluit Bar. in l. si librarius, ff. de reg. iur. & supra nos uidimus in alio proposito, & ideo conclusum fuit quod præsumitur pro nuntio referrente, & creditur eius relationi, & sensit Bar. hic & communiter Docto.
263 Vnde † remansit tertia dubitatio, an modo per illa uerba relationis nuntii esset probata fideiussio efficax, & dicebatur quod non, quia pro nuntio non præsumitur solennitas sicut nec etiam pro teste, iuxta. no. in l. 1. C. de usur. & uidetur sensisse Barto. hic, item erat incerta quantitas & incerta etiam causa, cum solum esset dictum talem fideiussisse, iuxta. no. super secunda parte glo. nostræ, tamen contrarium fuit determinatum quod imo sit probata plena fideiussio per regulam tex. nostri, quod omnia præsumuntur solenniter acta, & est de intentione Bartol. hic, qui nuntium priuatorum æquiparat notario pro quo præsumitur non autem testi, & sic cessat obiectio. de leg. prima. C. de usur. item nec illa opinio de teste est uera ut supra plenius declaraui, quoniã principium præsumptionis consistit tantummodo in uerbo prolato denotante actum perfe-

ctum de qua constat, & ad illud quod esset incerta responsum fuit quod in commissione erat petita certa quantitas pro mutuo,& apparebat pecuniam illā certam mutuatam esse, ideo per relationem ad mutuum certificata fuit fideiussio, per no. supra in secunda parte glossæ. propterea & ipse Doctor fuit condemnatus ad restitutionem pecuniæ mutuatæ
264 ipsi fideiussori mutuanti † & decisa fuerunt duo in proposito nostro,unum quod creditur nuntio referēti factum suum & factum aliorum pertinens ad officium sibi commissum, Secundum, quod pro uerbis nuntii prolatis præsumitur solēnitas tā certa quā incerta,sicut si esset prolata a partib.uel a notario, postea examinata fuit quæstio de mercatore qui petebat ualorem pannorum uenditorum, & bonus doctor negauit se misisse nuntium, & cum ipse nuntius retulisset mercatorem uendidisse, negauit uenditionem esse probatam, quoniam de pretio nulla erat facta mentio, & sine pretio uenditio est nulla. §. pretium. institu. de emptio. & uendi. quæ solennitas non præsumitur ut uoluit Bartol. supra in iiii.oppositioni. & quoniam per supradictas alias lites erat demonstratum quod nuntius habebat commissionem, uel quia apparebant literæ, uel quia probatum fuit eum solitum fuisse dictum nuntium mittere ad similia negotia, & tanto fortius quia erat probatum quod pecunia mutuata peruenerat ad manus suas, & etiam uestimenta illa ipse portauit, unde præsumitur mandatum quando actus fit ad utilitatem alterius, per text. in dicta lege. qui patitur. Mand. & capitulum. si motu proprio. de præben. in sexto.item etiam per præcedentes lites erat conclusum quod credetur nuntio soli referrenti factum suum uel alienum respiciens officium suum.

265 Propterea remansit † sola dubitatio, an præsumeretur solennitas precii ut posset conueniri ex uenditione, & quoniam supra conclusum fuit quod stante incertitudine pretii non potest agi directo ex uenditione, ideo uidebatur absoluendus reus. sed tamen adhuc determinatum fuit contrarium quod imo esset probata uenditio efficax, quoniam ille mercator, examinauit sartorem qui deposuit de precio certo cuiuslibet rei unde per relationem ad ipsos testes completa fuit uenditio, ideo etiam condemnatus fuit ipse ad solutionem pretii dictorum pannorum uenditorum,nec audita fuit allegatio quod inter absentes non interueniat consensus, quia contractus uenditionis & mutui est de iure gentium & potuit fieri per nuntium uel epistolam, dicta leg.prima. ff.loca. & leg. ex consensu. de action. & obligation. & fideiusio non fuit facta cum absente sed fuit facta cum illo mutuante pecuniam qui erat præsens cum fideiussore.

266 Ex quibus habes † resolutum hunc articulum, utrum præsumatur pro nuntio & pro gestis factis ab eo, & habes resolutas quatuor quæstiones, unam quod præsumitur pro nuntio dicente habere commissionem si habet literas,iuxta capitu.prudentiam. de offic. de leg. uel si est solitus facere talia negotia, dicta l. uel uniuersorum. ff. de pig. actio. & leg. Titianus. ff.quod cum eo, uel quando mittens reperitur habere rem petitam argu.leg.qui patitur.ff. Mand. & per hoc sequitur quando credatur nuntio asserenti se nuntium,& quando alter sit excusatus credendo ei. Tertia fuit quæstio decisa, quod creditur nuntio referrenti factum suum,uel alterum pertinens ad officium suum, & præsumitur pro relatione. Quarto etiam fuit decisum, quod quando prolatum fuit uerbum denotans actum perfectum a nuntio quod præsumitur solennitas omnis necessaria ad actum uniformis, & etiam difformis quando certificatur per relationem ad aliud, & sic nuntius æquiparatur notario, & partibus proferrentibus uerbum denotans actum perfectum, & est de mente Bartol. hic, qui uoluit quoque quod eadem præsumptio cadat in parte confitente se fideiussisse uel uendidisse quomodocunque appareret de confessione uel per testes uel per scripturam,& hæc de primo articulo.

267 Secundus † est principalis articulus,an præsumatur pro nuntio publico & pro eius gestis, de quo etiam Alexand. hic formauit quatuor quæstiones, an credatur ei quod sit nuntius, & an credatur ei de commissione iudicis, & an credatur ei referrenti factum suum uel alienum, & an pro relatione sua præsumatur solennitas, & difficultatem facit, quia Barto. cum æquiparat testibus, in cuius dictis non præsumitur aliqua solennitas, ut per glossa. & Doctores in lege. prima. C. de usur.

268 Quærit † igitur primo Alexan. utrum si aliquis dicat se nuntium, an credatur ei, & Bartol. in extrauaganti ad reprimendum, in uerbo per nuntium, tenet quod si est nuntius publicus deputatus ab uniuersitate uel a magistratu ad tale officium generaliter, & portet signa destinata ab illa uniuersitate uel magistratu portanda, ut quod portet baculum in manu prout seruatur hic Messanæ,& Neapoli, uel portet mazzam argenteam, uel etiam auream ut seruatur Bononiæ in nuntiis antianorum, & in curia Romana, uel portet biretum rubeum, uel aliquod aliud simile signum secundum consuetudinem assignatum, & tunc debet credi eum esse nuntium, quoniam si tolleratur a publico in tali officio præsumitur ita esse, argumento notatorum in l. Barbarius Filippus. ff. de officio prætoris, & C. de testibus leg. prima. cum similibus, si uero non est nuntius publicus, uel non portat signum, ut possit cognosci, & tunc non creditur ei nisi ostendat literas commissionales, nam iudex potest facere nuntium in quacunque causa priuata, ut nota. C. de sportulis.leg. secunda. & in authent. de iudi. §. necessarium. colum. sexta. in §. eos, authent. de collatoribus, & posuit Imol. in lege. ex consensu.§.eum qui,de appellat.nu.19.& sequitur Ang.in l.consentaneum,C.quōmodo & quādo iudex.super gl.commouentur,& repetit ibidem Imo.nu. 26.ubi etiam latissime examinat an credatur nuntio quando pars dixit se nolle unire ut constituatur uerus contumax

contumax, aduertendum est tamen, quia opportet quod tales literæ commissionales nominent in spetie dictum illum nuntium, dicendo committimus tibi Sempronio, sed si eueniret quod esset commissio generalis, ut quia diceretur, committimus omnibus nuntiis & iuratis, & tunc esset necessarium quod ipse esset de iuratis publicis habentibus illud officium, quia non uidetur habilitare aliquem ad tale officium sed committere illis qui habilitati fuere, & ideo non credetur ei nisi demonstrauerit se esse de illis publicis, & si esset homo priuatus non posset se reualere de tali generali commissione, & si esset extra prouintiam suam opporteret etiam quod portaret aliquas literas credentiæ quæ facerent fidem eum esse nuntium, per no. in dicto authent. eos. de collatorib.

269 Secundo † quærit hic Alex. licet implicite, an constito quod aliquis sit nuntius uel publicus uel in spetie deputatus si uadat ad citandum aliquem an hoc possit facere nisi ostendat commissionem, & omnes conueniunt in hoc quod regulariter nuntius non potest aliquem citare nisi in scriptis demonstret habere literas commissionales, quia sine literis nuntio non creditur. cap. prudentiam, de officio deleg. l. 1. C. de Mandat. principum, & l. neminem. C. de exhib. & introducendis reis, & tenuit Bartol. in l. 1. §. cura carnis. ff. de officio præfecti urbis, & in dicta extrauaganti ad reprimendum, & Cy. in dicta lege. neminem, ubi etiam Bald. multa allegat cum similibus adductis hic per Alexand. & plene per Imol. in lege ex consensu. §. eum qui. tertia carta, de appellationibus nmero. 18. ubi concludit quod nuntio non creditur nisi ostendat literas mandati sibi facti per iudicem, per dictam legem neminem & per Saly. in lege tres denuntiationes. C. quomodo & quando iudex. & si facit citationem ad instantiam iudicis delegati opportet etiam quod in citatione inseratur copia rescripti suæ delegationis, per id quod habetur in capitulo. cum in iureperitus. de officio delegati, & in capitulo secundo. de dilat. & per eundem Salyc. in d. l. consentaneum & in auth. qui semel. C. quomodo & quando iudex. nisi forsan esset iudex delegatus multum notus, quia tunc sufficeret assertio ipsius iudicis in illo loco in quo exercet iurisdictionem, & si citatus dubitat de iurisdictione iudicis deberet comparere ne efficiatur contumax; & petere copiam rescripti, ut no. in dicto capitul. secundo. de dilationibus. quod plærunque in practica seruatur, & in hoc casu præsumitur pro nuntio, ex eo publicus est. si tamen † esset consuetudo in ciuitate quod citationes fierent sine scriptis

270 prout in multis locis seruatur, & tunc si esset nuntius publicus uniuersaliter deputatus, & portaret signa sua, uel esset multum notus crederetur ei de commissione iudicis, & sic præsumeretur pro eo asserente habere commissionem, ut saltem ille teneatur credere, & si dubitat debeat comparere, & se informare in iudicio de tali commissione.

271 Tertia est dubitatio † utrum credatur nuntio referrenti se citasse aliquem, & hæc est quæstio sæpius agitata per canonistas in capi. cum parati. extra. de appellationibus, & habetur in leg. quarta. §. prætor. de dam. infecto. & in c. cum in iure peritus, de officio deleg. & in cap. bonæ. de electione, & l. magis puto. §. ne autem. ff. de reb. eorum, & ex ibi dictis colligitur quod plus creditur nuntio quam iudici,

272 quando refert se citasse aliquem, † quia hoc est proprie officium suum, & nisi crederetur ei frustra esset inductum quod citationes deberent fieri per nuntium, & ideo sicut uidemus quod creditur notario in iis quæ pertinent ad officium suum, quia iurauit illud gerere fideliter c. ad audientiam, de præscri. eodem modo creditur ipsi nuntio in iis quæ pertinent ad officium suum, ex eo quia iurauit illud gerere fideliter, & hoc est de mente Bar. in dicta leg. quarta. §. prætor, uersi. sed quid si nuntius. ff. de damno. infect. qui solum dubitat an præsumantur præcessisse aliqua necessaria ad ualiditatem citationis, sed habet pro absoluto quod si nuntius illa refert quod ei creditur, & tanto fortius procedit hæc conclusio quando per statuta simpliciter est dispositum quod credatur ipsi nuntio, procedendo ulterius quod in certis casibus multum præiudicialibus debeat nuntius habere secum testes per quos probet citationem factam, nam tunc in reliquis non nominatis credetur ipsi nuntio de citatione, sicut creditur notario asserenti interuenisse omnes solennitates, & qui contrarium dicit illud debet probare per testes, dicta leg. optimam. §. fi. C. de contrahend. & commit. stipulatio. & habetur per glo. in 3. parte, & per Bar. in 3. quæstione.

273 Doctores † tamen in dictis locis, maxime in dicto capitulo cum parati. uidentur dubitare de aliquibus casibus præiudicialibus, tamen in hoc standum est consuetudini, & in casu dubio tutius erit probare per testes, ideo constituas regulam, quod creditur nuntio asserenti tam factum alienum quam factum proprium, quia approbatus fuit deputando eum ad officium cum iuramento de fideliter exercendo. Ampliatur procedere etiam in casibus præiudicialibus multum, si in ciuitate non est seruatum quod debeant admitti testes. Limitatur uero non procedere quando est contraria consuetudo quod in certis casibus admittantur testes, uel in statutis dicti casus particulares sunt expressi, in omnibus tamen casibus in quibus creditur nuntio referrenti se citasse, si citatus negaret citationem factam, & uellet probare contrarium, tunc admitteretur probando, quod illa die non fuerat in ciuitate, uel quod erat in certo loco in quo nunquam fuit uisus, secundum formam positam in dicta. lege optimam. §. finali. opporteret, quod saltem essent duo testes fide digni, quoniam persona nuntii a publico fuit approbata unde opportet quod sit unus testis ultra ipsum, iuxta. no. in c. cum Ioannes, de fid. instrumento. & sic habes quod præsumitur pro nuntio referrente, ut uerum dixerit in relatione.

274 Sed succedit † dubitatio quarta magis in spetie pertinens ad materiam nostram, quid si nuntius retulit se citasse aliquem ad domum, uel dicat etiam personaliter eum citasse, & non appareat de com-

missione iudicis, neque in relatione ipse fecit mentionem de ista commissione, utrum præsumatur commissio iudicis & cætera necessaria ad ualiditatem citationis, & uidetur primo ei credendum esse, quoniam retulit uerbum denotans actum perfectum, ergo omnia præsumuntur solenniter acta per text. nostrum hic, & per text. §. si scriptum. instit. de inutilibus stipulationibus, cum similibus. contrarium tamen uidetur tenere Bartol. in dicta leg. quarta. §. prætor. uersic. quid debet referre notarius. ff. de damno infecto, qui uoluit quod ipse debet exprimere qualitates necessarias ad ualidandam citationem, sentiens quod licet credatur ei referrenti se citasse, & exprimenti quod perquisiuit per totam ciuitatem & non potuit inuenire unde citauit ad domum, tamen ipse uult quod si notarius hæc non exprimat non præsumatur solennitas ista, & hoc est etiam quod uoluit dicere Alexan. dum dixit quod non creditur ei de facto suo sed bene de facto alieno, intendens quod si retulit aliquem fideiussisse præsumentur omnia solemniter acta, sed si retulit factum suum, dicendo se citasse, licet credatur ei in relatis, tamen in non expressis nulla erit præsumptio, & hoc etiam est de mente Barto. hic, dum dixit quod iste nuntius publicus æquiparatur testi, & cum in uerbo prolato a teste non præsumatur solennitas. leg. prima. cum gl. C. de usur. ita nec etiam in uerbo prolato a nuntio præsumetur solennitas, & est communis * conclusio Docto.

275 Et sic fecit † differentiam in hoc tantum inter nuntium priuatum & iudicialem, quia si est nuntius priuatorum præsumitur solennitas necessaria ad uerbum prolatum ab eo sicut si profertur a notario, sed si est nuntius iudicialis non præsumitur solennitas necessaria ad uerbum prolatum a nuntio sicut nec in teste, & in spetie Doctores hic dubitant, & Alexan. hic, an si nuntius retulit se citasse & relationem scripserit notarius an præsumatur præcesisse commissionem iudicis quæ necessaria est ad ualiditatem citationis, ut supra dictum fuit per dictam leg. neminem, & dictam l. sed si hac. §. prætor. ff. de in ius uocando, & leg. prima. C. de Mand. principium, & leg. missi opinatores. C. de exactori. tributo. lib. 10.

276 Et Alex. hic † concludit quod illa non præsumetur, & sequitur hic Roma. tamen in contrarium allegat Tancredum in tracta. de citatione. quæstio. 10. dicentem, si in actis sit scriptum citationem factam a nuntio non erit necesse probare commissionem iudicis, quia præsumetur eam interuenisse, & nuntium referrentem illud uerbum citasse implicite dixisse commissionem factam, cui est credendum, per not. in leg. prima. §. si quis uersi. ad referrendum ff. de officio præsi. & leg. magis puto. ff. de rebus eorum, & hæc quæstio differt a præcedenti, quia ibi dubitatur an credatur nuntio asserenti se habere commissionem, hic uero dubitatur an si retulit se citasse præsumatur solennitas necessaria ad citationem, & causa diuersitatis est, quia si nuntius habet commissionem, citatio ualuit, unde est dubium an modo præsumatur habuisse commissionem, ut sicut ex uerbo, fideiussisse, præsumitur solennitas stipulationis, ita ex uerbo, citasse, præsumatur solennitas publicationis, item sicut ex uerbo, publicaui, præsumitur rogitus sicut est de solennitate necessaria ita hic præsumamus commissionem interuenisse, quia est de solennitate necessaria, unde difficultas istius quæstionis dependet ab hoc solo, utrum commissio iudicis sit de substantia extrinseca uel intrinseca, quoniam si est de substantia intrinseca, ex tex. nostro uidetur determinari debere quod præsumatur.

277 Tamen ego † puto ueriorem esse opinionem quod commissio iudicis sit de solennitate extrinseca, quoniam est separata ab ipsa citatione, sicut litis contestatio est de solennitate extrinsecca sententiæ, & ideo non præsumitur, & si uis dicere quod sit de intrinseca solennitate, quia nulla citatio ualet sine commissione iudicis per quam nuntio præstatur iurisditio citandi, respondetur quod licet admittamus hoc, tamen non potest tolli quin sit solennitas quæ tempore citationis non potest interuenire, quando sempre citatio ex interuallo fit per nuntium post commissionem, & quando solennitas debet fieri ex interuallo, uel sit necessarium antecedens ad ipsum actum expressum nunquam præsumitur solennitas, per not. in leg. prolatam. C. de sententiis, & diximus supra in una limitatione posita in præmissis, & postea in materia, hæc tamen quæstio minorem habet difficultatem si tenemus cõmunem * opinionem Bar. & aliorum, quod ex uerbis testium nulla præsumatur solennitas, & quod nuntius iudicialis æquiparetur testi, sed tamẽ etiam sequendo opinionem quam supra firmaui, quod pro uerbo testis & nuntii præsumatur, nihilominus commissio in casu proposito non præsumetur, quia est de solennitate necessaria quæ non potest interuenire tempore actus, & ideo patet responsio omnibus contrariis.

278 Vnde † in hac quæstione de commissione an præsumatur commissio, tutior est opinio Alex. hic quæ communis est. unde opportet quod in relatione fiat mentio quod ipse citauit de commissione iudicis, item ex hoc sequetur quod ex hoc uerbo, se citasse ad domum, non præsumetur solennitas quod perquisiuit eum in ciuitate & non inuenit, quoniam hæc est solennitas extrinseca, uel si est intrinseca non præsumitur, quia non potest interuenire tempore citationis sed præcedat eam, merito Bartol. in dicto. §. prætor, dixit quod est necessarium nuntium ulterius extendere uerba sua, & referre expresse se obseruasse qualitates necessarias, & hæc est tutior opinio, practica tamen uidetur obseruare contrarium, quia notarii solent scribere tantum tali die talis fuit citatus ad sententiam, & per tale uerbum ex usu præsumuntur omnia solenniter acta, nisi dicas quod hoc euenit propter dictionem, & cætera, quam semper ponunt, & ideo extendendo illam dictionem authenticando processum, exprimerent omnia necessaria, & notario crederetur, ut

ut uidimus supra in limitatione Docto. de dictione &c. & habetur in leg. Gallus. §. idem credendum. ff. de lib. & posthum.

279 Facias † igitur duas principales conclusiones de hoc nuntio pertinentes ad materiam nostram, una est quod creditur nuntio iudiciali non tantum referenti factum alienum sed etiam referrenti factum proprium, quando sunt de pertinentibus ad officium suum, & quod pro ueritate relationis præsumitur. Secunda, quod si protulit uerbum denotans actum perfectum ex eo præsumetur solennitas intrinseca necessaria ad actum quæ tunc temporis potuit interuenire sicut diximus in notario, & etiam in teste secundum opinionem quam supra firmaui, sed si est solennitas extrinseca illa non præsumetur nisi sit narrata per eum, uel etiam si est intrinseca quæ non potuit tunc interuenire, nec etiam præsumetur nisi sit narrata, & in summa facias conclusionem generalem, quod ex omni uerbo a quocunque prolato præsumitur solennitas intrinseca uel extrinseca secundum generales regulas supra traditas cum suis limitationibus, dummodo illud uerbum legitime probetur, seu prolatio de eo sit legitima, & constet de ea.

280 Vlterius † etiam Bar. hic quærit, an in actis iudiciariis præsumatur solennitas, & quoniam litis contestatio est de principalibus actis iudiciariis, quæsiuit ipse, an si in processu reperiatur scriptum, facta est litis contestatio tali die, an per hæc uerba probetur ualida ut processus & sententia sequens ualere debeat, & refert Speculatorem in tit. de litis contestatione. §. secundo. uersi. quidam est qui dicunt, qui uoluit eam non probari per hæc uerba, & plus non dicit, tamen propter eius authoritatem obtentum fuit Bononiæ quod totus processus cassaretur cum sententia tanquam deficeret principale requisitum in eo. Bar. uero hic tenet contrarium, & mouetur, quia hoc uerbum, facta est litis contestatio, denotat actum perfectum, cum contestatio litis nihil aliud sit quam obiicere contradictionem petitioni propositæ. l. rem nõ nouam. §. patroni. C. de iud. ideo si scribitur, lis est contestata, scribitur post propositam petitionem negationem secutam fuisse, quoniam præsumitur solennitas intrinseca quando profertur uerbum denotans actum perfectum, & si dicatur inquit Bar. quod hæc solennitas non potest præsumi quia est difformis, cum litis contestatio posit fieri per confessionem & negationem, ut habetur in l. 1. C. de litis contestatio. respondet ipse, quod certificatur ex præsumptione legis, nam uerbum quod potest intelligi duobus modis intelligitur secundum modum magis solemnẽ. §. si scriptum. insti. de inutilibus stipulationib. cõiuncta l. sciẽdum. §. dictum. ff. de ædilitio ædicto. modus autem magis solemnis erit qui reperitur in processu & secundum eum certificabitur ista solennitas & præsumetur, præterea dicit ipse, nos non habemus curare an fiat per negationem uel confessionem, quoniam utroque modo ualet & reddit processum ualidum, quia non curamus de modo quando habemus effectum leg. Gallus. §. si eius, de lib. & posthum. & leg. quod si dubitet de acquir. hæreditate, igitur cum sit ualida, & uerbum hoc denotet eam ualidam, processus & sententia conseruabuntur, & ita resisdet ipse.

281 Ex cuius dictis † in effectu habes duas opiniones contrarias, unam speculatoris quod sit nulla quia incerta est cum posit fieri per negationem & confessionem, & solemnitas incerta non præsumitur. §. pretium instit. de emptio. & uenditione. Aliam Bart. quod imo sit ualida quia certificatur modo negationis uel responsionis per relationem ad processum, & quia non curamus de modo quando utroque modo actus est ualidus, & quomodocunque sit facta litis contestatio sententia reddetur ualida, & hanc opinem Bar. sequuntur communiter* Docto. & eam primo tenuit Io. And. in additio. Specul. super dicto uersi. quidam autem, qui dixit quod Bononiæ male fuit obtentum, & quod illa sententia non poterat cassari, & hodie obseruatur contrarium, & tenent canonistæ in cap. primo. de litis contestatione, & est communis opinio ut patet ex allegatis per Alex. hic & pro ea Ias. addit tex. rotundum in c. cum causam. de iuramento calumniæ. ubi Papa dicit se fecisse procuratores partium respondere petitionibus alterius partis, & coram ipso facta fuit litis contestatio, quæ ualida fuit, quamuis non exprimeretur per negationem uel confessionem.

282 Baldus uero † in dicta l. quod si dubitet, quem refert Roma. in l. si quis hæres instituatur. col. 1. de acquir. hæredita. tenebat opinionem speculatoris propter illam rationem, quia incerta erat an per negationem uel per confessionem, & stante tali incertitudine non potest iudex deuenire ad sententiam, quia si per confessionem, debet sequi condemnatoria omnino, lege proinde. §. notandum, supra ad l. aquiliam c. dudum, de electione, in gl. in illo sin autem per negationem, & tunc ita non fertur condemnatoria, sed aliquando absolutoria uel media secundum quod apparebit per probationes, & iudex dubius non potest ferre sententiã cum debeat scire se habere iurisdictionem, secundum Barto. in l. 1. ff. de iudi. & l. multum interest, de condi. & demonstrationib. ideo Bal. distinguebat, aut facta fuit litis contestatio coram iudice, & tũc probabitur per tale uerbum, quia ipse certus est de modo, & ita procedit c. causam, de re iudi. si uero facta fuit coram alio ex eius commisione, ut coram notario, prout in practica seruatur, & tunc si fuit facta per confessionẽ, sententia nõ potuit ualere quia incertus fuit iudex, & iudex qui nihil cognouit nihil mandare potest, ut per Inno. de sententia excommunicationis, & infra quibus ex causis in possess. eatur. l. hoc autem ibi, liquere debet prætori, si uero facta fuit per negationem, tunc poterit ualere, quia ueritas deducetur ex probationibus in scriptis redactis, quibus mediantibus sententia ferri debet. l. prolatam. C. de sententiis, ut ibi per eum.

Roma. tamẽ ibi addidit, ꝙ licet distinctio sit subtilis & uideatur concordare opiniones, tamen dicit ueriorem esse opinionẽ Bar. & cõmunẽ, cũ licet nõ constet an sit facta per negationem uel cõfessionem tamen sententia poterit esse ualida, quoniam sufficit eam factam esse, & non curamus de modo ut dice-

bat Bar. & licet iudex propter hoc ſit incertus de modo ferrend. ſententiam, tamen illa remanebit ualida, quia erit ſolum contra Ius litigatoris, ut habetur in lege ſi is ad quem, ſupra de acquir. hæreditate.

283 Buttigella uero † hic dicit opinionem ſpeculatoris ueriorem, per ſolidum fundamentum, quia litis conteſtatio eſt incerta, & ipſa eſt lapis angularis ad proceſſum & ſententiam, ut per Bal. in cap. primo. col. ſecũda. de litis cõteſtatione, & cætera acta ſunt uehiculum ad ſententiam ſecundum eundem Bald. in cap. cum ſuper. de cauſa poſſ. & proprieta. & dicitur fundamentum iudicii. l. properandum. §. ſin autem. C. de iudi. & ſi ignoramus quomodo ſit facta litis conteſtatio nõ poſſumus peruenire ad ſententiã, quia ignoratis principiis oĩs error paruus efficitur maximus, & iſta pars uidetur eſſe in puncto iuris uerior, & pro ea facit, quia per litis conteſtationem inducitur quaſi contractus. l. 3. §. idem ſcribit. ff. de peculio. per quem partes conueniunt de ſubiecto ſuper quo ferrenda eſt ſententia, quod ſubiectum ex conteſtatione incerta nõ poteſt apparere, & ſentẽtia debet eſſe nulla, ſicut ſine re uẽditio eſt nulla. l. domũ. ff. de contrahend. emptio. Itẽ pro hac opinione retorquetur tex. in dicta l. rem non nouã. §. patroni. ubi tex. non fuit contentus proferre uerba poſt litis conteſtationem, ſed addidit per petitionẽ propoſitã & contradictionem obiectam ut certificaret eam, quia ſi eſſet facta per confeſſionem non deberent cogi aduocati iurare de calumnia, & hoc idem probatur in dicto cap. cauſam, quia papa uidit allegationes & contradictiones, unde apparet quod dixit litis conteſtationem eſſe factam per negationem partis, & ibi eramus in claro. præterea ſtat ſolidum fundamentum, quod ſolennitas difformis non præſumitur, ergo remanet actus nullus, dicto. §. prætium, & uidimus ſupra ſuper ſecunda quæſtione gloſſæ. & ideo quod dicit Bartol. non eſſe curandum falſum eſt oĩno, quia ſolennitas præſumitur, quoniã implicite cõtinetur in uerbo nobis aũt nõ cõſtat quid implicite cõtineatur, unde tota uis iſtius quæſtionis depẽdet ab hoc uno, utrum iudex incertus de quaſi contractu partium & de modo litis cõteſtationis faciat ſententiam nullam, uel ualidam, iniquam tamen & contra ius partis, tamen uerior eſt opinio, quod ſententia ſit nulla, quia hæc incertitudo afficit iuriſdictionem ſicut quando eſt incertus partem eſſe contumacem, per no. in dicta l. multis. per Bar. de condi. & dem. & in dicta l. 1. de iudi. cum nos uideamus quod ipſa eſt lapis angularis ad iudicium, non fuit diſpoſitum ex alio niſi quia inducitur quaſi contractus per quem apparet ſuper quo litigandum eſt & ſententiandum, & ſic ſi ſententia debet eſſe conformis libello alias non ualet. lege ut fundus, communi diuidun. fortius debet eſſe conformis litis conteſtationi a qua dependet totum ſubiectum ſententiæ, & per quam receditur a libello ut alio modo ueniat ferrenda, & hoc ego puto uerius.

284 Quare † pro reſolutione dicas, Aut. n. conſtat in proceſſu de negatiõe uel cõfeſſione & tũc ſentẽtia ualebit, quia incertitudo litis cõteſtationis declaratur per relationẽ ad proceſſum, & ſufficit, per dicta in 2. parte gl. ſi uero nõ apparet proceſſus, & tũc opinio ſpeculatoris uerior eſt, quia incertus ſemper erit iudex, ſi tamen poſt latam ſententias in alia cauſa producantur ſcripturæ continentes libellum, & quod facta fuit litis conteſtatio, & lata ſentẽtia, præſumemus eam ualidam, quia credemus iudicem fuiſſe informatum an per negationem uel confeſſionem facta fuit litis conteſtatio, & ita intelligitur text. in d. c. ſicut. de re iud. quoniam præſumitur pro proceſſu, per ibi no. & in c. quoniam contra. de probatio.

285 Vlterius † quærit hic Bar. quid ſi reperiatur ſententia lata per hæc uerba, ſententialiter promulgata an probetur ualida, & dubium faciebat, quia ad ualiditatem ſententiæ primo requiritur quod iudex habeat iuriſdictionem. l. fin. ff. de iuriſ. omnium iudicũ. Secundo requiritur quod ſciat eam ſe habere, ſecundum Bar. in d. l. 1. de iudi. & in d. l. multum intereſt, de condition. & demonſtration. Tertio requiritur quod præcedant omnino acta quædam quæ ponuntur per Bar. in l. prolatam. C. de ſententiis. & iſte tres dicuntur de ſolennitate extrinſeca. Quarto requiritur ꝙ iudex ſcribat manu propria ſententiã. Quinto requiritur quod ore proprio proferat. l. fi. C. de ſententiis ex periculo recitãdis. Sexto requiritur quod ſedeat pro tribunali, ut ibidem not. per l. 1. §. ſi cauſa cognita. ff. de bono. poſſeſsio. & iſte tres ultimæ ſunt de ſolennitate intrinſeca, dubitatur igitur an per dicta uerba præſumantur prædictæ ſex ſolennitates neceſſariæ, & Bar. hic dicit, quod ſi ſimpliciter ſit dictum, lata fuit ſententia, non præſumuntur & non ualet, ſed ſi additum fuit uerbum ſententialiter promulgata, tunc præſumantur, quia uerbum ſententialiter, implicat omnes ſolennitates neceſſarias, quam concluſionem ſequuntur communiter * Doc. & confirmat Iaſ. per tex. in c. ſicut, in uerbo, ſententialiter abſolutus, de re iud. & ibi Bal. expreſſe notat. idem dicitur in cap. cum Bertoldus, de re iudicata. ibi, reddidit ſententialiter abſolutus, & idem probatur in capit. ſicut nobis. in uerbo, diuortii ſententia promulgatur. extra de teſtibus, & quia illud aduerbium, ſententialiter, habet ſecundum mores & ritum ſententiarum hanc ſignificationem, ideo omnem earum ſolennitatem demonſtrat.

286 Sed mihi illa † iura non cõcludunt, quia illud uerbum, ſententialiter, ponitur ad demonſtrandum modum quo fuit abſolutus, quaſi dicat per ſententiam in iudicio latam non per ſimplicem uoluntatem ſeu per partis renuntiationem, ſicut ſi diceretur, uerbaliter locutus, ideſt cum uerbis, & non per epiſtolam, uel per nuntium, & literaliter, ideſt cum literis, rem ideſt per linguam latinam, ut dicunt uulgares, non tamẽ includitur ſolẽnitas requiſita, ſicut ſi quis diceret uerbaliter conuenerunt, non tamen infertur per interrogationem, & reſponſionem ſubſecutam, præterea illa iura loquuntur in legiſlatore in cuius actu præſumitur ſolennitas cum nemini ſit ſuſpectus arg. l. qui teſtes. ff. de teſtibus, & poteſt referre particulam legis, ut no. in l. admonendi, ſuper gl. conſtitutionibus. ff. de iure. iur. unde Antonius de Butrio tenebat cõtrarium, quod non præſumatur ſolennitas,

quia

quia non constat de hac significatione uocabuli, & etiam reprehendit Bal. in l. cum in iure peritus. col. fin. de officio delegati. dicens se nescire quod istud uerbum, sententialiter, sonet aliud quam motum iudicis. l. qualem. in principio, de arbitr. ideo non includit quod iudex sederet per tribunali. unde licet illa uerba, sententialiter promulgata, possint probare quod sententia fuerit lata in scriptis, per dictam. l. fi. non tamen important quod iudice sedente pro tribunali, & facit tex. in l. si quando. C. de sta. & imag. per quem Bar. ibi dicit quod iudex uel assessor non præsumitur sedisse pro tribunali horis in quibus tenetur, & ideo notarius debet scribere quando sedet ne possit sibi imputari in suo sindicatu, ut per Barto. in dict. l. fi. & idem etiã tenuit Bal. reprehendens Bar. in l. 1. col. 9. C. de fide instrum. lib. 10. licet Alex. alleget hic pro Bart. sed ut dicit Iaso. de directo tenet contrarium, addens plus in proposito, quod si notarius dicat, sententialiter: & modo dicit, lata & lecta, non ualebit sententia, quia sententialiter promulgare concludit animum & uocis prolationem & non aliud, ergo non ualet, per dictam l. fi.

287 Sed contra † omnes facit, quia si prædictæ qualitates sunt de solennitate intrinseca, sententiæ debent includi ex hoc solo uerbo prolato quod lata fuit sententia, sicut præsumitur solennitas ex uerbo fideiussisse, per istum tex. unde non debemus curare de aduerbio, sententialiter, quod non demonstrat actum, sed de uerbo sententia, quæ facit actum requirentem dictas solennitates, & in terminis est tex. in dicto ca. sicut, de re iudica. ubi in fin. fuit dictum iudicem protulisse sententiam, & non plus, & tamen præsumuntur omnia necessaria ad ualiditatem sententiæ, quia qui profert hoc nomen implicite profert omnia necessaria, sicut in uerbo fideiussisse, unde Bar. & cæteri Docto. in terminis suis non bene loquuntur, quia dato quod esset uerum dictum uerbum sententialiter habere hanc significationem tamen quia formauit casum quando iudex eam protulit per uerbum præsentis temporis non possit induci aliqua solennitas, & sicut etiam si diceretur, promulgamus hanc sententiam, per tale uerbum non præsumeretur, lege. 1. §. si stipulanti, supra eodem.

288 Vnde † ad saluandum Bar. oportet præsupponere thema, quod fuit notarius qui dixit lata fuit sententia, seu decisa fuit causa per sententiam sententialiter promulgatam, proferrendo uerbum præteriti temporis, quo casu tunc opinio Bar. & communis procedet, ex eo quia hoc uerbum, sententialiter, uidetur ex communi opinione Doct. & legislatorum recepisse hanc significationem ut denotet totam solennitatem requisitam ad sententiam, & ex hoc capite tãtum potest defensari opinio Docto. nam significatio istius uerbi incerta est & sui natura denotat motum animi, non autem denotat sententiam, quia aduerbium non potest denotare actum in quo necessitas sit necessaria, sed tantum modo modum. sed quoniam ex communi usu loquendi recipit hanc interpretationem, debemus tenere communem opinionem propter hanc accidentalem significationem attributam, sicut euenit de uerbo promitto dicta l. sciendum. §. dictum. ff. de ædili. edic. cõiuncto. §. si scriptũ. insti. de inutilibus stipulationibus.

Quare concludas, Aut consideramus aduerbium, sententialiter, secundum naturalem significationem, & opinio Bartol. non potest procedere, quia non demonstrat nisi motum animi iudicis, ut dicebat Bartol. si uero consideramus significationem ex usu attributam, & tunc si est positum cum uerbo præsentis tẽporis, sententiamus, seu sentẽtialiter promulgamus, & tunc, adhuc non præsumeretur, quia uerbum præsentis temporis denotat actum in fieri, ideo non potest demonstrare solennitatem requisitam ad perfectionem actus, si uero profertur per uerbum præteriti temporis a notario dicente promulgata fuit sententia, & tunc procedit opin. Bar. & communis, & tanto fortius quando prolatum fuit uerbum, sententialiter, dicẽdo lata fuit sententialiter, sed tamẽ doc. intelligunt etiam quod notarius dixerit per iudicem sententialiter fuit absolutus, per dictum capitulum sicut, & dictum capitulum cum Bertoldus.

289 Sed dubium † potest esse ultra doctores. quid si notarius scripsit, hæc sententia lata fuit, utrum præsumatur solennitas, & doctores uidentur præsupponere quod non, ex eo quia requirunt uerbum sententialiter, sed tamen fortiter facit quod præsumatur, text. noster, qui uult quod si scriptum fuit, facta fuit fideiussio, quod præsumantur omnia necessaria ad eam, per istũ tex. quia profert uerbum denotans actum perfectum, ꝙ implicite cõtinet omnia necessaria ad actum, ergo eodem modo hoc uerbum sententia lata, cum denotet actum perfectum, comprehendet omnia necessaria ad eius ualiditatem quæ tũc temporis interuenire possunt & facit tex. in d. c. sicut nobis. de testi. ubi dicitur. diuortii sententia promulgatur, sine uerbo, sententialiter, & tamen idẽ significat ꝙ alia iura dicentia, sententialiter, ꝙ etiam probatur, quia uerbũ sententialiter, exponitur. i. per sententiam. & deriuatur a sentẽtia a qua habet hanc significationem, ergo fortius ipsa sententia per se habebit eam. & hãc partem ego puto ueriorem, ut hæc uerba sufficiant scripta a notario, sententia lata fuit, uel per sententiam fuit absolutus, ut probatur ex mente dictorum iurium, cum plus denotet uerbum sententia, includens actum uerum, quam aduerbium sententialiter, demonstrans modum, unde includentur illa tria, quod sit lata iudice sedente pro tribunali, & quod sit prolata ore proprio iudicis, & scripta manu iudicis, quæ sunt de solennitate intrinseca, dicta. leg. final. C. de sententiis ex periculo recitand.

290 Sed remanet † dubium forte, utrum præsumantur illę tres solennitates primæ supra narratæ quæ sunt de solennitate extrinseca, & dicendum uidetur quod non, per regulas supra positas, siue sit prolatum uerbum, sententia, uel aduerbium sententialiter, unde tunc oportebit recurrere ad distinctionem supra positam in una limitatione, an solennitas extrinseca præsumatur in iudicialibus quando acta non apparent in processu, & secundum ibi dicta debes etiam hic distinguere, & habetur in cap. quoniã cõtra, de probatio. ubi Decius posuit longã

distinctionem de qua supra fecimus mentionem, sin
291 autem fuerit dictum † pro ut obseruatur in magna curia in hoc Regno, & sæpe in hac ciuitate prouisum fuit per magnam curam, ut condemnetur, uel absoluatur, uel aliquid fiat uel non fiat, & tunc nulla potest induci præsumptio, ex eo quia uerba referuntur ad futurum tempus, quo casu nulla potest induci præsumptio solennitatis pro perfectione actus, & aliquando additur, pro ut per præsentem nostram condemnamus, uel absoluimus, uel mandamus, & tunc nec etiam potest induci præsumptio, cum sit uerbum præsentis temporis demonstrans rem esse in fieri, ideo præsumptio solennitatis pro perfectione actus induci non potest, per dictam l. primã. §. si stipulanti. supra eodem, & l. pri. C. de dot. promissione, secundum unum intellectum, ideo est necessarium quod notarius ulterius procedat narrando solennitates intrinsecas quas dicat interuenisse, uel etiã narrando solennitates extrinsecas & acta confecta, se referendo ad processum, secundum distinctionem suprapositam. & hæc sufficiant in hac quotidiana & utili materia.

Ioannes Bolognetus Salerni legens, & Messannæ repetita anno. 1570. in 14. lectionibus.

SUMMARIUM.

1 *HAEC est famosa & allegabilis lex, in qua tractatur materia separata a lege finali. C. de pact. licet ut communis allegetur.*

2 *In lege fin. C. de pact. tractatur de pacto interposito inter eos qui sperant habere hæreditatem uiuentis, & continet uotum captandæ mortis.*

3 *In hac lege tractatur de pacto facto ab eo cui succedi speratur, & auffert liberam testandi facultatem.*

4 *Communes tamen uidentur istæ materiæ, quia utraque dicitur continere pactum contra bonos mores.*

5 *In successionibus tria interueniunt, uidelicet ille cui succedi speratur, & personæ sperantes succedere, & hæreditas de qua fit successio.*

6 *Super istis tribus fiunt pacta pertinentia ad materiam illarum legum.*

7 *Prætendentes succedere tribus modis possunt pactum cõstituere qui hic referuntur.*

8 *Conuentiones & actus de hæreditate uiuentis regulariter reprobantur, fallit ut hic.*

9 *Conuentiones & actus ab eo cui succedi speratur similiter possunt fieri tribus modis hic relatis.*

10 *Duæ sunt principales causæ annullandi stipulationes de successionibus, una quando inducitur uotum captandæ mortis, alia quando auffertur libera testandi facultas.*

11 *Pactum de hæreditate uiuentis per multas rationes est reprobatum hic relatas, quæ faciunt esse contra bonos mores naturales.*

12 *Stipulationes de instituendo uel non instituendo hæredes ex multis causis hic relatis reprobantur.*

13 *Successionem fuisse de iure naturali gentium ciuili & canonico ex multis hic declaratur.*

14 *Potestas libera testandi conceditur & iubetur iure naturali gentium & ciuili.*

15 *Pactum aufferens liberam testandi facultatem est cõtra bonos mores naturales, & iuramento non firmatur.*

16 *Lex ista in themate duobus modis exemplificatur, uno quod sit stipulatio incipiens a præcedenti conditione, & alia quod sit stipulatio incipiens à præcedenti conuentione, cum pœnali subsequente.*

17 *Diuiditur in tres partes ultra. docto. & summatur.*

18 *Casus figuratur in themate quotidianissimo demonstrãs maximam materiæ utilitatem, & decisionis.*

19 *Ratio decidendi est, quod hæc stipulatio auffert liberam testandi facultatem, licet non exprimatur in tex.*

20 *Stipulatio incipiens a præcedenti conditione quãdo auffert liberam potestatem testandi est ipso iure nulla, & idem si incipit a præcedenti dispositione cum pœna.*

21 *Stipulatio continens promissionem de non faciendo testamentum est ipso iure nulla.*

22 *Promissio de non reuocando testamentum non ualet etiã ꝗ fiat cum illis qui possunt succedere ab intestato.*

23 *Stipulatio seu promissio de instituendo hæredem, uel non reuocando testamentum de parte hæreditatis uel de re certa est ipso iure nulla.*

24 *Stipulatio de relinquendo hæreditatem, uel cum alio simili uerbo est ipso iure nulla.*

25 *Nemo potest sibi imponere legem in testamento a qua recedere non possit.*

26 *Stipulatio aufferens liberam testandi facultatem inter patrem & filium an sit ipse iure nulla, discutitur.*

27 *Promissio de instituendo filium in legitima uel aliquem alium cui debetur ualet.*

28 *Promissio inducens priuationem omnium bonorum futurorum non ualet.*

29 *Stipulatio facta sub conditione, si non instituat hæredem est ipso iure nulla, quia timore pœnæ coercetur.*

30 *Matrimonia & ultimæ uoluntates debent esse libera a metu pœnarum.*

31 *Promissio inuitans aliquem ad instituendum hæredem sub spe lucri an ualeat discutitur.*

32 *Blanditiis quis potest inuitari ad testandum & faciendũ matrimonium.*

33 *Intellectus ad l. cũ donationis. C. de trãsactio. discutitur.*

34 *Offerens aliquid uel remittens aliquid ut instituatur, si non instituatur nullam habet actionem.*

35 *Tribuens uel remittens aliquid ut instituatur non potest cogere ut instituat etiam si acceperit.*

36 *Promittens centum sub conditione, si instituat hæredẽ, & non soluit tenetur si non instituat, nec est contra bonos mores.*

37 *Contractus ab initio sunt uolũtatis & postea necessitatis*

38 *Per fideicommissum possunt homines probiberi, & coerceri instituere.*

39 *Promissio aufferens potestatem testandi quãdo ualeat nouiter distinguitur, statuto an possit aufferri libera testandi facultas late discutitur referendo opiniones.*

40 *Potestas testandi an sit de iure ciuili discutitur, & concluditur quod sit de iure naturali & gentium & ciuili.*

41 *Statuto aufferri posse liberam testandi facultatem ex multis contra communem comprobatur.*

Ius

42 Ius ciuile potest limitare ex causa ius naturale & gentium.
43 Promissio facta, si alter non instituat hæredem, discutitur considerando an timore pœnæ coarctetur.
44 Promissio si non instituat hæredem de parua quantitate pœnæ, an sit ipso iure nulla.
45 Promittens sub conditione, si non instituat, non obligatur, quia conditio nihil ponit in esse.
46 Promissio, si non instituat hæredem, sub pœna paruæ quantitatis ualet, quia nulla inducitur cohærctio.
47 Stipulatio, si non instituat hæredem, sub pœna est inutilis, ut nulla, nec naturalis obligatio nascatur.
48 Stipulatio, si non instituatur hæres, est contra bonos mores naturales.
49 Actus contra bonos mores an per appositionem pœnæ ualidetur.
50 Promissio contra bonos mores an firmetur iuramento, remissiue.
51 Promissio contra bonos mores an & quãdo per statutum firmetur.
52 Promissio contra bonos mores an & quãdo firmetur per consuetudinem.
53 Milites an præsumantur melioris & maioris conscientiæ quam clerici.
54 Feudam & officia personalia regiæ & Romanæ curiæ uiuentium licite dari possunt post mortem.
55 Promissio de re particulari aufferens potestatem testãdi est ipso iure nulla.
56 Glos. secundæ declaratio ualde necessaria ultra doct. quia ipsa confundit duas materias.
57 Bar. & doct. in hac lege allucinati fuere commiscendo materiam l. fi. C. de pact. cum ista.
58 Nullus actus per modum ult. uoluntatis potest fieri, ut disponens ultimam suam in uoluntatem reuocare non possit.
59 Actus factus inter uiuos respiciens priuationem potestatis disponendi per ultimam uoluntatem an sit ipso iure nullus, late discutitur.
60 Promissio facta in testamento de non reuocando testamentum an sit ipso iure nulla.
61 Actus inter uiuos in puris terminis actus inter uiuos aufferens potestatem testandi, in rebus alienatis ualet.
62 Actus inter uiuos factus sub cõditione aufferrẽte potestatem testandi est ipso iure nullus, etiam quod sit de parte hæreditatis tantum.
63 Donatio de una re facta sub conditione, si reuocabit testamentum, an sit nulla, late discutitur, & concluditur quod sic.
64 Ideo in dicta donatione non prodest insinuatio.
65 Donatio facta piæ causæ sub conditione, si reuocabitur testamentum, an sit nulla, late discutitur.
66 Donatio facta ecclesiæ pro male ablatis sub conditione, si institutionem reuocabit, ualet.
67 Donatio facta ecclesiæ pro anima sua, si reuocabit institutionem extantibus filiis, non ualet, secus eis non extantibus.
68 Donatio uel stipulatio facta sub conditione, si non instituat hæredem uel reuocabit testamentum, an firmetur iuramento late discutitur, separando materias ultra doctores.
69 Donatio & alius actus aufferens liberam potestatem testandi non firmatur iuramento quia est contra bonos mores naturales.
70 Iuramentum nutritiuum peccati uel continens turpe non est obligatorium.
71 Promissio de non reuocando testamentum non firmatur iuramento, late discutitur & concluditur quod non.
72 Infantes testamentum facere possunt.
73 Iurans non facere testamentũ faciendo an incidat in periurium punibile.
74 Effectus periurij multi referuntur.
75 Iuramentum spretum inducit periurium punibile quando fit super re licita non quando fit de re illicita.
76 Iuramentum prolatum ad obseruantiam actus liciti facit illum actum ualere omni meliori modo.
77 Iuramentum habet uim clausulæ derogatoriæ.
78 Pactum affirmatiuum de succedendo est contra bonos mores, & firmatur iuramento, late discutitur referendo opiniones.
79 Pactum de succedendo quod non firmetur iuramento ex multis demonstratur.
80 Pactum de succedendo firmatur iuramento quãdo consentit ille de cuius hæreditate agitur.
81 Pactum negatiuum de non succedendo ualidatur iuramẽto in substantia, & in obseruantia.
82 Effectus qui sequuntur an ualidetur contractus iuramẽto uel metu periurij seruari debeat referuntur.
83 Pactum de non succedendo factum à filia an ualidetur iuramento si non habuit dotem, late discutitur referendo opiniones.
84 Noua ponitur distinctio concordans opiniones quando filia renuntiauit uon habens dotem.
85 Filia renuntians cum iuramẽto successioni patris an possit succedere ex testamento.
86 Filia renuntians expræsse successioni ex testamento an ex eo possit succedere si instituatur, & concluditur quod sic, tamen per patrem reuocari potest.
87 Pactum de non succedendo ab intestato uel ex testamento factum in manibus fratris nõ ualet neque firmatur iuramento.
88 Pactum de non succedendo patri factum à filia post mortem propter læsionem reuocari potest.
89 Pactum de non succedendo factum à filia minore an ualidetur iuramento.
90 Pactum de non succedendo seu renuntiatio filiæ an præiudicet liberis eius.
91 Filia quæ renuntiauit successioni patris habuit dotem & superuixit patri an præiudicet liberis suis.
92 Filia quæ renuntiauit successioni patris & superuixit an præiudicet liberis eius uolentibus succedere auo ex propria persona.
93 Pactum de non succedendo an præiudicet ei patre præmoriente sine filijs masculis.
94 Pactum de non succedendo an præiudicet in patre moriente cum filijs ex hæredatis uel alias non ualentibus succedere.
95 Pactum de non succedendo non præiudicat ei in successione fratris, licet sint bona patris.
96 Pactum de non succedendo præcedente iuramento de

Conuen-

Lex stipulatio hoc modo concepta.



1 HAEC est † famosa & notabilis lex, in qua tractatur materia quotidiana, quid operetur stipulatio concernens liberam facultatem testandi, an & quãdo ualeat uel quare impediatur, quæ materia cõmunis allegatur cum illa quæ ponitur in l. fi. C. de pact. propter eandem rationem quæ hic & ibi ponitur, ꝙ sit contra bonos mores, ue
2 re tamen differũt inter se, nam in d. l. fi. tractatur † de pacto, conuentione seu stipulatione quæ facta fuerit inter eos qui prætendunt uel sperãt succedere in hæreditate alterius, hic uero tractatur de conuentione seu stipulatione interposita a testatore uel alio in cuius bonis succedi speratur, ac etiã in d. l. fin. tractatur de stipulatione facta inter succedere uolentes circa modum succedendi, hic uero tractatur de conuentione & stipulatione apposita per eum cui succedi speratur, de modo instituendi hæredẽ uel faciendi testamentum, item ac etiam in d. l. fi. tractatur de cõuentione uel stipulatione interposita inter succedere uolentes & prohibita propter rationem, quia indu-
3 cit uotum captandæ mortis † hic uero tractatur de conuentione facta ab eo cui succeditur, & prohibetur ex eo quia auffert sibi liberam potestatem testandi, & sibi in modo testandi legem imponit, & sic ap
4 paret ꝙ istæ materiæ uere inter se ualde differũt † tamen quia fundantur in unica ratione generali, quod omnes dictæ conuentiones annullentur quia sunt cõtra bonos mores, ideo Doc. hic & ibi sæpe eas inculcant, & in multas æquiuocationes incidunt in resolutione quæstionum contingentium.

Propterea pro pleniori intelligentia utriusq; materiæ & ad apperiendum additum ad euitandas inculcationes & cognoscendum causam æquiuocationis
5 in decisionibus † præmitendum est, quod in successionibus tria semper interueniunt. Primo interuenit testator seu ille in cuius bonis succedendum est, Secundo interuenit hæres uel ille seu illi qui prætendunt succedere. Tertio interuenit hæreditas seu bona in quib. succedendũ est, cũ testamentũ non ualeat
6 sine hæreditate. l. 3. §. fi. infra de uerb. sign. † super quibus trib. subiectis interponi solent pacta & stipulationes. nã aliquando interponũtur per hæredes uel illos qui sperant uel prætendũt succedere, & ista est proprie materia quæ pertinet ad l. fi. C. de pact. cum suis concord. aliquãdo et ipse testator uel ille in cuius bonis succedendũ est interponit conuentionẽ uel stipulationẽ de mõ instituẽdi uel disponẽdi de bonis suis, & ista pertinet ad l. nostrã cũ duabus cõcordati. ut in l. cũ donationis. C. de trãs. & l. hæreditas. C. de pac. cõuẽt. Aliquãdo stipulatio seu pactũ ĩterponitur de ipsis bonis in quibus succedendum est, quod pactum aliquãdo fit per sperantes succedere, de modo succedendi, aliquãdo fit per eum in cuius bonis succedendũ est priuãdo se eis ut nõ remaneat aliquid de quo possit testari, unde stipulationes super dictis bonis possunt pertinere ad successores uel testatores, &

propterea in effectu omnes stipulationes circa successionẽ interpositæ diuidũtur in duas partes, aut. n. fiunt ab hæredib. uel illis qui prætendunt succedere, & de eis habetur in d. l. fi. C. de pact. aut uero interponũtur ab eo cui succedẽdũ est, & de iis habetur in hac l. nostra, quãuis aliquãdo testatores soleãt interponere eas cũ illis qui sperant succedere, tamen præualet actus ipsius testatoris ut pertineãt ad l. nostrã.

7 Quæ duæ † materiæ possunt breui declaratione demonstrari, nam prætendentes succedere trib. modis possunt facere stipulationẽ, primo faciendo promissionem negatiuã de non succedendo, secundo modo faciendo stipulationem affirmatiuam de succedendo & modo succedendi. Tertio põt fieri stipulatio disponendo de bonis in quibus sperant succedere alienando obligando uel inter ipsos præmature diuidendo.

Primus modus quando fit conuentio de non succedendo, quæ alio modo appellatur renuntiatio successionis, illa de iure ciuili est prohibita, per l. pactũ quod dotale. C. de collationib. tamen de iure canonico dicitur esse permissa interueniente iuramento. per c. quamuis. de pactis in 6. & hæc pars in practica recepta fuit, ut passim hodie obseratur quod filiæ nubentes renuntiant successioni paternæ maternæ fraternæ & ciernæ ipsorum uiuentium.

Secundus modus quando prætendentes succedere conueniunt inter se de modo succedendi, & iste pertinet proprie ad dictam l. fi. C. depact. in exemplo ibi posito in principio, & est reprobata, ut ibi dicitur. Tertius etiam modus faciendi stipulationem super bonis in quibus successio speratur etiã pertinet ad dictam l. finalem. cum suis concord. & est reprobatus, propter illam rationem, quia demonstrat nimiã auaritiam & præmaturam cogitationem de succedẽdo, atque uotum captandæ mortis, & propterea pro-

8 pter illam rationẽ generaliter ibi dicitur † quod omne pactum conuentio & stipulatio & omnis alius actus inducens uotum captandæ mortis est reprobatus quia est contra bonos mores naturales, unde in illa materia ponitur regula generalis, ꝙ conuentiones & actus de hæreditate & bonis uiuentis reprobãtur quia continent uotũ captandæ mortis contra bonos mores naturales, etiam ꝙ interuenerit iuramentum, per regulam nõ est obligatoriũ, de reg. iur. in. 6.

Fallit ubicunque aliquis renuntiauit successioni, quia tunc conuentio ualet, maxime stante iuramento, cum in tali renuntiatione non posit esse uotum captandæ mortis, quoniam renuntians non habet occasionem desiderandi mortẽ illius cui non prætendit succedere. Secundo fallit quãdo interuenit consensus illius de cuius hæreditate agitur d. l. fi. C. de pac. quia tũc cessat ista suspicio, & quatenus durat cõsensus ualet cõuẽtio, eo aũt reuocãte annullatur, ut ibi dicitur. Tertio fallit quando fit mentio de hæreditate in genere, quia tunc non est uotũ captãdæ mortis propter incertitudinem. l. 3. §. de illo. ff. pro socio. aliæ ẽt particulares limitationes ponũtur per Bar. infra in fi. cõmẽri, & ibid. per doc. cõsiderãdo aliquos casus accidentales in quibus nõ inducitur illud uotũ, & summa est, ꝙ tunc impediũtur cõuentiones factæ de hæreditate uiuentis quãdo inducunt uotum captandæ mortis, quod plærunq; contingit, si uero propter aliquod accidens nõ inducant tale uotum tũc ualere possunt.

9 Secunda † est principalis materia ubicunq; stipulationes uel conuentiones interponuntur ab eo in cuius bonis succedi debet. & iste quoque possunt fieri tribus modis, & primo quando ille promittit instituere alium hæredem, uel promittit pœnã si non fecerit illum hæredem, & iste modus pertinet in spetie ad. l. nostram, & conuentio & stipulatio. dicitur esse reprobata. Secundo modo potest fieri negatiue, promittendo non facere testamentũ, ad hoc ut ueniens ab intestato succedere posit, uel si fecit testamẽtũ promisit illud non reuocare, & iste modus pertinet ad legem si quis in principio testamenti. ff. de leg. 3. per illam rationem, quia auffert sibi liberam potestatem testandi, quod est contra bonos mores, & quia nemo sibi ipsi potest imperare, & legem sibi imponere a qua non possit recedere, ut ibidem dicitur. & l. penul. ff. de arb. tertio modo potest interponi conuentio uel stipulatio per eum cui succedendum est, faciendo dispositionem super bonis suis, priuando se eis in totũ, nam tunc conuentio non ualet, quia auffert sibi liberam testandi facultatem faciendo quod nihil habeat in bonis, per tex. in dicta l. 3. §. fi. infra de uerborum significatio. unde apparet ꝙ regulariter omnes actus aufferrẽtes liberam testandi facultatem directo uel per indirectum sunt nulli propter illam rationẽ, quia aufferre sibi potestatem testãdi est cõtra bonos mores, quæ conclusio ampliatur procedere octo modis, & limitatur quatuor modis ponendis in primo notabili, quos potes hic referre si placet.

10 Ex quibus † apparet quod duæ sunt principales causæ annullãdi stipulationes appositas super successionibus, una quando inducitur uotum captãdæ mortis quæ pertinet ad l. finalem, Alia quando auffertur libera testandi facultas quæ pertinet ad l. nostram, & utraque causa est ualde rationabilis & rectissime recepta, cum conuentiones inducentes uotum captandæ mortis sint contra ius diuinum, naturale, gentiũ,

11 canonicum, & ciuile. † Nam quando sperantes succedere conueniunt de hæreditate uiuentis demonstrant maximam auaritiam & nimiam cupiditatem bonorum uiuentis, & præmaturam & enixam uolũtatem, unde incidunt in peccatũ auaritiæ contra præceptum Dei in quo semper morantur. item faciunt contra aliud præceptum, dilige proximum tuum sicut teipsum, item incipiunt desiderare mortem proximi sui, & sæpissime insidiari uitæ ipsius quod est contra præceptum naturale, quia nefas est hominem homini insidiari, lege ut uim. ff. de iusti. & iur. & postea aliquando subsequuntur homicidia & infinita alia mala, & reprobatur per legem ciuilem per d. lege. fi. cum concordantib. & de iure canonico per c. ne captandæ, extra de præbendis, & propterea appret ꝙ tales stipulationes annullãtur, quoniam sunt contra bonos mores naturales per prædicta, & succedit quod nec etiam iuramento ualidantur, per cap. non est obligatorium. de regu. iur. in 6.

12 Secunda † est principalis causa annullandi stipulationẽ interpositã ab eo in cuius bonis speratur succedere, quia auffert liberam testandi facultatẽ de qua habetur

habetur in l.nostra, quæ dicit esse contra bonos mo-
res, tamen quia non exprimit an sit cōtra bonos mo
res naturales, dubium est an talis stipulatio sit con-
tra ius naturale uel gentium, & uidetur primo dicen
dum quod tantummodo sit contra bonos mores ci-
uiles, quia testandi potestas fuit a lege ciuili introdu
cta, ut uoluit Dynus in c. indultum de. reg.iur.in 6.
& habetur in rub. C. qui testam. facere possunt, ubi
dicitur quod contra regulas iuris recepta fuit pote
stas testandi & disponendi de bonis post mortem
suam, cum mors omnia soluat, & plenisime ponunt
Mod. in §.tertium.institut. de testamen. qui dicunt
13 esse communem. Soccinus tamen † in Rub.supra ad
leg. falcid. tenuit quod imo potestas testandi fuerit
de iure gentium, & ibi ego sequtus fui, & plenius po
sui in rub.supra.eo.de legat.primo.ubi dixi quod suc
cessio in bonis respicientibus uictum & uestitum
fuit de iure naturali primeuo, & eadem ratione
etiam potestas de eis testandi, in cæteris autem bo-
nis potestas testandi fuit de iure gentium, sicut & do
minii acquisitio, ut patet in Biblia per totam, ubi
tractatur de testamentis factis a regibus & hæbreis
a principio mundi, & concludentissime probatur
in leg.prima. & per totum. ff.de Milit.testa.& in l.
milites. C. eod. titul. ubi solennitas testandi militi-
bus remissa fuit de iure ciuili, & solum possunt testa
ri secundum solennitatem iuris gentium, & idem ha
betur in leg.prima.C.de sacro. sanct.ecclesiis, de te-
stamentis ad pias causas ut requirāt tantum modo
solennitates iuris gentium, unde apparet quod de
iure gentium erat introducta potestas testandi cum
14 suis qualitatibus, † & eadem ratione hæc qualitas
quod deberet esse libera talis potestas de iure natu-
rali & gentium, cum sit fundata in libero arbitrio a
iure naturali concesso, atque etiā ex natura Domi
nii, quod est libera potestas disponendi, ut dixi in
præmissis.l.filius familias.§.Diui.ff.de leg.primo.&
etiam in speciali dispositione iurisgentium, per leg.
prima.C.de sacr.sanct.eccles.ibi, liber sit stilus & lici
tum quod irritum non reddit arbitrium, & pro-
15 pterea † apparet quod cum hæc libera potestas sit
de iure naturali & gentium dicitur esse, quando auf-
fertur, contra bonos mores nedum ciuiles, sed etiam
naturales, & per consequens sequitur quod lex no-
stra cum tota materia procedit etiam quod fuerit in
terpositum iuramentum, per dictam regulam non
est obligatorium, de reg.iu.in 6.& sic apparet quod
istæ duæ rationes annullatiuæ stipulationum, quam-
uis sint diuersæ & tendant ad diuersum finem, tamen
æqualiter dicuntur contra bonos mores naturales,
nos autem in hac lege tractabimus de hac sola, quia
pertinet ad eius materiam, & examinabimus tan-
tummodo quæstiones de quibus dubitatur an aufe-
rant liberam potestatem testandi, remittendo po-
stea cæteras quæstiones ad dictam l.fi.C. de pac.ubi
16 est locus suus, & ibi eas examinaui.
Quibus † sic ad euidentiam præmissis deuenio ad
leg.nostram, in qua ponitur decisio, quod si quis per
stipulationem promisit dare centum si alium hære-
dem non fecerit, talis stipulatio non ualet, quæ deci
sio exemplificatur duobus modis inducentibus duos
intellectus. primus modus est non recedendo a uerbis literæ, quando stipulatio fuit facta incipiens a præcedenti conditione negatiua, si non feceris me hæredem, & iste est naturalis intellectus, secundo exemplificatur, quādo facta fuit stipulatio dispositiua, promittis me instituere hæredem, & subsecuta fuit pœnalis si me non feceris hæredem promittis centum, & iste intellectus etiam communiter tenetur, quia pœna præsupponit præcedentem dispositionem, & sic incepit hic stipulatio a præcedenti dispositione, de quibus duabus formis habetur in leg. ita stipulatus, infra eo.in §. 1. & uterque intellectus uerus est cumulatiue sed non priuatiue ut utramque decisionem ponere uideatur iste tex.

17 Qui diuiditur † in tres partes, licet Docto. diuidant in duas, in prima ponitur thema cum forma stipulationis, in secunda ponitur decisio, in tertia ponitur ratio, secunda est ibi, inutilis est, tertia est ibi, quia. Summatur per docto. stipulatio aufferens liberam testandi facultatem non ualet, quod summarium bonum est quantum ad materiam, sed tamen non sumat legem, ideo potes summare secundum corticem literæ, stipulatio facta sub conditione aufferente liberam testandi facultatem est ipso iure nulla quia est contra bonos mores, uel secundum alium intellectum, stipulatio si facta sit de instituendo aliquem hæredem cum appositione, pœnæ tam ipsa principalis quam pœnalis est ipso iure nulla quia aufert liberam testandi facultatem, quæ omnia summaria cumulatiue bona sunt.

18 Casus † ita breuiter fingi potest. pater quidam habens unicā filiā, & cū esset multū diues uolēs eā nobili & diuiti maritare iactabat se quod uolebat omnia bona sua illi dare in dotē, unde multi nobiles propter diuitias patris ceperūt apperire aures, & cū tractatus esset cū uno restrictus, dixit pater quod uolebat nūc dare mille uncias in dotē, & post mortē suā dare cætera bona, unde fecerūt capitula matrimonialia, in quibus promisit dictas mille uncias pro dote, & pro assecuratione mariti promisit in eodē instrumēto instituere eū hæredē uel filiā suā in omnibus bonis, & si nō institueret promisit pœnam quatuor milliū unciarū, perfecto instrumēto & cōtracto matrimonio iuuenis ille in uestimētis propriis & uxoris & nuptiis & aliis expēdit totas illas mille uncias, unde cepit ipse & filia molestare patrē ut quotidie daret pecunias, qui pater negabat, & sæpissime fiebāt rixæ & minæ ita ut inciperet dubitare ne eū interficerēt, unde ipse accessit ad domū amici & ibi habitabat, & instituit eū hæredē in omnib.bonis, instituta tātūmodo filia in dictis mille unciis datis, uel forsan instituit hospitale, postea mortuus est, & hæredes instituti adiuerūt hæreditatē, & habuerūt possessionē bonorū, iuxta.l.fi.C. de edicto diui Adri. tollend. propterea mota fuit quæstio per dictū maritū & filiā petēdo totam hæreditatē sibi dari, ex capite quod testamētū nō ualebat, quia promiserat eos instituere hæredes, uel saltē petebat eos cōdemnari ad pœnā quatuor milliū unciarū, illi aūt dicebāt quod recte possidebāt, & ad nihil tenebātur, cū testamētū ualeret, & promissio pœnæ nulla esset, ideo fuit quæ

titum quid iuris, & pro ratione dubitãdi allegabatur primo regula generalis, ait prætor pacta seruabo l. 1. ff. de pact. & l. 1. de const. pecu. & max. in causa dotis, per l. 3. & l. ad exactionem. C. de dotis promissione, & l. fi. C. ad uellianum. Secundo aducebatur tex. in l. licet. C. de pact. ubi ualet conuentio de succedẽdo. Tertio faciebat, quia ualet pactum ut filia nõ succedat patri, c. quamuis, de pactis in 6. ergo & e contrario ꝙ filia succedat, quia contrariorum eadem est disciplina. Quarto faciebat tex. in l. fi. C. de pact. ubi conuentio ualet interueniente consensu illus de cuius hæreditate agitur, ergo & hoc casu ualere debet. Quinto faciebat tex. in l. filius familias. §. ut quis hæredem, supra de leg. 1. ubi ualet grauamen instituendi hæredẽ saltem in uim fideicommissi. Sexto faciebat tex. quasi in terminis in l. quidam cũ filium, post mediũ. infra eod. ubi ualet stipulatio de non exhæredando aliquem filium, & per consequens de instituendo, & pœna committitur. iis tamen nõ obstantibus contrarium fuit determinatum in l. nostra, quod imo testamentum fuerit ualidum, & quod ipsa promissio tam principalis quam pœnalis fuerit ipso iure nulla, & hæredes ipsi ueniant absoluendi.

19 Et ratio † decidendi fuit, quia promittendo instituere aliquem hæredem auffert sibi liberam potestatem testãdi, cũ propter talẽ promissionẽ impediatur alios instituere, quod dicitur esse contra bonos mores naturales, quia de iure naturali gentiũ & ciuili libera debet esse potestas testandi. l. 1. C. de sacr. sanct. eccles. l. cum duobus. §. idem respondet. ff. pro socio. non obstãt allegata in cõtrariũ, & primo regula illa, prætor ait pacta seruabo, nã illa procedit quãdo sunt iusta, hæc autẽ pacta sunt contra bonos mores, ideo non ualent. l. iurisgẽtiũ. §. prætor, &. §. si paciscar. ff. de pact. Non obstat lex licet. C. de pact. quia ibi erat cõuentio mutua quæ minorẽ habet suspitionẽ & ualet, cũ nõ cõtineat uotũ captãdæ mortis, & ideo ille tex. nõ loquitur in terminis. l. nostræ, quia ibi fit cõuentio inter uolẽtes succedere cum consensu tamen illorũ quibus succeditur, unde est de materia l. fin. C. de pact. Itẽ ille tex. secũdũ multos procedit in solis militibus, nos in paganis in quibus est dubiũ an procedere possit d. l. licet. prima tamen est tutior quod procedat in diuersa materia.

Non obstat l. fi. C. de pact. quia loquitur in diuersis terminis quando pactum factum fuit inter illos qui prætendunt succedere, uel inter se, uel cum tertio, nam tunc impeditur ualiditas pacti propter aliã rationem, quia inducit uotũ captãdæ mortis nos autẽ loquimur hic in stipulatione facta ab eo cui succeditur, & ex alia rõne ĩpeditur ualiditas pacti, quoniã auffertur libera testãdi facultas, & consensus ibi ualidat actũ quia tollit suspitionẽ uoti captãdæ mortis.

Non obstat tex. in c. quamuis, de pact. in 6. quia ille tex. loquitur in pacto negatiuo de non succedẽdo in quo cessat ratio uoti captandæ mortis, & non ualet argumentum à contrario, quod pactum de succedendo possit procedere, quoniam militat diuersa ratio, cum insit tale uotum, & argumentum a contrariis non procedit quãdo militat diuersa ratio, ut no. in Rub. ff. de acquir. possesio. Item ille tex. loquitur in diuersa materia quando pactum fit a successoribus, nos loquimur quando pactum fit ab iis quibus succeditur, quod annullatur per aliam rationem.

Non obstat tex. in l. filius familias. §. ut quis hæredem, quia loquitur quando hæc potestas tollitur per testamentum alterius, hic autẽ tollitur per propriũ cõtractum, item ibi loquitur de qualitate apposita per testatorem in persona hæredis quem potest grauare per fideicommissum, & sic etiam loquitur in diuersis terminis, & non obstat. l. quidam filium. post medium, infra eodem, quia ille tex. loquitur in exhæredatione quæ est quoddam accidentale ad testamentum, nos autem loquimur in institutione quæ semper est necessaria ad ualiditatem testamenti, item glossã ibi restringit tex. ut procedat quando non erat ingratitudo, sed interueniẽte ingratitudine uult non ualere, ne inuitetur ad delinquendum, & tũc concordat. quando autem non interuenit ingratitudo tunc pater promittit illud quod tenetur facere de iure, unde non auffert sibi liberam testandi facultatem, cum promittat illud tantummodo quod de iure facere tenetur.

Et propterea remanet conclusio firma, ꝙ stipulatio apposita tam principalis quam pœnalis aufferens liberam testandi facultatem dicitur esse ipso iure nulla, quia est contra bonos mores, & propterea sequitur, cum in themate proposito fuerit ipso iure nulla, non potuit filia neque maritus petere dictam pœnam promissam agendo ex stipulatione nulla, & sic remansit priuata omni successione propter malum consilium habitum in modo formandi dicta capitula matrimonialia, modus autem legalis fuisset quod ultra dotem pater donasset omnia bona sua filiæ post mortem retento sibi usufructu, & reseruata sibi certa quantitate de qua potuisset testari, nam tunc donatio ualuisset, per ea quæ infra late dicemus, & non potuisset facere testamentum in præiudicium dictæ donationis.

20 Notãdũ † est primo ex isto tex. secundũ literalẽ sensum, ꝙ stipulatio incipiẽs a præcedẽti cõditione per quã auffertur libera testandi facultas dicitur esse ipso iure nulla, quia est cõtra bonos mores, & quõ intelligatur infra dicemus. Ampliatur procedere secũdũ aliũ intellectũ approbatũ ẽt ꝙ stipulatio incepisset a præcedẽti dispositione, quia tam principalis quam etiã pœnalis dicitur ipso iure nulla a fortiori, quia si incipit a dispositione promisit directo eũ instituere, & ita esset obligatus, unde magis diceretur abstulisse sibi liberam potestatem testandi quam si institutionẽ posuisset in cõditione, & oẽs sequũtur.

21 Secũdo † ampliatur procedere ẽt in stipulatione negatiua, si aliquis promisisset nõ facere testamentũ ad finẽ ut ei succederetur ab intestato, nec tunc quoque sibi aufferet liberã testãdi facultatem, & promissio esset cõtra bonos mores, & per consequẽs nulla.

22 Tertio ampliatur † procedere etiã ꝙ quis fecisset testamẽtum & promisisset nõ reuocare, nã tũc quoq; diceretur sibi aufferre potestatẽ testãdi & esset contra bonos mores, ut habetur in l. si quis in principio testamenti. ff. de leg. 3. & tenẽt cõiter * Doct. infra post primã oppositionẽ Bar. concludẽtes quod hæc promis-

promissio nō ualeat etiā quod in casu reuocationis donaret hæredi instituto bona sua. Quarto ampliatur procedere etiam quod ista promissio fiat illis qui possunt succedere ab intestato, cum nihilominus aufferat sibi liberam potestatem testandi, quia ab eis successionem ex arbitrio suo testando aufferre potest, & est tex. in l. cum donationis. C. de transactionibus, & l. ex eo. C. de inuti. stipulatio.

23 Quinto † ampliatur procedere etiam quod institutionem promisisset in parte facere, ut quia promisisset instituere in tertia. uel medietate hæreditatis, nam licet in alia parte possit testari, tamen in parte promissa auffert sibi liberam testandi facultatem, & ideo in ea promissio erit contra bonos mores, & non ualebit, ut probatur in dicta leg. si quis in principio testamenti, ubi coarctatio uoluntatis erat facta in solo legato unius rei, & tamen non potuit sibi ligare manus quin possit recedere etiam quod in reliquis haberet liberam potestatem nam ratio quod sibi imperari non potest generalis militat etiam in illa re. Sexto ampliatur procedere etiam quod in illa institutione restrinxisset se ad certam rem, dicendo quod promittit eum instituere in illa domo uel fundo, nam etiam promissio non ualebit, quia in ea re abstulit sibi liberam potestatem disponendi, per tex. in dicta l. si quis in principio testamenti. quæ loquitur de legato rei certæ.

24 Septimo ampliatur † procedere non tantum quādo protulisset uerba institutionis, dicendo promitto instituere hæredem, sed etiam procederet si protulisset aliud uerbum magis generale, dicendo promitto tibi relinquere hæreditatem meam, uel domum illam, uel fundum in testamento meo, nam talis promissio esset quoque contra bonos mores, & aufferret potestatem testādi, per dictam leg. si quis in principio. eū ratione sua, quod nemo sibi ipsi potest imponere legem a qua non possit recedere, quæ militat generaliter in quacunque dispositione testamentaria, per l. 1. C. de sacr. sanct. eccles. ibi, liber sit stilus & liberum quod non reddit arbitrium, quæ ratio respicit ibi nedum institutionem sed omnem dispositionem testamentariam, nec obstat dictus §. ut quis hæredem, quia procedit quando alter imponit onus in re a se relicta, quod passim potest fieri, ut in tota materia legatorum & fideicommissorum, sed

25 ipse † testator dominus nullum onus sibi ipsi potest imponere neque legem, a qua non possit recedere, & imponendo dispositio est ipso iure nulla ne aufferat illam liberam potestatem, & sic apparet quod per dictam legem si quis in principio confirmatur multum decisio text. nostri, & ampliatur, quod est ualde notandum & tenendum, licet Doct. aliqui infra uariare uideantur.

26 Octauo † ampliatur procedere etiam inter patrem, & filiam, ut ego dixi in figuratione casus, nam si promittit instituere filiam promissio est ipso iure nulla, contra tamen hanc ampliationem uidetur esse tex. in d. l. quidam cum filium, propter quem Soc. in regulis suis dixit tex. nostrum limitari non procedere in filiis, & ultra ipsum facere uidetur, quia pater tenetur instituere filiam, alias testamentum non ualet. §. aliud quoque capitulū. in auth. ut cū de appellatio. cognoscitur, & promittendo illud quod lex iubet non meretur pœnam. l. Graccus. C. de adulteriis, & c. qui peccat. 23. q. 4. pro quo facit etiā, quia pactum continens id quod a lege iubetur uestitur ex dispositione legis, & fortius efficitur. §. alienationis. in auth. de alienatio. & emphyteu, & no. in l. filius. §. Diui. ubi dixi post alios. ff. de leg. 1. super oppositione l. 2. C. de usucap. pro emp. sed tamen per ista non est recedendū ab ampliatione, quod imo tex. noster procedat etiam in filiis, per suam rationem generalem, & quia leges concordantes generaliter loquuntur. Nec obstat dicta leg. quidam filium, quia supra responsum fuit, quia loquitur in exhæredatione quæ est accidentale in testamēto, & secūdū declarationē gl. ibi potius concordat. ut dixi in figuratione casus. Nō obstat ꝙ pater teneatur instituere, quia uerū est in legitima, sed ultra eā auffert sibi liberā potestatē.

27 Vnde † limitatio Soc. posset saluari in promissione de legitima, sed ultra legitimam procedit ampliatio, ut promissio facta filiis de instituendo in maiori parte hæreditatis sit ipso iure nulla, & eodem modo respondetur ad 3. quod procedit quantum ad legitimam, sed ultra legitimā ampliatio est uera & tenenda, & extēdi debet etiam ad omnes alios quibus debetur legitima si filius promisisset instituere patrē uel libertus patronum, uel alii usque ad legitimā promissio potest procedere, sed si facta fuit supra legitimam, promissio non ualebit per istum tex. cum suis, concord. quod bene nota.

28 Nono † ampliatur procedere etiam quod nō promittat instituere sed faciat actum per quem priuet se dominio omnium bonorum suorum, ut nihil sibi remaneat, nam tunc talis actus priuatus erit ipso iure nullus, quoniā per indirectū auffert liberam potestatē testādi, iuxta l. 3. §. fi. ff. de uerborū significatio. & infra dicetur in materia donationis omniū bonorū, limitatur uero procedere quando quis promittit instituere personas quibus debetur legitimā & promissio fuit restricta ad legitimam, nam tunc ualebit, per ea quæ diximus in octaua ampliatione, secundo limitatur non procedere quando promisit instituere & reseruauit sibi potestatem reuocandi, ut fit in donatione causa mortis, nā tūc poterit ualere si postea non fuit facta reuocatio, ut infra quoque dicetur.

29 Secundo † ex eisdem uerbis notādū est, ꝙ promissio facta sub cōditione, si aliquē nō īstituat hæredē, est ipso iure nulla, ex eo quia dicitur auffere liberā testādi facultatē, & sequūtur omnes * hic, tamē uidetur ꝙ hæc rō nō cōueniat literæ, ex eo quia nullū uidetur uerbū quod inducat priuationē potestatis testādi, attēto quod promissio pœnæ hoc nō facit, neque etiā illa cōditio, si non instituero hæredem, quia nullā necessitatem inducit cum conditio nihil ponat in esse, neque inducat necessitatem aliquam instituēdi, neque dispositionem, cum tota sit uoluntaria. l. si quis sub cōditione dandorum. ff. si quis ommissa causa testamenti facit glo. in l. Lutius. 2. ff. de hæredibus insti. cum similibus Ias. hic sentiens hoc tacitum contrarium & alii Docto. fatentur illud, sed dicūt quod propter promissionē pœnæ ille qui promittit cohæ

hærcetur, ne eā soluat, ad faciēdā institutionē, & per consequens timore pœnæ quis dicitur aufferre sibi liberam potestatē testandi, & inferūt ꝙ paria sunt aliquid directo promittere, uel illud cohærceri facere timore pœnæ, quoniā prohibito uno omnia quæ tendunt ad illud prohibentur. l. oratio. ff. de spons. sed directo promittēdo nō pōt obligari ergo nec etiam timore pœnæ debet cohærceri, unde utraq; stipulatio æqualiter est cōtra bonos mores, quia hæreditas pactis dari nō potest. l. hæreditas. C. de pact. conuēt. ad quod etiā facit alia regula, ꝙ non potest fieri pure, neque sub conditione, l. Seius & Augerius. ff. ad l. falcidiam. & l. hoc modo. ff. de cond. & demonstrat.

30 & in simili facit † ꝙ habetur de matrimoniis quæ debēt esse libera a metu pœnarū. l. Titia. infra eo. l. Titio centum. §. 1. de cōd. & demonstra. c. Gemma, de sponsalibus cum similibus adductis hic per Ias.

31 Sed dubiū est † quid de cōtrario, an promissio facta de soluendo aliquid si instituat eum hæredem debeat ualere, & sic an spe lucri possit quis inuitari ad faciendam promissionem de instituendo, seu ad institutionem faciendam, & cōmuniter * Doc. uidentur tenere quod non ualeat, ut est gl. quam ibi approbat Bar. in l. cum donationis. C. de transactionibus. ubi illi nepotes remiserunt litem de transactione ut inuitarent patruum ad instituēdum, & tamen non tenetur instituere, sed Roma. ibi tenebat contrarium, ꝙ imo quis possit inuitari spe lucri ut faciat institutionem, quia longe differunt pœnis cohærcere ad aliquem actum, uel præmio eum inuitare, ut dicit tex. ubi docto. no. in dicta l. Titio centum. §. 1. de condi. & de-

32 monstratio. & facit † etiam, quia quilibet potest blanditiis inuitari ad testamentum l. fi. C. si quis aliquem testari prohibuerit, sed communiter * doct. tenent primam opinionem, per tex. in dicta l. cum donationis, & ad dictam leg. Titio centum, respondent quod procedit in matrimonio, ad quod homines possunt inuitari pecunia sicut per dotem & donationem propter nuptias, & facit tex. etiam in leg. ille autem. ff. de hæredibus institu. ubi institutio dicitur captatoria.

33 Sed tu † aduertas, quod communis opinio non probatur in d. l. cum donationis, imo potest retorqueri, ex eo quia ibi transactio ualuit, & præmium acquiritur quamuis non teneatur instituere, unde sensus illius tex. est, ꝙ ibi non fuit promissio de instituendo, sed fuit quoddam tacitum præsuppositū in mente retētū, & si opinio cōmunis uera esset, opporteret dicere ꝙ transactio esset nulla, sicut nec etiam teneretur instituere, ad exēplum tex. nostri, in quo & conditio & promissio est nulla, item pro opinione Romani, ꝙ imo conuentio ualeat, facit, quia si aliquis promittit centum Sempronio si eum instituat hæredem, tunc non dicitur aufferri libera uoluntas Sempronio, quoniam illa conditio non arctat eum sicut si esset conditio si capitolium ascenderit, unde non potest dici quod sit contra bonos mores, cum ille stipulator non obligetur, & non aufferat sibi liberam potestatem testandi.

34 Propterea pro resolutione † considerandi sunt quatuor casus. primus est, quando ille cui succeditur, promittit sub conditione, si non instituet, & tunc stipulatio est nulla ut hic in tex. Secundus casus est, quādo ille qui desiderat se institui offert aliquid & soluit hac intentione ut instituatur, tamen non deducit in conditionem neque promissionem, & tunc seruatur tex. in d. l. cum donationis. & in l. hæreditas. C. de

35 pact. conuentis. Tertius casus est † quando aliquis dedit pecuniā ut instituatur, & ille acceptauit & postea promisit, & tunc omnino nō tenetur instituere, quia aufferret sibi potestatē testādi, sed an teneatur restituere pecuniā si non instituit est dubiū, tamē uidetur ꝙ primus actus ualeat, cū nullā obligationem inducat, & secundus sit nullus, per dictā l. cū donationis, secūdum aliū intellectum, & d. l. hæreditas. C. de

36 pact. conuentis. Quartus casus est † ubicunque aliquis promittit centum sub conditione si instituatur hæres, & nō soluit, neque ille promittit, & tunc ego puto opinionem Romani ueriorem esse, ꝙ promissio ualeat, & si uult habere pecuniam debet obseruare conditionem, & non implendo non habebit eam, quia nulla est causa prohibitionis, cum nec ipse stipulator neque promissor obligetur ad instituēdum, & remanebit stipulatio sub mera uoluntate ipsius, sicut erit illa, si capitolium ascenderis promitto centum, de qua habetur in l. hæc conditio si capitolium, de condit. & demonstra. cum suis con. nec obstat tex. noster, quia militat ratio posita in dicta leg. Titio centum. §. primo. quod aliud est cohærcere metu pœnæ aliud est inuitare.

37 Tertio notādū est † ex isto tex. generaliter, ꝙ stipulatio aufferēs liberā testādi facultatē dicitur esse cōtra bonos mores & nō ualet, sed cōtra eā fortiter facit, quia contractus ab initio sunt uoluntatis & postea necessitatis, ergo uidetur quod quis obligetur ex contractu, per l. sicut. de actio. & obligatio. & facit diffinitio obligationis insti. de obligation. §. primo. & uidemus quod unusquisque potest uendere omnia bona sua, & alio modo alienare, & cum desinat esse dominus in dictis bonis auffert sibi liberam potestatem testandi. Arg. l. in re mandata. C. Manda. & eorum quæ habentur in Rubr. & nigro si quid in fraudem patron. unde sicut de facto alienando potest se priuare potestate testandi in illa re, ita uidetur quod possit se priuare per promissionem de instituendo, & faciūt ea quæ infra dicemus de donatione omnium bonorū, & confirmatur per tex. in d. l. filius familias. §. ut quis hæredē. ff. de l. 1. ubi hæres potest cogi instituere alium hæredem saltem per fideicommissum, & in omnibus illis bonis aufferri potestas testandi in alium, quod etiam fieri potest per prohibitionem alienationis quæ tam potens est quod potest facere ut prohibitus extraneum hæredem instituere nō possit. l. cum pater. §. tertio & quarto. ff. de l. 3. cū similibus allegatis plene per docto. in d. l. filius familias. §. Diui. ff. de l. 1.

38 Sed pro † solutione distinguēdū est, Aut alius uult cohærcere in bonis suis ut acquisitor non possit testari, & hoc indistincte permissum fuit, dicto. §. ut quis hæredem, & dicto. §. Diui. Aut uero quis uult cohærcere semetipsum ut ipse priuetur potestate testandi, & hoc si uult facere per ultimam uolūtatem omnino non

non potest l. si quis in principio testamenti, supra de l. 3. cum ibi no. per Bar. & alios. si uero uult cohærcere semetipsum per contractum, & tamen si in contractu faciat mentionem de modo disponendi per ultimam uoluntatem, non potest se priuare, & hic est proprie casus in hac lege nostra, & dicta l. cum donationis, & dicta l. hæreditas, secundum unum intellectum cum suis cōcordantibus. si uero aliquis uult cohærcere semetipsum per actus inter uiuos cum toto adimplemento per actum inter uiuos & tunc omnimodo potest se priuare de bonis alienatis, per dictam l. in re mandata. C. Manda. & dicta l. sicut. C. de actio. & obligatio. cum alioquin potestas disponendi de rebus suis per indirectum omnibus aufferreretur, & propterea sequitur quod decisio tex. nostri procedit cum duabus restrictionibus. una est quod ipse semetipsum priuet, quod est prohibitum, quia nemo sibi ipsi imperare potest, dicta l. penul. ff. de arbi. nec legem sibi imponere, dicta l. si quis in principio. alius uero indistincte potest aufferre liberam testandi facultatem in rebus a se prouenientibus, dicto. §. ut quis hæredem, uel prohibendo alienare, dicto. §. Diui. Secunda est restrictio, ꝙ istam potestatem aufferat per se ipsum sibi ipsi uel in ultima uoluntate, ut in d. l. si quis in principio. uel etiam per actum inter uiuos, disponendo tamen directo uel per conditionem, ut in tex. nostro. secus si per actum omni modo & ex omni parte inter uiuos, & sic conclusio remanet, quod si quis per semetipsum uel per actum ultimæ uoluntatis uel per cōtractum uellit se priuare potestate testandi, dispositio illa est ipso iure nulla & reputatur contra bonos mores per istum tex. cum concord.

39 Sed dubitant † doct. utrum per statutū posit aufferri hæc potestas testandi. Pau. de Cas. in l. ex facto. ff. de uulg. & pupill. dicebat ꝙ non, & idem est quod in priuato, & ponebat exemplum, quando statutum disponeret ꝙ mulier non possit testari sine consensu mariti, per tex. nostrū hic, quia est contra bonos mores, & quæ sunt contra bonos mores non possunt fieri per statutum uel cōsuetudinem c. erit lex. quarta. distin. & c. fi. ex de cōsuetu. & istā opinionē sequitur Alc. hic legēdo & cōsulēdo, cōtētus sola authoritate Pauli, & multi alii quos refert hic Ias. & facit alia ratio, quia tale statutū offendit aliā regulā iuris ꝙ uoluntas testatoris non debet dependere ab alieno arbitrio. l. captatorias. ff. de hæredib. insti. & l. captatorias. C. de Milita. testam. unde sequitur ꝙ in tantum seruatur quod filius familias non potest testari cum consensu patris, & solum permittitur donare causa mortis. l. tam is. ff. de donatio. caus. mor. & hæc ratio fuit Ang. in auth. de hæredibus & falcid. §. 1. tamen cōtrariā opinionē tenuit ipse Ang. per rationē, quia potestas testādi est de iure ciuili, ut per Dy. in regula indultū, de reg. iur. & per Mod. in §. tertiū. inst. de testam. ergo & potestas libera testandi est de iure ciuili, igitur cū statutū contrariū disponat uel cōsuetudo uidetur ꝙ hoc possint facere, quia ius ciuile passim ius ciuile tollere potest, l. de quibus. ff. de legibus & §. ius aūt. inst. de iure naturali gētiū & ciuili, cum uulg. unde inferrebat, quod si statutū disponat ꝙ mulier nō posit testari sine cōsensu duorum consanguineorum quod ualebit, & idem erit si statutum dicat quod mulier non possit relinquere marito suo aliquid in testamēto, nā tale statutū ualebit, propter illam rationem, quod ius ciuile potest tollere potestatem testandi quæ est de iure ciuili.

Ias. uero hic distinguit inter statuta, & dixit ꝙ illud statutum parmense ualebit quia cum ratione factum fuit, ne mariti, ut instituerētur, percuterēt uxores uel male tractarent, & si sunt infirmæ quod deserent eas, & non gubernabūt & dimittēt eas perire fame, ideo cum talis licētia causaret homicidia & uaria delicta nō potest dici statutum cōtra bonos mores, imo secūdum eos, & excludens malos mores, in aliis uero duobus statutis tenet opinionem Pauli de Castro quod non ualeāt per illas duas rationes, quia auffere potestatem testandi est cōtra bonos mores, ideo non potest fieri per statutum, ꝙ debet esse sanctum dicto c. erit lex sicut nec per pactum secundo etiā, quia est contra aliā regulā, ꝙ uoluntas testatoris non debet dependere ab alieno arbitrio, d. l. captatorias, & d. l. tam is, ut hic per eum, sed tamen ipse

40 † non respondet rationi Angeli qui dicebat quod potestas testandi est de iure ciuili, & aufferre eam est contra bonos mores ciuiles, contra quos omnis lex fieri potest, & si tenemus hoc præsuppositum suum necessaria est conclusio sua ꝙ statutum ualeat, cum illas duas rationes allegatas lex ciuilis indistincte tollere posit, præterea etiam quod esset contra bonos mores ciuiles possumus dicere quod talia statuta eos non inducunt, attēto ꝙ non uidetur quod uoluntas mulieris sit in arbitrio mariti uel dependeat a uoluntate mariti, quoniam ipsi non debent adhibere cōsensum particularem ad omnia quæ fiunt in testamento, neque debent esse præsentes, sed solum requirit statutum ut generalem consensum præstent ad faciendū illud, & sufficit dare licentiā ut testētur, & si eueniret ꝙ nollēt dare, opporteret ꝙ allegarent causam, & ideo fauore publicæ utilitatis cogerētur a iudice præstare consensum, & sic in effectu non priuantur mulieres potestate testandi, & non uidetur contra bonos mores.

Nihilominus pro opinione Ias. & cōi facit, quia ratio Ang. est falsa, cum imo potestas testandi sit de iure naturali & gentium ut dixi in præmissis, unde aufferre illam potestatem est facere contra bonos mores naturales contra quos ius ciuile fieri non potest. §. sed naturalia, inst. de iur. natur. gentium, & ciuili. & ideo uidetur ꝙ rationes Ias. & Pauli remanēt urgentes, ut sicut pactum contra bonos mores naturales non ualeat ita nec statutum nec consuetudo, dicto c. erit lex. 4. distinctio. & c. fi. de consu.

41 Sed tamē † licet hæc opinio cōis uideatur probabilis, nihilominus ego puto opinionē Ang. cōtra cōmunē ueriorē esse, nō per rationē suam quæ falsa est ut dixi, sed quia nō est uerū ꝙ statutū aufferēs potestatē testādi dicatur cōtra bonos mores, licet pactū uideatur esse, nā ut ego dixi in principio istius notabilis, tūc pactum aufferēs liberam potestatē testādi est cōtra bonos mores quādo fit ab eo qui debet testari, quia nemo potest sibi imperare, d. l. penul. ff. de arbitr. neque sibi legē imponere, d. l. si quis in prin-

cipio testamenti. Tertii autem possunt auferres potestatē aliis testādi secūdū leges naturales & ciuiles, ut in d.l.filius familias.§.ut quis hæredē, & in prohibitione alienationis, ut in d.§.Diui, quia tunc cessat ratio quod sibi imperare non posset, quia alter potest sibi, & ipse sibi legē nō pōt imponere, quia alter cā potest imponere, & statutū indistincte potest imperare omnibus subditis.l.omnes populi. ff. de iust. & iur. et in l.si quis id quod. ff. de iuris. omniū iudicū. iuxta. illud.l. duodecim tabularū, prætor esto et omnes ei parento, & uidemus quod passim leges ciuiles auferunt liberam testandi facultatem impediendo filios familias seruos et multas alias personas testari, et etiam cogendo parentes instituere filios, et filios parentes, et libertos patronos, quoniam hæc potestas legis clara est et rationabilis, et non potest dici contra bonos mores.

Propterea cōcludendum est contra communem opinionem, quod talia statuta auferentia potestatē
42 testandi sunt ualida omnino, tamē † quatenus tractatur de corrigendo ius naturale & gentium, opportet quod talia statuta sint facta cum ratione urgenti, ut quia de facto apparebat quod mulieres deciperētur, & quod per monachos instigabantur ut testarentur uel alios ami os & personis indignis relinquerent & aliquando filios priuarent. unde tunc possunt statuta limitare ius naturale & gentium, quia licet nō possint tollere in totum ius gentiū tamen ex causa possunt limitare illud et etiam ius diuinum, ut no. in d. §. sed naturalia, & per Bart. in l.omnes populi in.3.quæstio.princ.ff.de iusti.& iur. ideo solum communis opinio posset saluari quādo statuta sine ratione facta essent, non quia efficerentur contra bonos mores, sed quia non possint tollere ius naturale, uel quādo statutum mandaret ut nullus homo posset facere testamentum, quod non contingit in casibus & quæstionibus propositis.

Quarto notandum est ex eisdem uerbis, quod si quis promisit sub conditione, si non instituat aliquē, promissio est ipso iure nulla, ex eo quia aufertur libera potestas testandi, quæ cōclusio procedit in terminis istius legis, quādo ille cui succedendum est facit istam promissionem & aufert sibi ipsi liberā potestatē testādi, ꝙ est contra bonos mores, secus au-
43 tem † si esset alius uel tertius, quia non annullatur actus, ut statim diximus, sed dubitat hic Crotus quid si non ipse cui succedendum est facit ipsam stipulationem, sed est suus cōsanguineus uel alia coniūcta persona, apponendo conditionem in persona testatoris, ut si unus frater dicat promitto tibi centū si frater meus non instituet te hæredem, & quod promissio sit nulla, argumētatur per tex. i l.hæres meus. §.fi.ff.de cond. & demo str. per quē tex. Bar. in l.Titia. infra eod. & Abb. in c.Gēma. de spons. dixerūt ꝙ si aliquis cōiunctus uel multū amicus spōsi promittat pœnā si matrimoniū nō contrahet cū tali puella talis promissio est nulla, quia uerisimile est ꝙ puer uel puella cōsentient matrimonio ne ille coniūctus suus pœnā incurrat et sic metu pœnæ cōiūcti cohærcetur puer uel puella cōtrahere matrimoniū, & auferretur libera uoluntas, & confirmat per decisionē Rotæ septimā in tit. de renūtiatione, per quā determinatur quod sicut renuntiatio beneficii facta metu illato in personam beneficiati non ualet. cap. super hoc de renuntiatione, ita quando metus fuit illatus in personam alicuius consanguinei, & facit dictum Petri de ancharano in c. sciant cuncti. de electio. in 6. qui uoluit ꝙ pax facta sub pœna de non offendendo aliquem si offendatur coniunctus, pœna incurritur. Addit tamen postea, quod dicta l.hæres meus. §.fi. non patitur intellectum traditum per docto. ut procedat in quolibet coniuncto, sed procedit tantum quando testator legat alicui sub conditione si filia quam habebat non nupserit, & sic loquitur in casu de filia quæ est in potestate patris, non autem de omnibus coniunctis, ut hic latius per eum multum insistentem super intellectu dictæ l.hæres meus sed tu breuiter resoluendo dicas, ꝙ aut fuit pater uel alius superior cui debetur magna reuerentia qui promisit sub conditione si filius uel coniunctus non faciet hæredem, et tunc promissio erit nulla, quia est uerisimile quod promittens constringet illum iuuenem ad faciendum institutionem ne incurrat pœnam, et sic auferretur in effectu huic iuueni timore pœnæ potestas testandi, et idem esset quando ille qui promisisset pœnam esset multum dilectus illius qui erat facturus testamentum, ut si forsan e contrario filius promisisset pœnam si pater non institueret hæredem, nam pater inducetur ad instituendum ne filius suus incurrat illam pœnam, si uero eueniat ut in casu proposito ꝙ unus frater promittat pro persona fratris et tunc promissio ualebit, ex eo quia nō est credendum ꝙ frater propter pœnam fratris uellit contra suā uoluntatē instituere aliquē, uel ꝙ propter caritatem fratris inducatur, et sic summa est, ꝙ tunc stipulatio erit nulla quando metu pœnæ suæ uel alienæ cohærcetur aliquis alium instituere, sed si propter pœnam alterius non cohærceretur, institutio ualeret, et erit promissio pœnæ facta sub conditione facti alieni, ut si quis dicat, promitto centum si Sempronius non ascendet capitolium, quæ passim ualet. l. hæc conditio si capitolium, de conditio. et demonstratio.

44 Quinto † notādum est, ibi, tantum dare spondes, secundum Cuma. quod hæc conclusio procedit quæcunq; quantitas sit promissa, siue magna, siue mediocris, siue minima, quoniam tex. noluit exprimere ut demonstraret procedere in quacunque quantitate, et sic de minimo hic curatur, facit text. in cap. de appellationibus ex. de appellatio. ubi de quolibet minimo grauamine permissa est appellatio, et sic non semper uera est regula quod de minimis non curat prætor. leg. si oleum. §.fin. ff. de dolo. Ias. uero hic tenet contrarium, ex eo quia quando minimum promittitur non cohærcetur quis ad institutionem faciendam, et sic non aufert sibi liberam potestatem, sed Crotus defendit primam conclusionem, quia semper uera est ratio ꝙ stipulatio est contra bonos mores, et quando est contra bonos mores nō curatur quæ quātitas sit, quia semper est eadē ra-
45 tio, sed tu teneas † omnino opinionē Ias. nā in hoc tex. per uerba stipulationis promittēs nō erat obligatus

gatus instituere, quia conditio nihil ponit inesse, sed tamen annullatur, quia cohærcetur metu pœnæ ad instituendum,& sic auffertur propter metũ
46 libera uoluntas.Vnde apparet† quod tunc est contra bonos mores qñ est cohærctio propter metũ, quando autem non est cohærctio non est contra bonos mores,quia remanet in libera uoluntate,& propterea est necessarium quod sit promissa tanta quantitas quæ inducat cohærctionem,& si non erit sufficiens ad inducendã cohærctionẽ promissio remanebit ualida sicut quælibet alia conditionalis,& propterea intellige istum tex. quod erat promissa tanta quantitas quæ uerisimiliter secundum conditionem personæ induceret cohærctionem,unde apparet quod ratio quare non fuit expressa quantitas,cum secundum conditionem personæ uaria requiratur quantitas ad inducendum cohærctionẽ,&nõ semp centũ hoc facere poterũt.
47 Sexto † notandum est, quod stipulatio de qua in tex.est inutilis,& quamuis tex.non dicat,subaudi quod est inutilis ipso iure, ut patet in concordantibus allegatis per glo.& non est necessaria exceptio prout contingit in l.j.cum materia.ff.quod met.caus.Item subaudi quod est inutilis ut nullã producat obligationem ciuilem neq; naturalem per dictam legem.generaliter. & l. si homo mortuus.sup.eo.quia conditio ista est contra leges & efficitur impossibilis.l.filius familias. ff. de cond. insti.unde annullat totam stipulationem. l. non solum.sup.tit.j.& l.iurisgentium.§.prætor. &. §. si pacifcar.ff.de pact.
48 Septimo†notandum est,ibi, contra bonos mores,quod hæc stipulatio est contra bonos mores, tamen tex.non exprimit an sint ciuiles uel naturales,& si sunt ciuiles tantum iuramento ualidãtur, cap.quamuis.de pact.in 6.& cap.licet. de iureiur. unde dependet ab illa difficultate, An potestas testandi sit de iure ciuili tantũ,sed quia sup. conclusimus quod est de iure naturali,succedit quod hęc stipulatio erit contra bonos mores naturales, & qui promittit sub conditione aufferrente liberã potestatem testãdi directo uel propter metũ dicitur facere actũ contra bonos mores ciuiles, ideo nõ firmabitur iuramento,utinf.dicemus post Bar.
49 Vltimo notandum est†ex eadem ratione,quod ubicunq; stipulatio est contra bonos mores redditur ipso iure nulla.Ideo Ias.hic infert, quod quando actus est contra bonos mores non ualidatur ex pœnæ appositione,neq; ex iuramento,neq; per statutum,neq; per consuetudinem, sed postea ꝙ per consuetudinem ualidetur,allegat tex.in c.j.§. moribus.si de feud.fuerit controuer.inter dom.& agnatos.sed respõdet ipse quod loquitur quãdo agitur de pacto de nõ succedendo ut hic per eũ, cuius dicta sunt imperfecta,& primo dũ dicit,ꝙ pactũ cõtra bonos mores non ualidatur per pœnam uidetur ineptum dictũ,qm̃ in casu tex. nostri actus redditur contra bonos mores propter pænam appositam per quam coarctatur ad instituendum hæredem, unde si propter pænam annulatur pactum, non potest dubitari an propter eam ualidetur, si tamen esset apposita stipulatio affirmatiua de instituendo,& postea esset subsecuta pœna, tunc dictũ eius procedere posset,ut propter pœnã non ualidaretur principalis stipulatio,quãuis alias ualidetur,ut in casu l.stipulatio ista.§.alteri.sup. eo. ubi stipulatio alteri facta seruatur propter pœnã, sed in hoc casu nõ procedit,quia defectus qui est in prima est quoq; in secunda ut utraq; sit contra
50 bonos mores.Item† dum dicit quod non firmatur iuramẽto,opportet latius distinguere ut per Bar. & alios super 2. q. sua uersi.facio. & ibi dicemus.
51 Item†dum dicit quod per statutũ nõ ualidatur pactum contra bonos mores,hoc supra reprobatum fuit in terminis tex.nostri, qm̃ aufferre potestatẽ testandi non est contra bonos mores nisi qñ quis sibi ipsi auffert istã potestatem , per rationẽ quod sibi legem imponere nõ potest,tamen alii possunt aufferre,ut in d.l.filius fami.§.ut quis hæredem.& patet in quã plurimis casibus in quib. lex auffert potestatem testãdi , & inducit necessitatẽ instituẽdi,igitur cũ lex passim possit aufferre eodem modo & statutũ,& non dicetur esse contra bonos mores,cum non fiat in casu quo aufferre talem potestatem sit contra bonos mores,& ideo supra conclusi reprobando Ias.& alios, quod statutum aufferens liberam potestatem testandi in aliquibus casibus uel personis tantũ,& cũ probabili ratione illud ualebit,sed si eueniret quod actus indistincte esset contra bonos mores,tunc posset procedere ratio Ias.ꝙ non ualidaretur,quia statutũ debet
52 esse sanctũ,d.ca.erit lex 4.distinctio.Item dum ipse dicit quod per consuetudinem actus cõtra bonos mores non firmatur,contradicit dict.§. moribus.& responsio sua est contra illũ tex. quia imo ibi est pactum affirmatiuum de succedendo, cũ dicatur regem posse dare feudũ uiuentis alteri post mortem possidentis,ideo tu debes aliter dicere, quod consuetudo ualidat tale pactum quando inducit rationem per quam desinit esse contra bonos mores,ibi namq; sumus in feudo quod conceditur militibus habitantibus in curia Regis uel domini,& sunt milites qui præsumuntur esse morigerati,cum infames in curia non admittantur, cap.j. & ibi no.de eo qui interfecit fratrem suum, item milites seruiunt in bello & quotidie habent mortem ante oculos, unde præsumuntur boni, & quod non habeant istud uotũ captandæ mortis , & sic cessat ratio quod sit consuetudo contra bonos mores, & iungendo illum tex. cum cap. detestandæ & cap.ne captandæ.de præbend.in 6.colli-
53 gitur,† Quod meliores forsan præsumuntur milites quam clerici, cum in beneficialibus præsumatur inter eos ut plurimum uotum captandæ mortis,& illi actus annullentur,nisi defendendo clericos dicas, quod ipsi quoque præsumuntur boni, tamen quia propter fragilitatẽ humanã aliquãdo potest superuenire illud desideriũ,&peccant,quãuis non exequantur.argum.cap.mulieres.de sententia excommunicationis. ideo ut semper mundi sint,uoluit Papa ut tollatur occasio ꝙ non incidant in illud peccatum , cum quotidie eucaristiã consecrare debeant,quæ ratio non militat in mi-
54 litibus. Addunt†tamen docto. in dicta l. si. quod

dictus.§. moribus procedit etiam in officiis Curiæ Romanæ personalibus,& in officiis etiam personalibus iurisdictionum,uel aliorum actuum, & disputant de ratione, & finaliter resolutio est, quod Rex præsumitur habuisse notitiam bonitatis illius cui concedit officium uiuentis, unde uerisimiliter cessat suspitio uoti captandæ mortis, & sic non militat ratio quod sit contra bonos mores,si tamen appareret quod militaret ratio peccati & alicuius turpitudinis tunc non ualeret consuetudo, ut habetur in capitulo fina. extra de consu. de quo tamen dicas latius ut per docto. in dicta l.fi.C.de pactis.ubi est locus suus, & ibi plenissime dixi.

55 Glosa prima figurat casum†ad tex. nostrum ex mente Accursii ut in ea patet, quam sequuntur cōmuniter docto.& ego figuraui deducendo eū ad actum practicum & contingentiam facti, hoc tamen no.ex illa glo.quod apponit uerbum(promitto centum)& sic exprimit quod est expressum,unde sentit ꝙ text. noster procedit qn̄ promissa fuit res particularis uel quantitas perticularis, & non est opus quod exprimatur aliquod ius uniuersale in promissione, seu ius succedendi, cuius contrarium uidentur sentire doctores infra ubi etiā ego reprobabo, quia hæc gloss. melius loquitur.

56 Glo.secūda declarat†tex.qui uult quod illa promissio sit contra bonos mores,& licet doct.dicant quod non allegat nisi iura concordantia, tamen indiget declaratione, ex eo quia non exprimit quare sit contra bonos mores, & in quo deficiat actus, unde ipsa exponit quod actus est nullus in totum,& quod pœna exigi non potest, & rationem assignat, quia hæc conditio(si non instituam hæredem, aufert liberam testandi facultatem metu pœnæ, ideo est contra legem, & reputatur conditio impossibilis & non ualet actus sed lex seruatur, lege quod de bonis. §. primo. ubi text. in terminis supra ad legem Falcidiam. Item conditio conrra legem reputatur impossibilis l. filius, ff.de conditio.insti.& conditio impossibilis reddit actum nullum, lege non solum. supra de actionibus & obligationibus. leg. si homo mortuus. infra eodem. Item conditio contra legem est turpis ideo est nulla. lege generaliter. supra eodem. & l.iurisgentium.§. prætor ait.& §.si paciscar. supra de pact.item in medio postea allegat tria iura,& primo tex.in l.cum donationis.C. de transa. qui concordat cum tex.nostro, quod ille cui sperabatur succedere promisit nepotes hæredes instituere propter uerbum(hæreditatem)quod nō potest fieri ut hic,per rationes supra declaratas, postea glo.allegat l.fi.C.de pact.& l.cum ex eo.C. de inuti.stipulatio.quæ duo iura non faciunt in proposito in sua ratione spetiali, quia loquuntur in diuersa materia quando est pactum de hæreditate uiuentis quod inducit uotum captandæ mortis quando fit per eos qui sperant succedere, & differt ualde a casu nostro, ut in præmissis dixi,maxime quia quando est consensus illius de cuius hæreditati agitur cessat ratio prohibitiua pacti. dicta leg.fina.& si esset eadem materia. cum lege nostra pactum semper esset ualidum, cum præsupponat semper illum cui succeditur facere pactum & cum nos uideamus quod nihilominus reprobatur,apparet quod est diuersa materia, & habet aliam causam annullandi pactum, quæ est quod paciscens sibi ipsi auffert liberam potestatem testandi, in uno tamen solo possunt dictæ leges cōuenire materiæ nostræ, quia in eis assignatur ratio generalis quod est contra bonos mores, hic quoque eadem ratio est quod sit contra bonos mores, tamen diuersa causa est, quia ibi est contra bonos mores quoniam inducit uotum captandæ mortis, hic uero est contra bonos mores, quia auffert liberam potestatem testandi, unde apparet quod gloss. male fecit allegando pro concordanti, cum debuisset allegare in argumentum, demonstrando quod sunt diuersi termini quod bene nota,ut etiam ego dixi in præmissis.

57 In eodem†errore fuit Bartol. hic in tota hac lege, qui commiscuit has duas materias, & duas rationes diuersas, & sæpe æquiuocauit, & multas resolutiones falsas fecit, quod euenit in primis uerbis, dum opponit de lege. 3.§. de illo.ff. pro socio. & l.si quis seruum.ff.de actio.emp.quæ leges inepte pro contrariis allegantur, quoniam nihil faciunt,nec dicunt de pacto facto ab eo cui succeditur,sed tantummodo loquuntur de pacto facto inter succedentes super hæreditate uiuentis & per consequens contradicunt. l.fi.C. de pact.cū suis concordan.& ad legem nostram nihil faciūt, & resolutionem cum ratione posuit in fi.legis ubi tractauit de materia dictæ.l.fi. quamuis & etiā cōfusæ ut ibi dicemus.

Cum ergo habeamus hic decisionem, quod stipulatio facta sub conditione aufferente liberam potestatem testandi non ualet, & quod nemo potest imponere sibi necessitatē instituendi, quæ cōclusio ampliatur procedere quando quis fecisset testamentum, & promisisset non reuocare testamentum,uel etiam fecisset promissionem in totum negatiuam de non instituendo aliquem, illa dispositio nec etiam ualet, unde infertur quod nemo potest assecurare hæredem seu aliquem in successione sua, ut cum certitudine sit habiturus suam successionem, tamen quia contrarium sæpissime desiderant homines uolentes esse certi, quod sint habituri successionem alterius, & ipsi quoque quibus succedunt hoc desiderant.

58 Ideo quærunt † hic doctores & post eos Barto. utrum possit inueniri modus faciendi actum, ut certus sit aliquis quod sit habiturus hæreditatem alterius,& refert Dynum hoc determinasse & dixisse, quod si quis hanc prouisionem faciat in testamento suo uel in alio actu ultimæ uoluntatis frustra consulendum est, ex eo quia natura ultimæ uoluntatis est ut sit ambulatoria usque ad extremum uitæ exitum. lege tertia. §. finali. cum lege sequenti. supra de imendis legat. & nemo potest hanc liberam concessionem sibi auferre, neque legem sibi apponere a qua non possit recedere, per dictam legem si quis in principio. digestis de legatis tertio. & quia nemo sibi

sibi ipsi imperare potest.leg. penultima. digestis
59 de arbitr. Sinautem dicebat†Dy. aliquis recedat
ab ultima uoluntate,& faciat actũ inter uiuos po-
terit sibi illam potestatem aufferre, & cogore se-
metipsum.ut alius sit habiturus hæreditatem suã,
dicendo hoc modo,hoc testamentum meum pro
mitto obseruare,& non reuocare, & si reuocaue-
ro dono ipsi hæredi instituto omnia bona mea p̃-
sentia & futura irreuocabiliter & inter uiuos. nã
cum sit actus irreuocabilis tenebitur eum serua-
re, & si reuocauit testamentum ille habebit hære
ditatem ex donatione, & si non reuocabit habe-
bit eam ex institutione, & ipse cognoscens quod
omnimodo est habiturus hæreditatem non reuo-
cabit testamentum, & istum modum receperunt
* communiter * docto. facientes hoc dictum cano-
nizatum, sed tamen Barto.reprehendit,quoniam
de directo contradicit tex.nostro, ubi fuit actus
inter uiuos, & tamen annullatur, quia auffert li-
beram potestatem testandi per indirectum me-
tu pœnæ, ergo eodem modo talis donatio inter
uiuos facta sub illa conditione (si reuocabit)
erit ipso iure nulla, quoniam est facta sub condi-
tione aufferente liberam potestatem testandi per
indirectum, & metu pœnæ, & ideo est contra
bonos mores, unde concludit quod donatio erit
nulla, & quod per istum actum non est succur-
sum, quia contradicit in totum textui nostro. &
hanc partem secutus fuit ipsemet Dy. melius co-
gitando quando consuluit in casu occurrenti, &
opinionem Barto. hic sequitur Alexander legen-
do & consulendo, & etiam Ias. hic, addens mul-
tas authoritates quæ faciunt communem opi-
nionem & in practica receptam & admissam ut
hic per eum & alios.

Sed contra eam facit,quia imo uidetur quod ta
lis donatio debeat habere effectum suum per ra-
tionem Dy. quia est actus inter uiuos cum plena
natura contractus inter uiuos, qui omnimodo
exequendi sunt, cum ab initio sint uoluntatis, &
postea necessitatis.l.sicut.C.de actio.& obligatio,
& obligatio est iuris uinculũ &c.§.j.insti.de obli-
gationibus.&unusquisque per contractus inter ui
uos potest priuare se potestate testandi in rebus
alienatis etiam quod nihil remaneat,ut per Ias.la
te in §.si quis in fraudem.in præmiss.insti.de actio
nibus,& habetur in toto tit.sup.si quid in fraudẽ
patroni.arguendo a speciali,& l.tutor.§.Lutius.ff.
de iis quæ in fraudem creditorum,& hoc expres-
se tenet Bar.infra in 3.quæstio. in donatione om
nium bonorum præsentium,& in donatione om-
nium bonorum præsentium& futurorum facta ali
qua reseruatione,& in uenditione omnium bono
rum,sed tamen iis non obstantibus non est rece-
dendum a conclusione Bar.hic, quod talis dona-
tio sit ipso iure nulla,per tex.nostrum hic,quia il-
la facta fuit sub conditione(si reuocabit testamẽ-
tum)uel si non instituet hæredem, quæ dicitur es-
se contra bonos mores,quoniam auffert liberam
testandi facultatem,& actus sub conditione simi-
li factus est ipso iure nullus,per tex.nostrum hic,
non obstant contraria,quia illa procedunt in actu
inter uiuos simplici nullam habente mixturã ulti
mæ uoluntatis,nam tunc seruantur ea quæ ponit
Bar.in dicta 3.quæstione.

60 Quare† constituas tres casus, unus est quando
quis in testamento promisit non reuocare illud
in totum uel pro parte persistẽdo in actu ultimæ
uoluntatis, & tunc conclusio est clara quod talis
promissio est nulla & non debet attendi neq; pœ
na exigi per dictam l.si quis in princip.testam. cũ
sua materia.& tenuit ipsemet Dy.& Bar.& omnes
nullo contradicente.

61 Secundus casus est † qñ donatio uel alius actus
interuiuos est factus in puris terminis actus inter
uiuos,& tunc omnino seruandus est etiã quod auf
ferat potestatem testandi in rebus alienatis, nam
sufficit quod sit seruata forma sua,& in iis termi-
nis loquitur Bar.in d.3.q.cum distinctione quam
ipse ponit, & ego declarabo post alios.

62 Tertius†casus est ubicũq; donatio uel alii actus
inter uiuos sunt facti sub cõditione(si reuocaue-
rit testamẽtũ)uel si nõ instituet heredẽ,uel alia si
mili quæ afferat liberã testãdi facultatẽ,& tũc ta-
lis donatio est ipso iure nulla propter rationem,
quia est facta sub cõditione reprobata,q̃e est con
tra bonos mores, sicut in simili eueniret si fuisset
facta sub alia simili cõditione turpi,si faceret ho-
micidiũ uel adulteriũ,iux.l.generaliter.sup.eo.&
sic casus iste positus per doct.in hac 1.q.differt ab
illo qui ponitur in 3.q.quia ibi donatio est pura,
uel facta sub cõditione legitima& approbata a iu
re,& est actus factus in puris terminis actuũ inter
uiuos,hic uero donatio fuit facta sub illa cõditio
ne aufferente liberã testãdi facultatẽ, uel cũ pro-
missione directa,uel cũ cõditione ut metu pœnæ
seruanda sit,& propterea tenenda est opinio Bar.
hic,quæ est passim per doct.approbata. Et amplia
tur procedere etiãq; fuerit alius actus inter uiuos,
ut uenditionis,uel similis alius actus alienationis
quia militat eadem ratio ut dictum fuit.Secundo
ampliatur procedere etiam quod facta fuisset do
natio pro medietate, uel tertia parte, uel alia si-
mili non continente totam substantiam donan-
tis, quoniam licet remaneant multa alia bona de
quibus posset testari iuxta formam positam in ter
tia quæstione Bartoli non tamen per hoc uali-
datur, quia causa annullationis non dependet
ab hoc quod remaneant uel non remaneant alia
bona, sed dependet ab eo quod facta fuit sub con
ditione turpi & reprobata, quæ ratio militat in
quacunque donatione quæ debet annullari non
obstante quod donanti remanerent plura bona,
ut patet in tex.nostro, ubi non fuit dictum quod
per stipulationem promiserit omnia bona, imo
præsupponitur quod multa alia remanebant, ni-
hilominus promissio remanet nulla,ita & ipsa do
natio,quamuis de parte bonorum remanebit nul-
la,solum autem illa cõsideratio an supersint alia
bona de quibus potest testari procedit quando do
natio ex natura actus inter uiuos est ualida, & so-
lum militat ratio quod non supersunt alia bona
de quibus posit testari, sed quando fit sub condi
tione non adhibetur illa distinctio.

63 Tertio ampliatur procedere † quando donatio esset facta de una re particulari,ut si dictum fuisset,si reuocauero testamentum dono illam domũ uel fundum,uel si fecit legatum & dicat, si reuocauero illud legatum dono illam rem, nam semper militat ratio quod ista donatio est facta sub conditione turpi & reprobata a lege, & ideo debet esse nulla non facta distinctione quæ res donatæ fuere, ut probatur in tex. nostro iuncto themate Accursii qui dixit promitto centum si te nõ instituam hæredem,& ego ibi mutaui,& facit tex. in dicta leg.si quis in principio.qui expresse dicit quod non potest quis imponere sibi legem a qua non posit recedere, siue tractetur de toto testamento siue de parte,etiam quod tractetur de legato solo,cum in minimo legato non posit testator aufferre sibi liberam potestatem.

Contrariam tamen opinionem quod imo dispositio de re particulari ualeat, tenuit Bar. in l. sancimns. in.fi.C.de testam. et l. hæredes palam. §.fi.ff.de testam. Roma.& Alex. hic & Crotus nu. 18.arg.tex. in l.cum ita legatum,ff.de cond. & de monstra. ubi facultas contrahendi matrimonium quæ debet esse libera coarctari potest respectu certarum personarum, & refert hic Paulus tenuisse Bar.in l. iubemus.C.de sacro sanct. eccle. per illum tex.qui dixit quod est notabilis limitatio, tamen uidetur dubitare, quia omnis uoluntas tã instituendo quam legando debet esse libera,l.j.C. sacr.sanct. eccle. sed Crotus hic omnino dicit sequendam esse limitationem quam tenuit Roma. in consi.293.incipiente præsupposito, dicẽs quod propter dictam clausulam adiectam legatum transit in donationem inter uiuos,per,l.ubi ita donatur.ff.de donatio.causa mortis.ergo non potest reuocari,& ad contrarium respondet non esse uerũ quod per pactum legatum fieri non posit irreuocabile,ut patet in donatione causa mortis quæ est similis legato.l.illud. de donatione causa mor. & tamen per pactum potest fieri ut non reuocetur, dicta l.ubi ita donatur.

Sed tu omnino teneas ampliationem,quod talis donatio sit nulla,& limitatio communis sit falsa,per istum tex.& per dictam l.si quis in prin.per solidum fundamentum, quia est facta sub conditione reprobata a lege & aufferente metu pœnæ liberam testandi facultatem quæ debet esse libera in qualibet minima re & in quolibet legato,d.l.j. C.de sacr.sanct.eccle.&d.l. si quis in prin. & huic fundamento nullus respondet,nec ualet quod legatum potest transire in donationem inter uiuos & contractus inter uiuos possunt fieri in testamento.d. l.hæredes palam. §. fi. quia uerum est quando fiunt per terminos actus inter uiuos sine conditione respiciente potestatem testandi,secus autem quando fiunt sub dicta conditione prout præsupponunt docto. in hac limitatione, ideo distinguas, Aut quis donauit sub conditione si reuocabit legatũ,&tunc omnimodo donatio est ipso iure nulla,si uero aliquis fecit legatum & enixe desiderans illud habere effectũ dixit,ego dono ei præsenti,& stipulanti,uel notario stipulanti pro eo irreuocabiliter & inter uiuos,& tunc ualebit ex propria natura donationis,nec reuocabitur si postea annulletur testamentum ut ipsi dicunt,& sic appa ret quod æquiuocauerunt.

64 Et ex hoc † soluitur alia quæstio quam Cro. subiicit, an in illa donatione requiratur insinuatio si excedat quingentos solidos, nam si fuit facta sub illa conditione non est opus disputare, quia est ipso iure nulla ut dixi,& insinuatio nihil operatur,si uero esset facta donatio sine illa conditione quæ potuisset ualere,& tunc quæstio posset esse dubitabilis,sed tu dicas quod hoc depẽdet an sit donatio de per se separata a testamento, uel potius sit actus unitus cum testamento, & si quidem est separata a testamento de per se ualida ut non reuocetur per testamentum iudicabitur donatio inter uiuos mera.& sequetur eius naturam, & requiret insinuationem,si uero est annexa testamento ut annullato testamento pereat & tunc non requiret insinuationem,quia consideratur origo. l. tutor.in principio.ff.de fideiusso. & lege si filius. C.ad Macedo.& facit tex.in l.etiam.§. primo.uersi.idem dicendum,de petitione hæredi. ac etiam no.per Io.And.in Rub.de rerum permutatio. in additio.Speculi.qui dixit statuto prohibente alienationem fieri in forenses in contractu inter uiuos,si testator iussit uendi alicui forensi, non habebit locum statutum, & sic apparet quod etiam in ista Crotus æquiuocauit.

65 Quarto † ampliatur procedere etiam in institutione & donatione facta piæ causæ,quia cum sit facta sub conditione(si reuocabitur testamentũ uel nõ instituet hæredem) est facta sub cõditione turpi & reprobata a lege,quæ etiã militat in actu facto cũ ecclesia,imo fortius debet seruari in ecclesia quæ est cultrix iustitiæ,ut habetur in c.j.de prohibi.feudi aliena.per Federi.& in c.j. §. si clientulus.de aliena.& emphy.& actus turpis magis attẽditur in ecclesia.& in ecclesiasticis personis quam in aliis.§.cogitandum.in auth.de Monachis. facit glo.in cap.hoc ius porrectum. 10.quæstio.2.quam singularem dicit Roma.in singulari. 755. & facit tex.ultra Cro.12.quæstio.2. in cap. fraternitatis, qui dixit,absit ab ecclesia,ut ipsa consequatur pœnam furti ultra ipsam rem. Contrariam tamen opinionem tenuit Ias.hic post alios per ipsum allegatos,& Bal.in cap.2.de feud.dat.in uicem leg. commiss.per rationem,quia sicut pactum de succedendo inter milites ualet ita etiam ualet in piã causam.Bal.in l.fi.C.de pact.& Alex.in l.pactum, quod dotale.eodem tit.Item etiam donatio omnium bonorum præsentium & futurorum non ualet,ut infra per Bar.tamen facta piæ causæ ualet. secundum Bal,in auth. si mulier. C. de sacrosanct. eccle. & Abb.in cap. fi. de successio. ab intestato, & ita argumentatur Ias.tamen postea irresolutus remanet.

66 Tu uero † latius distinguas, Aut quis instituit ecclesiam allegando rationem de male ablatis & male quæsitis, & postea dixit si reuocauero testamentum meum ego dono tali ecclesiæ medietatẽ bonorum meorum pro male ablatis quæ debeat restitue-

restituere ablata certa & de aliis ipsa retineat bona, & tunc puto donationem ualere, ex eo quia hęc donatio non dicitur facta sub conditione turpi, neque aufferre liberam sibi potestatem testandi, quoniam facit illud quod tenetur de iure facere. quia non remittitur peccatũ nisi restituatur ablatum capitulo non remittitur. de regulis iuris. in sexto. & in simili diximus supra, quando pater promisit instituere filium in legitima, quia qui facit quod a lege mandatur non peccat. capitulo qui peccat. 23. quæstione quarta. lege Gracchus. C. de adulter.

67 Si autem aliquis † instituit ecclesiam pro anima sua non dicendo de ablatis, quia fuit bonus uir, & tunc si habet filios puto donationem non ualere, per rationem istius textus, quia est sub turpi conditione, & habens filios non tenetur instituere ecclesiam, quia dicebat Augustinus qui uult instituere ecclesiam & exhæredare filium quærat alium quam Augustinũ, & prima est elemosina dare filiis bona quibus de iure naturæ tenetur, in cõscientia tamen poterunt postea filii cogi dare aliqua bona in elemosinam pro anima testatoris, si uero aliquis non habet filios, & tunc casus est magis dubius, sed adhuc militat ratio, quod est conditio turpis, quia non cogitur a lege pro anima sua instituere ecclesiam, tamen si forsan testator allegaret rationem (pro remissione peccatorum meorum) quia forsan habebat peccata occulta, & tunc uidetur quod donatio possit seruari si hæreditas non est multum pinguis, quia pro remissione peccatorũ tenetur unusquisque facere multas elemosinas, & non sufficerent aliquando hæreditates, propterea fienda est regula, quod donatio non ualet in piam causam facta, per rationem tex. nostri hic, fallit ubicunque allegatur talis causa per quam appareat quod tenebatur de iure, quod tamen non erit speciale in ecclesia. sed generale in aliis casibus, ut in institutione filii, & in casu legis si quis seruum. ff. de action. empti. cum similibus.

68 Secundo quærit † Bartolus an saltem dicta donatio dictis modis facta, ut in præcedenti quæstione, ualidetur propter iuramentum, & Dyn. dicebat quod sic, quia iuramentum contra bonos mores ualet si potest seruari sine interitu salutis eternæ. capitulo quamuis. de pactis in sexto. & capitulo licet mulieres. de iureiurando. in sexto. sed Barto. reprehendit, quia iuramentum contra bonos mores naturales non ualet. capitulo non est obligatorium. de regulis iur. in 6. & propterea ipse distinguit, Aut est pactum de succedendo affirmatiuum uel pactum aufferens testandi facultatem, & iuramento non firmatur. dicto capitulo non est obligatorium. & capitulo detestandæ. & capitulo ne captandæ. de præbendis. in 6. si uero est pactum negatiuum de nõ succedendo, & tunc est ualidum. dicto capi. quamuis. si fiat in manu patris de successione ex testamento, & ab intestato, sed si fiat in manibus fratris nõ ualebit in successione ex testamento, quia auffertur potestas testandi, sed in successione ab intestato ualebit, ut per eum. sed tu considera quod Bar. hic commiscuit duas materias, le. nostræ. & l. fi. C. de pact. quæ diuersæ sunt, & habent diuersas causas annullandi, imo semetipsas excludunt, ex eo quia pactum de succedendo ualet cum consensu patris. dicta. l. fi. & in materia nostra est nedum consensus illius cui succeditur sed etiam ipsius principale factum ut nunquam deberet posse annullari, & per pactum de succedendo nunquã auferatur potestas testandi alteri.

69 Propterea † tu distinguas has materias, & in terminis legis nostræ quando testator fecit actum aufferentem liberam testandi facultatem qui nullus est de iure ciuili an firmetur iuramento dependet ab intellectu dict. cap. non est obligatorium, & ab alia quæstione supra posita, utrum potestas libera testandi sit de iure ciuili tantum, uel de iure natnrali & gentium, ideo tu resoluendo dicas, quod donatio & omnis alius actus factus ab eo cui succeditur aufferens potestatem testandi non potest firmari iuramento quia est contra bonos mores naturales, quoniam conclusimus quod potestas testandi fuit de iure naturali & gentium, & cum aufferat arbitrium talis actus est contra bonos mores naturales. Et iuramentum † non ualet 70
quando est contra bonos mores naturales secundum uerum intellectum dicti cap. non est obligatorium, qui est, quod quando iuramentum est nutritiuum peccati uel continet aliquid turpe non ualet neque obligat ut per Couuar. late in d. capi. quamuis. in princ. secun. part. §. Quintum. quę ratio militat in hoc casu nostro, nec obstat tex. in d. cap. licet mulieres, quia quod mulier non possit alienare dotem pro sustentatione matrimonii & sua est secundum bonos mores ciuiles quibus iuramentum præualet, quoniam poterunt seruari sine interitu salutis æternæ, & ideo fieri debet distinctio. Aut actus est contra bonos mores naturales, & iuramento firmari non potest, Aut uero est contra bonos mores ciuiles, & tunc firmatur iuramento, in materia autem nostra ut dictum fuit actus est contra bonos mores naturales, merito non potest ualidari. Quinimo iurans non fideiubere, neque mutuare alteri non tenetur seruare iuramentum, ut dixit Couuar. in d. c. quamuis. §. sextus. nu. 7. reprehendens Hypol. de Marsil. & Oldra. aliter tenentes. Fallit tantũmodo in illis casibus in quibus est obligatio legis, supra positis, in quibus cessat ratio. quia tunc ualidari poterunt per iuramẽtum, cum solum possit cogitari in eis quod sint boni mores ciuiles, & hæc quantum ad materiam legis nostræ, in qua est regula negatiua quod non firmatur, & omnes uidentur concordare.

71 Ampliatur hæc conclusio † procedere etiã quando quis per actum ultimæ uoluntatis sibi aufferet liberam potestatem, promittendo non reuocare testamentum, & iurando, ut per Bar. in l. si quis in principio ff. de lega. 3. quia tale iuramẽtũ est contra bonos mores, & idem Bar. in l. si quis pro eo. secunda col. infra de fideiusso. Imol. in capitu. cum contingat. extra de iureiurando. & Ioan. Andreæ in cap. quod semel. de reg. iur. in mercurialibus.

& alii doct.o.in multis locis hic allegatis per Ale. & per Oldradum in consi.160. thema tale est Titius condidit.

Contrarium tamen tenuit Speculator in tit. de instrumentorum editione.§. cōpendiose. uersicul. quid si iurauerit, ubi uoluit quod si quis iurauit non reuocare testamentum,& quoniam non potest reuocari nisi secundum faciat, si aliud testamentum fecerit illud non ualebit propter uim iuramenti appositi in primo,& sequitur Oldra. consil. 127. uiso testamento,allegans rationem, quia ueniens cōtra pactum iuratum fit infamis.l.si quis maior. C.de transactionibus.& nota.in l.Lutius.ff. de iis qui no.infam.ideo testari non potest.l.si cui.§.fin. de testam.ideo cum potestatem testandi non habeat propter infamiam non ualebit testamentum secundum ex capite infamiæ,ideo primū non erit reuocatum.§. posteriore. insti. quibus modis infir.testamentum.& l.si iure.ff.de lega.3. quod tamen fundamentum leue est,†quia eius præsuppositum est falsum quod infamis testari non possit, ut patet in l.prima.C.de secund.nup.l,eius qui.§. fin. ff.de testamen.iuncta le.cognitionum.§.minuitur. ff.de uariis & extraordinariis cognitionibus. no. Bar.in l.is cui.§.fi.ff.de testam.qui dicit esse specia le in illo casu in damnato ob crimen famosum, ergo in contrarium est ius commune.Secundo facit, quia non est uerum quod efficiatur infamis contraueniendo iuramento,quoniam illud iuramentum est reprobatum,quoniā est contra bonos mores,& nō est obligatorium, d.c. non est obligatorium.ut asserunt dicti docto. & tex.in dicta le. si quis maior. loquitur de iuramento legitimo, & præstito super actu legitimo quod habet plenissimum effectum.Crotus tamen hic dicebat opinionem Speculatoris posse teneri per regulam traditam in cap.quamuis.de pact.in 6.& cap.cum contingat.extra de iureiurando, & capitulo licet. de iureiurando. in sexto.ubi iuramentum contra bonos mores ualet,& ad text.in capit. non est obligatorium, respondet quod intelligitur quādo est contra bonos mores naturales inducentes peccatum,ut per Bal.in l.pactum quod dotali.C. de collationib.& Imo.in dicto.cap.cum contingat.in 9. car.in j.membro.& ad illud quod fit uotum captādæ mortis respōdet negando, quia in testatore iurante non est uotum captandæ mortis,quæ tamen ratio debilis est quoq;, quoniam eius assumptum est falsum quod tale iuramentum de non reuocando testamentum præstitum non sit contra bonos mores naturales,quia,ut ego supra firmaui, potestas testandi est de iure naturali & gentium,& auferrendo sibi hanc liberam potestatem facit contra bonos mores naturales,ut declarat Couuar.in d.cap.quamuis.§.septimus.nu.j. unde tenenda est opinio communis,quod si quis per actum ultimæ uoluntatis promisit non reuocare testamentum, & iurauit quod talis promissio est nulla, & iuramentum nullum,& ideo potest ex arbitrio suo facere secundum testamentum quod reuocabit primum,sicut quando per actum inter uiuos in pœnam promisisset non reuocare,ut in tex. nostro, & in eo qui promisit non mutuare uel non fideiubere,ut per Couuar.in d.cap.quamuis.§.Sextus num. 7.&8.concludendo indistincte quod siue per actū ultimæ uoluntatis,siue per actum inter uiuos principaliter,siue metu pœnæ quis aufferat liberam testandi facultatem,iuramentum præstitum nō ualet & seruari non debet.

72

73 Sed dubitabat†postea Crotus,utrum ille qui iurasset non facere testamentum & postea fecerit incidat in periurium,& refert Ioannem And. in ca. quod semel.de reg.iur.in mercurialibus. decidentem quod sic,quem sequitur imo.in dicto ca. cum contingat.Saly.in l.Sancimus.in 7.q.C.de testa.& Alex.hic,per tex.in ca.sicut.& in ca.pe.ex.de sponsalib.ubi si quis iurauit se contracturum matrimonium cum aliqua muliere, & postea contraxit cū alia,secundum matrimonium tenet, & ob reatum periurii imponenda est pœnitentia,iux.glo.in ca. fi.in uerbo reuocatus.de procuratoribus. in 6.

74 Ex qua†conclusione infertur, quod talis faciēs secundum testamentum propter periurium non poterit admitti in testem, iuxta capitulum testimonium.ex.de testib.Item nullo casu poterit probari aliquid in fauorem sui per suum iuramentū, prout in casu.l.admonendi.inf.de iureiurando.& in cap.paruuli.22.q.5.per quem tex.ita determinat Roma.in l.2.in princ.ff.qui satisda. cogan. & in d.l.admonendi.col.6.facit capitulum clericos. de uita & honest.clerico.iuncta reg.tradita in ca. semel malus.de regul.iuris. in 6. Quarto infertur, quod priuabitur beneficio ecclesiastico, ca. 2. ex. de rescrip.& cap.quidam.& cap.quærellam.extra de iureiuran. Quinto episcopus propter periuriū potest priuari episcopatu,ut no.glo.in cap.j.de iureiur.in 6.& dixit Bal.in d.cap.cum quidā, quod doctor propter periurium potest priuari doctoratu,licet episcopus peracta pœnitentia poterit dispensare cū eo.Quinto infertur,quod iste repellitur ab agendo secundum glo.in dicto cap.paruuli.Sexto infertur,quod collatio beneficii eidem facta esset ipso iure nulla cū sit periurus,prout dixit Federicus de Senis in consil. 50. incipiente an collatio beneficii.& alios effectus similes examinat Couuar.in d.cap.quamuis.§.Septimus.a.num. 1.cum sex sequent.

75 Sed uere†isti docto.non debebant tantum insistere super uiribus istius periurii, quoniam illi effectus quos ipsi cumulant tantummodo procedūt quādo iuramentum est prolatum super re licita, & a lege approbata, & per dolum non obseruando efficiuntur periuri, sed in casu nostro iam conclusum fuit quod hoc iuramentum est prolatum super actu reprobato a lege qui dicitur contra bonos mores naturales,& non est obligatorium, ut expresse dixit Couuar.in d.cap.quamuis.§.initiū. in 2.par.num.3.& 4.in prin.taliter quod iuramentum non est existens, licet uideatur apparens in uerbis, & per consequens periurus non potest reputari qui iuramentum illicitum non obseruat, ut no.in cap.quemadmodum.de iureiurando. & in spetie quod non efficiatur periurus tenuit Bartolus in dicta lege si quis in principio. in fine sui

sui comenti, quem sequuntur communiter* legistę & canonistæ, & eam etiam hic Crotus approbat & non est de ea dubitandum, retento præsupposito quod ego feci, quod libera potestas testandi sit
76 de iure naturali & gentium. Si tamen † iuramentum apponatur in testamento ad demonstrandā enixam uoluntatem, non animo aufferrendi sibi liberam potestatem, tunc potest operari tres effectus, Primus est quod facit actum ualere omni meliori modo etiam ab intestato. l. cum pater. §. filius matrem. ff. de leg. secundo. item facit quod si nihil est relictum filio uel filię testamentum ualebit super legatis eisdem relictis, ut incipiant ualere iure institutionis. & conseruetur testamentū secundum Bal. in l. quotiens. C. de hęredi. insti. & Paulum de castro in consi. 387. incipiente super
77 primo puncto. Item † operatur effectum alium quod habet uim clausulæ derogatoriæ, & secundū non reuocabit primum nisi facta mentione de dicto iuramento, ut per Bar. in dicta l. si quis in principio, & Io. And. in cap. quod semel. ut hic etiam per Crotum. opportet tamen declarare quod tale iuramentum non sit appositum animo aufferrēdi sibi liberam potestatem, quia tunc cum esset cōtra bonos mores nullum posset operari effectum, quia est ipso iure nullum & non obligatorium, dicto cap. non est obligatorium. de reg. iur. quod bene nota, quia docto. hic ualde se inuoluunt & hæc de materia pertinente ad l. nostram. Et quia Bar. addit hic etiam materiam dictæ l. fi. quando iuramentum apponitur super pacto facto inter prætēdentes succedere quod appellatur pactum futuræ successionis, cuius annullatio fit propter rationē quod inducitur uotum captādæ mortis, ideo nos quoque breuius tamen quam docto. faciunt, aliquas conclusiones examinabimus.

78 Prima † est conclusio, quod pactum affirmatiuum de succedendo, quod appellat ęquiuocando Ias. pertinere ad istam legem est cōtra bonos mores, per tex. in l. ex eo. C. de inutil. stipulatio. & l. fi. C. de pact. unde non firmatur iuramento, per dictam regulam non est obligatorium, de reg. iur. in 6. quoniam inducit uotum captandæ mortis ꝙ est reprobatum omni iure, ut ego dixi in pręmissis, & hanc opinionem tenuit ante Bart. glos. in l. si quando. in principio. C. de inoffi. testam. & glo. in dicta l. pactum. secundum unum intellectum. ubi Bal. in 5. oppositio. C. de collatio. Cy. Bart. & alii in dicta l. fi. C. de pact. Butri. in cap. cum contingat. tertia colum. de iur. iurand. & Gemi. & alii in dicto cap. quamuis. & est communis* opinio canonistarum & legistarum ut hic refert Ias.

Contrarium tamen tenuit idem Bal. in capitulo primo §. moribus. si de feudo fuer. controuers. inter domi. & agnatos. dicens quod sicut pactum negatiuum de non succedendo firmatur iuramento per dictum capitulum quamuis, ita etiam pactum affirmatiuum de succedendo firmari debet iuramento, per rationem positam in dicto capit. quamuis. quia tale iuramentum poteit seruari sine interitu salutis eternę, ideo seruandum est, dicto capitulo cum contingat. de iure iurand. & confirmatur, quia quando lex ponit casum spetialem, & assignat rationem generalem dictum debet generaliter intelligi in omni casu in quo potest eadem ratio militare, ut per Bar. in l. regula. §. si quis. ff. de iur. & facti ignora. igitur quamuis tex. in dicto capitulo quamuis loquatur de pacto negatiuo, tamen propter rationem generalem decidit etiam de pacto affirmatiuo, & dicit hanc opinionem tenere Petrum de Ceruotis ibi. sed Ias. dicit opinionem Bald. reprobari ibidem per Aluaro. & Mod. in. dicta l. pactum. & Gemi. in dicto capitulo quamuis. & Alex. hic, & in consi. 28. lib. 3. & Ias. hic dicit æquiuoce argumentando ommissis læuibus contra Bar. stringere, quod tale pactū de succedēdo per istum tex. est contra bonos mores, & dicta l. ex eo quia auffert liberam testandi facultatem, quod est reprobatum a iure, capitulo quamuis. de pact. in 6. & late insistit ipse per duas columnas immiscendo omnes tres conclusiones Bar. in quibus ipse se confundit, quia uult opinionem Bar. probari per istum tex. qui nihil facit quoniam loquitur quando pactum est factum ab eo cui succeditur, & conclusio est de pacto facto ab illis qui prætendunt succedere, & appellatur pactum de succedendo. sed in hac lege est pactum de non reuocando testamentum factum quod auffert liberam testandi facultatem & non potest inducere uotum captandæ mortis cum ipsemet sibi uellit ligare manus, & quando pactum fit a uolentibus succedere non auffertur libera potestas testandi, quia non prohibetur propter hoc facere testamentum ad eius arbitrium, & decies reuocare testamentum, imo iste duæ rationes stare non possunt, quoniam pactum inducens uotum captandæ mortis ualet interueniente consensu illius de cuius hæreditate agitur, dicta l. fi. & si committeretur lex nostra semper adesset consensus testatoris, & nunquam posset habere locum ratio quod induceretur uotum captandæ mortis.

79 Propterea † tu concludendo dicas quod istud pactum de succedendo affirmatiuum non firmatur iuramento, quia est pactum de hæreditate uiuentis & inducit uotum captandæ mortis, quoniam demonstrat nimiā auaritiam, & nimis enixam uoluntatem habendi bona uiuentis, & quod ipse moriatur statim, unde causatur suspitio quod insidietur uitæ ipsius, & propterea dicitur contra bonos mores diuinos naturales ciuiles & canonicos, & penitus reprobatum, unde non potest firmari iuramento, per dictum capitulum non est obligatorium. Nec obstat tex. in dicto capitulo quamuis cum eius ratione in quo se fundabat Bal. propter rationem generalem & extensionem fiendam, quia imo non obstat & procedit tantummodo in casu suo, quando est pactum negatiuum de non succedendo quod non inducit uotum captandæ mortis, cum si filia renuntiat successioni patris nihil appetit de eius bonis & nullam habet auaritiam, imo maximam liberalitatē, & non desiderat patrem mori sed longiori tempore uiuere quoniam uiuendo multa ab eo habere poterit, & ex mortem nihil. unde cū ratione uoluit ibi text.

quod firmetur iuramento. propter causam assignatam ibi, quod sine interitu salutis eternæ seruari potest, stante quod nullum peccatum est de præsenti, neque suspitio de futuro, sed quando est iuramentum affirmatiuum de succedendo tunc inducitur uotum captandæ mortis, & peccatũ auaritiæ præsens & continuatum cum suspitione peccati homicidii, ideo non potest ualere neque obligare, cum iuramentum inducens peccatum uel aliquod turpe non sit obligatorium, dicto capitulo non est obligatorium, unde sequitur quod non potest seruari sine interitu salutis æternæ, quoniam committentes peccatum auaritiæ & in eo perseuerantes sunt damnati a Deo, & eorum salus perit, & condemnatio urget, & propterea apparet quod totum fundamentum Bal. corruit, & quod rex. in dicto capitulo quamuis retorquetur in contrarium, quia a contrario sentit quod si sine interitu salutis eternę seruari non potest non debet ualere, & cum in casu nostro sit contraria ratio sequitur quod extensio fieri non potest, super qua tantum laborauerunt docto. relati hic per duas columnas, quorum omnia dicta confunduntur per dictum capitulum quamuis. hoc modo retortum & remanet communis opinio omnino uera quod non firmatur iuramento.

80 Fallit † tamen quando ille de cuius hæreditate agitur consentit, ut dicit tex. in dicta lege fin. C. de pact. quia tunc cessat suspitio quod sit uotum captandæ mortis, quoniam consensus ipsius demonstrat confidentiam magnam de paciscẽtibus & quod eum diligunt, & non insidiabuntur uitæ eius. opportet tamen quod perseueret ipse in illa uoluntate, quia si non perseuerat & reuocet illum consensum, tunc pactum annullatur etiam cũ iuramento præstito, quia stante reuocatione detegit quod fuit suspitio uoti captandę mortis & insidiarum, unde efficitur contra bonos mores, & amplius seruari non debet non obstante iuramento, ut clare dicitur in dicta. l. fin. & etiam sequuntur communiter* docto. ibi & hic, & per canonistas in dicto cap. quamuis. & cap. cum contingat. de iur. iurand.

81 Secunda † est conclusio, quod pactum de nõ succedendo factum cum eo cui succeditur non ualet de iure ciuili, per l. pactum quod dotale. C. de collationibus, quia est contra bonos mores & ibi dicunt doctores, & quæ sit ratio quod sit contra bonos mores declarat Couaruuias in dict. cap. quãuis, in initio tertiæ partis. nu. j. & ij. tamen si apponatur iuramẽtum ualidatur per illud, ut est tex. in dicto cap. quãuis, de pact. in 6. qui expresse hoc dicit, & quoniam utitur uerbo, quod seruari debet omnino, probatur quod ipsum pactum in sui substantia efficitur ualidum, cui postea additur uirtus iuramenti, taliter quod iuramentum operatur duos effectus, Primo quod facit pactum nullũ esse ualidum, Secundo quod augetur uirtus propter effectum iuramenti, simile habetur de contractu quem facit mulier in alienatione dotis, nam licet non ualeat de iure ciuili, tamen ualidatur & postea assumit uirtutes traditas a iuramento pacto ualido per capitulum licet mulieres. de iur. iurand. in 6. & alios multos similes casus addũt docto. in capitulo cum contingat. de iur. iurand. & in auth. sacramenta puberum. Co. si aduers. uend. aliquando tamen iuramentum non inducit ualiditatem pacti sed tantummodo obligat iurantem metu pœnæ promissionem seruare, qui casus ponuntur in eisdem locis.

82 Effectus autem † multi eueniunt an ualidet pactum uel solum obliget iurantem ad obseruantiã, unus effectus est quod tunc non transit ad hæredem iurantis cum sit personale, & hæres non tenebitur obseruare, ut per Inno. in capit. ueritatis. de dolo et contumacia, & per Christoforũ porcũ in. §. extraneus. insti. de hæredum qualita. & differentia, & ideo heres non tenebitur respondere in foro ecclesiastico. ut dicit Bal. in dicta auth. sacramenta, & non habebit locum cap. fi. de foro comp. in 6. Secundus effectus est, quia iurans post solutionem factam propter timorem periurii poterit postea quod soluit repetere, cap. debitores. de iur. iurand. Barto. in l. si quis pro eo. ff. de fideiusso. uersi. quarto dixi. Tertius est effectus, quia iurans petita absolutione a iuramento non tenebitur seruare contractum, ut per Cum. in dicta l. si quis pro eo. & Christoforum in dicto. §. exrraneus, qui tres effectus non habebunt locum in hoc pacto, quoniam obligabitur hæres, & quod soluit repetere non poterit, & petita absolutione adhuc tenebitur obseruare contractum, sicut teneretur si fuisset appositum iuramentum super pacto sui natura ualido, ut uoluit Imol. in dicto cap. cum contingat, in tertio membro, & in cap. quintauallis, in penul. carta. de iur. iurand. & l. cum uir in is. col. de usucapio. Roma. in l. qui superstititis, de acquir. hæredita. & Alex. consi. 53. uisa facti narratione. lib. 3. & in terminis de pacto de non succedendo tenuit Imo. & Dominicus in dicto cap. quamuis. de pact. in 6. propter uerbum (pactum omnino seruetur) quæ uerba æquipollent aliis uerbis nullo modo rescindatur quæ aufferũt omnimodam potestatẽ. glo. in Clem. secunda. de ętate & qualita. Angel. & Imo. in l. qua de ætate. ff. de testam. inferens ad statutum de quo ibi, facit etiam, quia uerbum (omnino, est præcisum & habet uim & effectum clausulę derogatorię, ut per Abb. in cap. secũdo de rescripti. allegantem Iacobum de arena in l. omnes populi. ff. de iust. & iure. & clausula derogatoria impedit inferiores contrarium disponere. capit. si eo tempore, de ele. in 6. cap. primo. §. adiicentes. de concessio. præben. in 6. & hic per Crotum.

Et ratio est, quia ut dictum fuit, in hoc iuramento nulla est turpitudo annullans illud, cum non sit uotum captandæ mortis, neque aufferat liberam testandi facultatem, quia personam patris non tangit, unde dubitauit Couaruui. in dicto capitulo quamuis in initio tertiæ par. quare a lege ciuili illud pactum fuit reprobatum, & concludit quod debiles erant rationes magis persuasiuæ quam concludentes, unde per iuramentum possunt tolli, & remanet actus omnino licitus, cum iuramentum illas debiles rationes expellat, cum neq;

neque turpitudinem neque peccatum inducat, ut non posit dici contra bonos mores naturales, & * est communis*opinio & tenenda.

83 Verumtamen† quia tex.ille ponit decisionẽ quã do filia renuntiauit hæreditati habita dote asserendo se contentam dote, succedit quod si filia non habuisset dotem non procederet ille tex.& renuntiatio non ualeret neque firmaretur iuramento, ut per Anchar. in dicto capitulo quamuis, quia illa constitutio est correctoria iuris ciuilis & non est extendenda ad casum diuersum quando non est data dos, arg. l. præcipimus. in fi.C.de appellationibus, & auth. quas actiones. Cod. de sacr. sanct. eccles. maxime quia non est eadem ratio, quoniam si habet dotem habet alimenta debita a iure naturali, & quando legitimam non habet neque dotem offenditur ius naturale & incipit esse pactum contra bonos mores naturales, unde non ualet. argum. cap. quanto. de iur. iurand. cap. inter cætera. 22. qu. iiij. præterea est contra bonum publicum, quia de facili non posset reperire maritum, & repugnant posita in l. j. ff. solut. matrimo. unde uidetur contra publicam utilitatem & non ualet, per glos. in cap. si diligenti, de foro competenti, & per Bar. in in l. si quis pro eo. ff. de fideiusso. in. 3. membro. & facit lex scripto. ff. unde lib. & l. cum ratio. in principio. ff. de bon. damna. & cap. ius naturale. prima distinctio. facit etiam secundum eũdem Anchar. quia non est uerisimile quod ius canonicum cum dispositione iniqua uoluisset corrigere ius ciuile & excludere eam a successione, & hanc opinionem etiam tenuit uterque Saly. in dicta l. pactum quod dotali. & Imo. in dicta l. qui superstitis. & idem posset dici quando aliquam dotem recepisset sed non congruam, per ea quæ no. Bal. in l. fi. in secunda colum. C. de dot. promissio. & in auth. res quæ. col. penul. C. communia de leg. facit glo. in cap. quicunque. 16. quæstion. 7. quæ uult quod pro modica dote aliquis non consequatur ius patronatus.

Contrariam tamen opinionem, quod imo filia renuntians successioni patris excludatur etiã nulla habita dote, tenuit Imo. & Dominicus in dicto capitulo. quamuis. Imol. Roma. & Areti. in dicta l. qui superstitis. Imol. & Alex. hic, & uidetur communis opinio contra limitationem, & causans ampliationem, ut procedat etiam quando nullam dotem habuerit, & mouentur, quia ratio illa quod seruari potest sine interritu salutis eternæ procedit æqualiter, tam habita quam non habita dote, ergo debet fieri extensio. arg. l. regula. §. licet. ff. de iur. & facti igno. Secundo adducitur, quia licet renuntiauerit successioni tamen remanet sibi ius ad petendam dotem & se dotari a patre, ut per glos. in l. obligamur. §. lege. ff. de actio. & obligationibus. quam sequitur Raphael Cuma. in consi. 131. & licet Bar. ibi reprobet illam glos. tamen eam sequitur Abb. in cap. j. de desponsa. im pub. & in consi. 12. & per Domi. late in dicto cap. quamuis. respondentem prædictis fundamentis, & sequitur hic Crotus, sed tu dicas quod prima opinio est ualde probabilis & eam tenet Decius in dicta l. pactum. num. 7. Nam fundamenta doct apparenter non sunt uera, & negari possunt, dum dicunt quod militat eadem ratio, falsum est, ut dicebat Anchar. quia priuatur alimentis & legitima quæ iure naturali debentur. unde pactum dicitur contra bonos mores, & iuramentum non est obligatorium, dicto capitulo non est obligatoriũ cum declaratione posita per Couuaru. in dicto capitulo quamuis. in initio secundæ par. num. j. nec ualet consideratio quod posit petere dotẽ, quia hoc nullo iure reperitur, cum propter legitimam tantummodo dos peti posit, ut in auth. res quæ. C. communia de leg. & magis esset rationabile ꝙ posset petere legitimam, cui in dubio non uideatur renuntiatum, quod tamen non est clarum, unde non debet dictus tex. extendi ad alium casum contrarium uerbis habentem dubitationem in iure, & in facto, & propterea apparet quod opinio communis nullo fundamento probatur.

84 Potes tamen† ita distinguere, Aut enim statutũ reperitur disponens quod filia dotata non succedat, & si non habet dotem quod posit petere se dotari a fratribus, & tunc procedere posset com- * munis*opinio, quod renuntiatio ualeret, quoniã ius petendi dotem haberet a statuto, & hunc casum senserunt dicti docto. quia per totam Italiam reperitur tale statutum, si uero non extaret, tunc omnimodo dicendum est tale pactum esse contra bonos mores, & reprobatum omni iure, per dictũ capitulum non est obligatorium, & dicta l. pactũ quod dotale. in hoc casu non reperitur correctum cum dictum cap. quamuis declaret tantummodo casum æquissimum.

85 Secunda† est dubitatio, an per tale iuramentum excludatur a successione ex testamento patris, & Bar. hic distinguit, quod aut fit pactum cum patre & includitur etiam successio ab intestato & ualet, aut uero fit cum fratre, & tunc licet ualeat in successione ab intestato, tamen non in successione ex testamento, quæ tamen dubitatio recipit duas partes, una est quando simpliciter iurauit an uideatur renuntiasse successioni patris ex testamẽto, & Ias. hic uersi. ultimo pro complemento. decidit quod in dubio non trahitur ad successionem ex testamento, per tex. in l. si patronus non aluerit. ff. de bonis libertorum, ubi exclusio successionis ab intestato non impedit successionem ex testamento. Secundo adducit text. in capitulo cum inter. de renuntiatione, ubi renuntians cum iuramento beneficium, si nouiter conferratur, poterit illud habere. & sic non trahitur ad alium casum.

Tertio adducit glos. in capitulo ad nostram. in uerbo probarent, de iur. iurand. quæ dixit quod si debitor post solutionem usurarum iurauit eas non repetere non impeditur postea repetere creditore uolente, & sic renuntiatio successionis ab intestato non trahitur ad casum in quo uolẽte pa- tre succedat, & ita residet ipse, & uidetur esse cõ- * munis*conclusio. tam hic quam in dicta l. pactũ quod dotali & ibi Decius num. 6. & quasi omnes uidentur sequi, uolentes quod per talem renuntiationem non impediatur succedere ex testamen

to quin imo nec etiam impeditur succedere in bonis partis quæ prouenerunt ad fratrem, & fratri succedat ipsa filia, ut ibi late tenet Decius & omnes Mod. quoniam denuntiatio est stricti iuris, ut late dicitur in l. postquam liti. C. de pact.

86 Sed maior † dubitatio est, quando filia renuntiauit expresse successioni patris ex testamento. & Bar. hic uidetur tenere ꝙ ualeat, quia cessat utrunque uitium, & quod sit uotum captandæ mortis, & aufferratur libera testandi facultas, sed Bal. in dicta l. pactum. in 3. quæstione. tenuit quod nõ ualeat talis renuntiatio, quia pater prohiberetur testari & relinquere filiæ, unde est contra bonos mores, per istum text. & tenet uterque Saly. ibidem, & Imo. & Areti. & in dicta l. qui superstitis, & Alexand. hic, & Bald. in dicta l. fi. in quarta. colum. C. de pact. sed tamen uere hæc ratio parum ualet, ut dicebat hic Roma. quia negatur quod aufferratur libera testandi facultas, cum possit instituere omnes alios, & non consideratur impedimentum de uno arg. tex. in l. cum ita. ff. de conditio. & demonstratio. quod etiam mihi placet, quia imo nec etiã in persona filiæ impeditur potestas testandi, cum nihil impediat quod instituat eam, & institutio ualet licet non possit petere, & impedimentnm superueniens in hærede non impedit testandi facultatem, neque etiam libera renuntiatio. l. si nemo. ff. de testam. tutel. & pro hoc facit etiam, quia in dicto capitulo quamuis. potest contineri iste casus in illis uerbis, dote sit contenta, & sic hæc ratio non uidetur sufficiens quod aufferratur potestas testandi, unde uidetur quod hæc renuntiatio ualeat, per dictum capitulum quamuis, & quoniam magis cessat uotum captandæ mortis, quia interuenit consensus patris ut per Dec. in d. l. pactum. uers. Ampliatur.

Dicebat tamen Roma. quod licet pactum ualeat nihilominns potest reuocari consentiente patre, iuxta rubrum & nigrum. C. de rescindend. uendi. & quando pater instituit filiam uidetur renuntiare huic pacto facto, etiam quod sit appositum iuramentum, quia potest creditor remittere iuramentum, ut est tex. in capitulo primo de iur. iurand. & in in capitu. præterea, ubi Abb. de spons. in capitulo significauit, de censibus. l. fin. ff. qui & a quibus & per Bartol. in l. Labeo. ff. de iur. iurand. & l. j. §. fin. ff. de Noui. oper. nuntiatio. quæ opinio mihi placet quando adhuc non esset instituta filia sed si fuisset instituta filia tempore quo renuntiauit tunc non procederet hæc ratio, quia nihil noui fecisset. & tenet Deci. in dicta l. pactum. nu. 6. in fi. unde Alexand. tenet contra hanc opinionem indistincte, quod pactum ualeat, & quod intentio patris sit ut omnis actus in contrarium nullus sit, & hoc puto tutius esse, quia uerba sunt clara, & tex. in capitulo quamuis potest comprehendere hunc casum & uidetur de mẽte Croti hic nu. 43.

Sed tamen ego puto eam procedere tantũ quan
87 do renuntiauit in manibus patris expresse. Sin autem † renuntiasset in manibus fratris huic successioni ex testamento, tunc ego puto contrariã opinionem ueriorem, quia licet in persona filiæ non uideatur habere uitium, tamen in persona fratris in utraque sccessione habet uitium, ex eo quia ipse filius cogitat de successione patris, & desiderat augeri portionem suam, unde facit pactum de succedendo quod est omnino reprobatum, dicta l. fi. & in successione ex testamẽto idem cogitat, quia si filia instituta excludet, portio illa sibi accrescet, facit pactũ de succedẽdo in tota hęreditate patris cõtra uoluntatem ipsius patris, ꝙ est omnimodo reprobatũ, ideo opportet ꝗn remuntiatione facta in manibus fratris omnino interueniat consensus patris diminuens hoc uotũ captandæ mortis, qui tñ consensus poterit reuocari, ut in d. l. fi. & in iis terminis procedit opinio Ias. hic & aliorũ tenẽtium quod pater potest renuntiare, nam si fiat pactum cum patre reuocari poterit ex contraria cõuentione in totum, sed si fiat pactum cum fratre reuocatio patris non dissoluet pactum, sed faciet illud uitiosum continens uotum captandæ mortis, & ex dispositione dictæ l. fi. annullabitur. Et tenet Couaruuias multas moder. authoritates allegans in. dict. cap. quamuis. in initio tertiæ part. nu. 5. cum seq. & quamuis ponat aliquos casus in quibus non est necessaria præsentia, tamen loquitur in diuersis terminis de præsentia illorum quibus utilitas pactorum acquirenda est, sed in terminis istis semper tenet hanc opinionem & sic in omni casu dependebit ualiditas a uoluntate patris, quamuis diuersis rationibus ut dixi, quæ fortius procedunt quando filia renuntiat successioni maternæ fraternæ & ciernæ. nam adhoc ut ualeat est necessarium quod omnes prædicti quorum hæreditati renuntiatur ipsi sint præsentes, cum tractetur de successione eorum, & in manibus uniuscuiusque fiat renuntiatio successionis propriæ, & si fiat in manibus solius patris uel fratris erit pactum de succedendo factum ab eis ut pinguius succedant, & est casus positus in dicta l. fin. quando dicitur quod tractatur de modo succedendi, & ideo est contra bonos mores & inducit uotum captandæ mortis reprobatum, & seruari non debet nisi interueniat consensus eorum qui perseueret usque ad finem, unde apparet ꝙ licet practica in utroq; Regno Siciliæ passim obseruet dictam renuntiationem hęreditati tantarum personarum, & quasi in omnibus ponatur quod tale pactum est nullius momenti, quoniam rarissime euenit quod omnes ille personæ sint præsentes capitulis matrimonialibus, imo sæpissime eis absentibus & ignorantibus fiunt, & de iure non possunt renuntiari, ꝙ bene nota, quia credo quod consuetudo quamuis multum generalis nunquam poterit in stricta disputatione cõseruare ualiditatẽ dictorũ pactorũ.

88 Limitatur † prædicta autem conclusio, quod pactum factum in manibus patris ualeat & seruari debeat, secundum Crotum hic num. 49. non procedere quando filia mortuo patre renuntiauit hęreditati paterne aliquo sibi dato quod erat minus dimidia hæreditatis paternę, nam licet ex sui natura renuntiatio ualeat, tamen quia interuenit læsio ultra medietatem insti prætii, petita absolutione poterit uenire contra renuntiationem tanquam

tanquam interueniat dolus re ipsa, iux. tex. in l. si quis cũ aliter. ff. de uerbo. obligatio. & l. j. in fi. ff. de exceptio. doli, & no. in l. ij. C. de rescind. uenditio. & ita in spetie tenet Anchar. in repetitio. cap. canonum statuta in xi. quæstio. principali de consti. & in dicto cap. quamuis. & in consi. 34. pro clariori: & consi. 82. uisis. in ultima col. & consi. 112. pro maiori. Areti. in consi. 93. uiso legato. Cuma. consi. 180. uidetur prima facie. & Alex. hic dicit opinionem istam esse æquam & sustentabilem quando mulier ignorabat uires hereditatis, secus si sciuisset, quia uolenti non infertur dolus. l. cum donationis. C. de transactio. Crotus tamẽ hic dicit hanc limitationem, quamuis communẽ non esse ueram, & tenet Imo. in dicto cap. quãuis, quia si minor donet & iuret, uirtute iuramẽti cõfirmatur ista donatio, secundum glo. & communiter* docto. in dicta auth. sacramenta puberum, quamuis minor maxime lædatur, sed tu non recedas a communi opinione per no. in dicta l. ij. C. si aduers. uendi. ubi iuramentum super cõtractu non impedit hanc rescissionem nisi interueniãt clausulæ præguantissimæ, de quibus ibi. Nec obstant adducta per Cro. & Imol. quia loquuntur in donatione simplici & pura, hæc autẽ est donatio correspectiua ad dotem, & quasi per dotem habuerit quantũ probabiliter sibi debeatur fit ista renuntiatio, & apparet quod æquiuocauit Imol. argumentãdo de donatione simplici in qua semper est læsio ad donationem correspectiuam in qua nunquam læsio in totum potest esse.

89 Secundo † fallit quãdo filia minor uiginti quinque annis renuntiauit hæreditati paternæ cum iuramento nam tunc non firmatur, quia iuramentum interpositum a minore super contractu operatur solum quod representat eum maiorẽ, non autem confirmat eum si nullus est, secundũ glo. Bar. & alios in dicta auth. sacramenta puberum. & ideo dicit Bar. ibi, quod quãdo cõtractus esset inualidus alia ratione quam ætatis. tunc iuramentum non ualidaret ipsum nisi iurasset nõ cõtrauenire ratione minoris ætatis, uel aliqua ratione uel causa, & idem dicitur in l. ij. C. de rescind. uenditione. quam limitationem confirmat late Crotus hic a nu. 50. usque ad nu. 54. & est rationabilis limitatio, tamen in multis locis non seruatur, quoniam per statutum est dispositum quod minores decem, & octo. annis tantummodo appellentur minores, qui uero excedũt dictũ tempus reputantur maiores, & tanquam maiores possunt renuntiare. præterea in renũtiationibus minorum ponuntur semper clausulæ quod non posint uenire contra ratione minoris ætatis, uel aliqua ratione uel causa, præterea non est semper uerum assumptum quod pactum sit nullum, quia imo ualet. per dictum cap. quamuis, quod ualida uit utrũque ut supra diximus, & ideo cessat principalis ratio, & ideo est necessarium quod probetur maxima læsio saltem intra legitimam, quia tunc petita absolutione posset restitui in integrũ sed non existente læsione urgenti seruari debebit, maxime in locis in quibus extat statutum ut filiæ dotatæ non succedant.

90 Tertio † limitatur dicta cõclusio in filiis ipsius mulieris quæ renuntiauit cum iuramento, quoniam renuntiatio non impediet quominus filii renuntiantis possint succedere una cum auunculis suis in hæreditate aui, secundum Bar. in l. qui superstitis. ff. de acquir. hæredita. & Bal. in dicta l. pactum quod dotali, & si dicatur, nepos ex filia uel filio succedit loco parentis in hæreditate ipsius aui. §. cũ filius. insti. de hæredita. quæ ab intestato: ergo sicut mater excluditur ita & eius filii propter dictam renuntiationem debent excludi. Arg. text. in ratione decidendi in l. si quis filium familias. §. penul. ff. de acquir. hæredita. respondetur quod assumit locum remotiue seu priuatiue quem inuenit uacãtem secundum Bal. in dicta l. pactum quod dotali. & facit l. 3. §. si emancipatus. ff. de bonorũ possessio. cõtra tab. & l. j. §. si sit filius ff. de coniung. cum emanci. lib. eius. & l. j. §. si sit nepos. ff. de coll. dot. licet nepos subrogetur loco patris, in eo tamen consideratur qualitas inhærens personæ suæ non qualitas patris, & si opponatur de lege si uiua matre. §. in nepotibus. C. de bonis maternis, quæ dicit ab re est ꝙ filius sit deterioris conditionis quam nepos, respondetur quod in casu nostro non est aliqua absurditas, quod filia patri non succedat & nepos admittatur, quia filia excluditur ex facto suo, unde utile est ualde pro filiis renuntiantis quod ipsa moriatur antequam moriatur ille cuius hæreditati renuntiauit & uidetur rationabile, & in spetie qñ filia prædecessit patri. tenet Paul. de castro in dicta l. pactum. Imol. & Ro. in dicta l. qui superstitis. & sequitur hic Crotus.

91 Sed quando † filia quæ renuntiauit superuixit patri & recepit dotem a patre tunc præiudicat filijs suis, nõ uirtute renuntiationis, sed ex ui successionis, ut uoluit Roma. & Imol. in dicta l. qui superstitis. & Bal. in dicta l. pactum quod dotale. in xi. quæstione, & hoc quando nepotes uellẽt succedere cũ auũculis, quia non possunt; cum eis succedere nisi ex persona matris quæ est exclusa propter renuntiationem. ergo & ipsi debent excludi, & portio quæ deberetur matri, si non esset facta renuntiatio, accrescit fratribus non autem nepotibus per successorium edictum, quia potentius est ius accrescendi quam successorium edictum. §. fi. insti. de bono. possessio. l. meminimus. C. de legitimis hæredibus. & ibi Bal. no. & Perus. in dicta l. pactum, col. iiii. per tex. in l. cum emancipatus. §. cum duobus. ff. de bono. possessio. contra tabulas. & Decius in dicta l. pactum. nu. 18.

92 Sed si eueniret † quod superstite matre renuntiante eius filij uellent succedere auo paterno cũ aliis nepotibus ex filio uel ex filia præmortuis, tunc non excluduntur etiam quod aliquid perceperint, quia isto casu succedunt ex propria persona non autem ex persona matris, ut sentit Bar. in dicta l. qui superstitis. & Imo. & Roma. firmant, & Saly. in l. pactum quod dotale. C. de pact. Crotus tamen hic in hoc ultimo contradicit, quia si mater superest simul cum nepotibus ex filio præ

defuncto dicti nepotes succedunt loco patris sui, ergo sicut frater renuntiantis excluderet eam & filios, ita & ipsi nepotes quibus per ius accrescendi debetur, nō autem deuolui debet ad filios per successorium edictum, ut arguunt Perusini in dicta l. pactum quod dotali, & facit, quia certum est, quod si pater dictorum nepotum superuiueret excluderet nepotes ex filia, ergo & ipsi nepotes, & hoc puto probabilius esse, maxime quādo fuisset facta renuntiatio contemplatione masculorum descendentium ex linea masculina, & stantibus statutis excludentibus fœminas, quod plerunque reperitur, & uidetur de intentione Decii in d. l. pactum num. 18. quem uide.

93 Quarto † limitatur quando non superessent filij masculi quorum fauore fuisset facta renuntiatio, tunc enim cessaret effectus renuntiationis, secundum utrunque Saly. quos refert, & sequitur Imol. in dicta l. qui superstitis, per tex. in l. iubemus. C. ad uelleia. & tenet Bal. & Roma. in dicta l. pactum, & in dicta l. qui superstitis. qui adducit tex. in l. Imperatores §. fi. ff. de transact. & dicit ibidem Roma. quod in dubio renuntiatio censetur facta fauore masculorum qui superstites erant tē pore renuntiationis, quam tamen limitationem modificabat Paul. de Castro procedere quando isti filij mortui essent patre superstite, & sic eo tē pore quo renuntiatio nondum habuit effectum, secus si mortui fuissent post mortem patris quando renuntiatio sortita fuisset effectum, quia tunc morientibus eis non extingueretur uirtus & effectus renuntiationis, arg. l. fin. ff. unde lib. & quod no. Bar. in l. Titia. §. Imperator. ff. de leg. 2. qui decidit quod si filius cuius natiuitate fuit extincta donatio facta per patrem moriatur non tamen reuiuiscet ipsa donatio quæ semel fuisset reuocata. arg. l. qui res. §. areā. ff. de solutio. & facit quod decidit Bal. in l. si mater. C. de suis, & legitim. de * statuto mediolanensi, & uidetur esse communis* opinio, quoniam cessantibus filijs uidetur esse iniquum quod filia excludatur, & renuntiatio fuit facta stantibus terminis quod filij possent succe-

94 dere unde † postea succedit dubitatio, quid si tales filij non moriantur sed sint exhæredati a patre, uel per aliquod delictum ipsorum sint exclusi a successione patris, an habeantur pro mortuis, ut filia renuntians possit succedere, per regulam quæ habet quod paria sunt non extare, uel extare & non posse succedere. l. si ex modica. §. si filius. ff. de bonis libertorum. l. 2. §. & si sint. & §. uidendum. ff. ad tertulli. & l. si nemo. §. fi. ff. de bonis liberto. & §. primo. insti. de successio. liberto. & facit quod uoluit Bar. in l. centurio. 2. col. ff. de uulga. & pupilla. dum loquitur de matre contra quā tacita pupillaris non habet effectum, iuxta. l. præcibus. C. de impub. quæ præmoritur ante pupillū uel quia nō uellit succedere, & tūc substitutus succedit in bonis pupilli, & firmat Ang. Cum. & Ale. Bal. & Paul. in dicta l. precibus. pro quo etiam adducit Crotus l. filio præterito. ff. de iniu. rup. & irrit. testam. sed tamen in contrarium facit fortiter text. in l. filius familias, §. cum quis. ff. de lega.

primo. ubi liberi hæredes instituti quorum contemplatione substitutus non admittitur excludunt substitutum licet nō sint hæredes patris sui, & ad allegata in contrarium respondet, quod loquuntur in dispositione iuris, hic uero in dispositione hominis de qua nos loquimur, iuxta no. per glo. magnam in l. assiduis. C. qui potio. in pigno. habeantur. & ita respondet Cuma. in d. l. mater. §. primo. & in d. l. centurio. ff. de uulg. & pupilla. & ita ressidet Crotus ualde dubitans, Tamen prima opinio multum probabilis est, ex eo quia iura clara sunt, quod quando aliquis excluditur, propter existentiam alterius, & ad eius comodū eo non succedente, non uidetur quod debeat habere locum exclusio, maxime quando tractatur de successione filiæ cui iure naturali hæreditas patris debetur, & non faciliter excludi debet a successione sua l. scripto. ff. unde lib. & l. cum ratio. de bon. damna. hæc tamen quæstio sopiri potest per statuta ciuitatum excludentia filias fœminas propter masculos, nam ex eorum uerbis apparere poterit, quod solum considerauerūt ueram acquisitionem ipsorum agnatorum, quorū utilitatem præferre uoluit.

95 Quinto † limitatur non procedere quando bona patris deuenerint ad filium, & soror postea succedat fratri non habenti nisi bona patris, nā non poterit soror succedere fratri ab intestato non obstante iuramento præstito de non succedē do patri, ut per Ang. in cōsi. 51. dominus Ziglius, Rom. consi. 168. circa primum quo quęritur, qui mouetur, quia renuntiatio iurata simpliciter intelligitur rebus sic se habentibus, nec extenditur ad ius de nouo quæsitum, cap. cum inter. de renūtiatione, similiter renuntiatio non extenditur de re ad rem neque de persona ad personam l. iubemus. C. ad uelleianum. Paul. de Castro in consi. 117. ideo renuntiatio facta de hæreditate patris non debet extendi ad hæreditatem fratris, nam bona acquisita filio desierunt esse patris, & inceperunt esse bona fratris, ut habetur in l. 3. §. ueteres. ff. de acquir. possessio. & est patrimonium ipsius filij. l. sed si plures. §. filio. ff. de uulg. & pupill. & insti. de hæredū qualita. & differrentia. in principio glo. Ias. & omnes Mod. in dicta le. 3. §. ueteres. ff. de acqui. possessio. & facit quod uoluit Bal. in l. 1. in prima quæst. ff. de rer, diuisio. qui dixit, quod si filia renuntiauit cum iuramento hæreditati paternæ non poterit succedere in feudo paterno, tamē si peruenerit ad alios fratres qui moriātur, filia poterit succedere in dicto feudo, quia est fraternum non paternum, & propterea nō obstat renuntiatio facta in manibus patris, & simile posuit Bar. in l. fi. §. 1. ff. ad tertullianum. de statuto quod fœmina non succedat extantibus masculis, nec in eius hęreditate, nam poterit succedere fratri qui decessit, quamuis in bonis nihil habeat præter hæreditatem patris, & idem tenuit Bal. in c. 1. §. quin etiā. in tit. episcopū, uel abbatem, & Fulgo. in l. quamquam. in 1. no. C. ad l. falcidia. Areti. in cōsi. 161. & consi. sequēti. in penul. & ult. col. incipiente uerum est, & Crotus hic.

Sexto

96 Sexto† limitatur quando filia iurasset non facere aliquem contractum absque decreto iudicis, uel iurasset se nunquam renuntiaturam hæreditati paternæ, nam tunc renuntiatio postmodum sequens non firmaretur propter iuramentũ præcedens quod licitũ fuit & honestũ, ut per Alex. hic adducentem no. per glo. in c. licet mulieres, de iur. iurand. in sexto, in uerbo teneatur, quã sequitur Imo in c. cũ contingat, de iur. iurand. col. 5. & Bar. in l. is cui, supra eod. & l. si quis pro eo. in 3. membro, inf. de fideiusso. Alex. in l. duobus §. fi. ff. de iur. iurand. Imo. in c. dilecto. de præbend. & l. 101 cum uir. ff. de usucapionib. & l. si æstimatis. ff. solut. matrimo. & posuit in spetie Bal. in suis cõclusionibus prout refert Rom. in d. l. qui superstitis. Crotus tamen dicit hic limitationem istam modificandã esse duobus modis. Primo quando pater cui fit per filiã renuntiatio sciebat talem actũ fieri contra iuramentũ prius præstitum, secus si ignoraret eã iurasse, quod in dubio præsumitur, l. fi. ff. pro suo. nam tunc seruabitur actus sequens, ut dixit Ioannes Fabri insti. quibus aliena. licet uel non in princ. ita modificans illã glo. & Imol. in l. cũ uir. in pen. col. ff. de usucapionib. & Alex. in consi. 16. incipiente ponderatis narratis in themate. in 3. uol. quẽ sequitur Dec. in d. l. pactũ nu. 10. uersi. 7. quæ modificatio pene destruit totam limitationem, cũ ista iuramenta semper soleant fieri patre ignorante propter metũ reuerentialẽ, unde ego puto quod si propter talem metum ita iurauerit quod modificatio non sit uera, quoniã per iura reputabitur semper ueniẽdo contra primũ iuramentum, & semper præsumetur propter metũ reuerentialem fecisse factum, & ingreditur limitationem infra tradendam. sed si statutum prohiberet tale iuramentum, tunc non ualeat ut per Dec. ibidem in 8. limit. nu. 11.

97 Secunda† est modificatio quando mulier iurasset sibi & non in manibus alterius cuius interesset, nã hoc iuramentũ solitariũ non prę iudicaret iuramento subsequenti facto super contractu inito cũ alio cuius interest, arg. l. filius familias. §. Diui. ff. de leg. primo. ita modificauit dictam gloss. Bald. in c. ueniẽs, extra de iure. iuran. & in l. duobus. §. fi. ff. de iur. iuran. & Alex. in præallegato cõsi. 16. quæ modificatio est probabilior, prima cũ iuramentũ sine parte non ita afficit iurantem sicut quando iurat in manibus alterius & tractatur de interesse ipsius, Nam ipse iurans potest sibi ipsi remittere iuramentũ quod nõ poterit facere quando tractatur de præiudicio alterius.

98 Septimo† limitatur in filia Iudæi quæ renũtiauit hæreditati paternæ, nam talis renuntiatio iuramento non firmatur, quia sacramentalia nõ cadũt in eis actiue nec passiue, l. pen. C. de hæreticis ita limitat Bal. in c. 1. §. sacramenta. de pace iuram. firman. pro quo facit glo. in auth. iusiurandũ ꝙ præstatur ab iis, in principio, quæ uult ꝙ Iudæi & hæretici non possunt esse officiales, quia in eis non cadit iuramentũ quod præstare tenentur iudices in dicta auth. ideo dixit Bar. in rub. ff. de iur. iuran. ꝙ hodie Iudæus non potest esse tutor christianorum quia non potest præstare iuramentũ secundum formã l. fi. C. de admini. tuto. sequitur Socin. in consi. 65. circa primã quæstionẽ. col. 9. ubi allegat dictũ Bal. ꝙ donatio inter uirũ, & uxorem non ualet, & latius in cõsi. 66. ꝙ sequitur, col. pen. & allegat dictũ Ancha. in reg. peccatum. in 6. q. ubi dicit, ꝙ iudæus propter iuramentũ nõ potest conueniri coram iudice ecclesiastico. sed Rom. impugnat hanc limitationem in dicta l. pactũ, quia sicut christiani iurantes per deos alienos obligantur secundum Imo. in c. & si Christus. de iur. iur. ita & obligantur ipsi iudæi si iurauerint per Deum nostrum, ne perfidi sint melioris conditionis quam christiani. l. non solum. ff. de noxalibus, & l. quod seruus. ff. quod ui aut clam, & facit secundum Crotum dictum Inno. in c. ꝙ super. ex. de uoto. qui dixit Papam posse punire iudæos peccantes in moralibus uel in l. naturali, sed ueniendo contra iuramentum offendũt Deũ, qui est natura naturans, ut per glo. in. §. conditiones, insti. de uerb. oblig. ergo dicuntur peccare in legẽ naturalẽ, nec obstat quod iudęi non possunt iurare per nostrã religionẽ, quia per suam iurare possunt 22. q. 1. c. monet. ne sequatur quod iudæi non possint esse in iud. neq; iurare de calumnia, neque possint esse testes, quod falsum est, ex. de testibus c. iudæi. sed opinionem Bal. dicit Crotus defendi posse, quia in iis quæ respiciunt salutem animæ iudæi nõ ligantur constitutionibus canonicis, c. gaudemus, de diuort. c. multi. 2. q. 1. sed in terminis tex. in d. c. quamuis principaliter considerat dispendium animæ, igitur non compre-
99 henduntur iudęi neque infideles. per quam† declarationem habes, ꝙ iudæi non possunt facere contractus nullos ualidos esse per iuramentum suum in casibus positis per docto. in dicta auth. sacramenta puberũ, & in d. c. cum contingat, de iur. iuran. quod uidetur ualde durũ, quoniam iudæi ligantur legibus christianorũ, ut in l. iudæi. C. de iudæis, & ideo dicendum est quod si iurauerunt per Deos suos habebit locũ dictum c. quamuis, & dictum c. cũ contingat, & dicta auth. sacramenta puberũ, quoniam offendũt Deos suos qui admittuntur per fidem christianã in actionibus suis, & iudæi contrahentes, & facientes pacem tenentur sua iuramenta firmare & hoc tenẽt Deci. in d. l. pactum. nu. 13. ubi allegat multas authoritates pro hac parte, & Couuar. in d. c. quamuis, in 3. par. §. quartus. nu. 1. & hoc etiã tenent docto. communiter in rub. sup. de noui oper. nuntiatio. Sin autem iurarent per Christum, & tunc præsumeretur quod uellẽt illudere christianos, & Christum contemnere, ideo tunc tenerentur seruare in pœnam, per fundamenta Romani.

100 Octauo† limitatur quando mulier renũtiasset in manibus patris ob metum reuerẽtialem, quia tunc petita absolutione poterit uenire contra renuntiationem, arg. l. 1. §. qui Onerandæ. ff. quar. rer. actio. non datur, ut uoluit Bal. in d. l. pactum, quod dotale, in prima quæstio. ubi Roma. & Peru. Bal. in l. fideiussor. §. pater. ff. de pignori. in lectura antiqua, & idem Roma. in l. si cum dotem.

§.eo autem tempore.ff.ſolut. matrimo. ſed hanc limitationem communiter*reprehendunt doct. uolentes quod ſola reuerentia non cauſet iuſtum metum ad reſcindendum contractum, prout no. Inno.in cap.cauſa matrimonii,ext.de offi.deleg. Bart.in di.§.quæ onerandæ,Alex.poſt Inno.in d. l.ſi cum dotem.§.eo autem tempore, cum cócor. ibi allegat.pro qua opinione Crotus hic adducit glo.in l. ſi patre cogéte.ff. de ritu nuptiarum, ubi metus reuerentialis non impedit matrimonium carnale licet in eo requiratur conſenſus liber,& ſequitur Abb.in c.ueniens,extra de ſponſalibus,& licet metus reuerentialis impediat matrimonium ſpirituale cauſatum ab ingreſſu religionis,ut eſt glo.in cap.præſens clericus.20.q.3. quam reputat ſingularem Butr. in c. cum uirum, de regula.& Alex.in d.§.eo autem tempore,ſaluatur tamen limitatio in uno caſú per Bal. & Rom. quando pater eſſet multum rigidus & ſeuerus ſolitus faciliter inferre uerbera filiis non obtemperantibus uoluntati ſuæ,quod probaretur,ná tunc talis metus impediret hanc renuntiationé ſi minæ interuenerint,licet uerbera non fuerint illata, quoniam paria ſunt compelli per minas aut uerbera quando faciliter ſolent interuenire, ut eſt tex.in leg.nouiſſime.uerſi.quid ſi compulſus.ff.ꝙ fal.tuto.per quem tex.dixit Bal.poſt Dy.in l. interpoſitas.C. de tranſ. quod idem operatur probabilis ſuſpitio tormentorum quod ipſa tormẽta,ſequitur Alex.conſi.47.in cauſa prædicta, lib. 4.uerſi.amplius puto. Secundo adducit Crotus dicta Bar.in tracta.de tiranno, qui uoluit quod preces tiranni ſoliti ſæuire in contradicentes inferát iuſtum metum,& ideo contractus poteſt reſcindi tanquam ex uerberibus illatis, & idem ſequitur Panor.in cap.abbas.ex.quod metus cauſa, ubi dicit idem eſſe in epiſcopo, uel alio prælato potenti qui ſolet ſæuire in clericos ſuos non obtemperantes,per dictam gloſſ.in d.§.quę onerandæ,& ita poteſt limitari glo.in dict. l.ſi patre cogente,& dicit alias Crotus hic ſe conſuluiſſe. Dicebat tamen Saly.in l.tranſactionem.C. de tranſactio.quod metus reuerentialis purgatur ex pręſentia conſanguineorum, & refert Decius in dicta l.pactum.nu.fin.& adde Couuar.in d.c.quamuis.par.3.§.quartus.nu.1.& per totum.

101 Addebat†tamen Crotus hic aliqua in practica quotidiana circa iſtum metum reuerentialem, & dicebat quod licet non ſit ſufficiens ad reſcindẽ
102 dum contractum†tamen operatur ut nunquam filia tacens præſumatur conſentire, quamuis alias præſens,& tacens ratione ſanguinis præſumatur conſentire.l.ſeruus communis.ff.de donatio. inter uirum & uxorem,& dixit Bar. in l.quæ dotis. in fi.ff.ſolut.matrimo.Bal.in l.etſi ſine.C.ad uelleianum,& idem Bal.in l.1.in fi.C. de bonis maternis,& in l.filius familias.§.inuitus.ff.de procura.per gloſſ.ſuper uerbo probatur, & tenet Butrius in cap.nonne.de præſumpt.& Alex.in dicto §.eo autem tempore,& l.interpoſitas.C.de tranſactio.pro quo facit tex in l.penul.ff.de fur. licet Abbas in dicto ca. nonne teneat contrarium per capitulum primum de deſponſatio impub.lib. 6.niſi eueniat quod non tractetur de euidéti præiudicio filii aut ſimilis perſonæ, ſed actus qui fit poteſt ſe habere ad commodum, & incommodú ipſius tacentis,quia tunc tacens uidetur conſentire,per tex.in dicto cap.primo. de deſponſatio. impub.uel niſi tractetur de paruo præiudicio, ut de obligatione pignoris, quia non impedietur per metum, lege fideiuſſor.§. pater. ff. de pigno. quem dicit ſic eſſe intelligendum.Roma.in dicta lege quæ dotis,& Alex.in dicta l.interpoſitas.

103 Secundo†addit, quod ſi metus fuit adhibitus mulieri per uirú aut per patrem aliqua uice per uerbera illata ſemper præſumitur mulier per metum feciſſe donec ſtat in eodem habitu matrimonii,ut per Inno.in cap.accedens, ext. de conuerſ. coniugato,quem refert & ſequitur Ang.in l.ad inuidiam.C.quod metus cauſa.& in l.2. C. eodem. faciunt no.per Bart. & alios in l. ſi ob turpem. ff. de condi.ob turp.cauſ.ſequitur Butri.in cap. cauſa matrimonii,& Abb.in cap.1. quod met. cauſ. Alex.conſi.1.in 3.uol.col.3.

104 Tertio† addit,quod duo teſtes deponentes cótractum fuiſſe metu celebratum præferrútur centum teſtibus in contrarium productis deponentibus de uoluntario actu, quia illi centum teſtes uidentur deponere ſuper intétione & animo qui ſoli deo notus eſt,ut per Inno.in c.ſuper hoc.ext. de renuntiatio.ſequitur Ang. quem ibi ſequútur doct.& Ang.in l.1.ff.quod metus cauſa,& in l.nó eſt ueriſimile,in principio,ubi limitat non procedere in caſu illius.l.quando præſumptio eſt contra eum qui allegat metum,& Bal.poſuit in conſi. ſciſmatis poſito in rub.C.ſi quis aliqué teſtari prohibuerit,& in l.fi.in fi. C. de hæredibus inſti. & in l.obſeruare.§.proficiſci. 13. quæſtio.ff.de officio proconſulis, & facit ad limitationem eorú quæ ponuntur per Bar.in d.l.2.§.ſi quis neget. ff. quemadmodum teſtamenta apperiantur, & per doct.in cap.cum Ioannes hæremita.ex.de fid. inſtrumen.& Alexand. in conſi.156.lib.5. col.1.

105 Quarto†addit,quod ubi agitur de probando metú teſtes ſingulares quibus alias minus creditur quam uni teſti,ut per Bar.in l.de quibus.col. pen.ff.de legib.probant metú,ut eſt dictú notabile Ang. in diſputatione incipiéte aſtenſis miles, & ultra ipſum dicas ꝙ metus reuerentialis maioris eſt potentiæ in filia q̃ in uxore,ut poſuit Dec. in d.l.pactú ꝙ dotale.nu.30. Ité adde quod ego ſupra dixi in alia limitatione,quod ſi filia dubitans de metu reuerentiali iurauit nó facere actú ſeu renuntiationé in manibus fratris uel alterius cóſanguinei,ſi poſtea faciat actú illú corá patre nó ualebit,licet non ſoleat primú iuramentú impedire ſecundú,ut tenuerunt multi doct.ſupra allegati,tamen in hoc caſu quia cú legitima cauſa fuit præſtitú etiá quod poſtea pater ignorauerit ille tamen actus non ualidabitur ex eo quia iſte ſecundus actus propter impedimentum metus dicitur eſſe debilior,& poterit uinci a primo iuramento, quę omnia bene nota in practica.

106 Addit†etiam glo.& docto. in dicta l. pactum quod

quod dotali. unum casum in quo pactum de non succedendo ualet de iure ciuili sine iuraměto ut paciscens non possit succedere, qui ponitur in l. j.§.si parens.ff.si quis a par.fuer. manumis. ubi si pater accepit pecuniā a filio ut emancipetur priuatur successione, sicut etiam quando filius post emancipationem dat pecuniam patri usque ad quantitatem legitimæ, super quo tamen casu doctores laborant de ratione,& gloss. ibi refert uarias rationes,& ultimo dicit, quod ibi pater delinquit in accipiendo pecuniam, ideo in pœnam delicti seruatur pactum ut non debeat succedere, sed tamen contra hanc rationem instat Imol.per illum tex.in l.utrum.ff.de uerbo. obligationibus ubi pater non dicitur turpiter accipere pecuniā propter emancipationem,& facit etiam text. in insti.de donatio.§.erat olim & alius, ubi in præmium emancipationis donationes permittūtur. Alex.uero hic conatur defendere opinionē glos. quam hic sequitur Bar.in fi. & dicit quod pater licet non dicatur turpiter accipere, tamen lex odio prosequitur eum sicut quando dominus manumittit seruum per pecuniam.l.etiam.§. si quis numos.ff.de bo.lib.Decius uero ibi nume.16.replicat non esse uerum quod habeat odio, quia cōcedit præmium emancipationis, per l. cum oportet.§.cum autem,& ibi Bal.C.de bon. quæ lib. & negat quod dominus accipiendo pecuniam ab ipso seruo priuetur bonorum possessione, ut est text.in lege.1.supra de bon.lib.& per glo. in dicta l.si parens.

107 Ideo† Decius negat dictū casum,& uult quod ibi pater accepit tantum quantū debebatur pro legitima, unde priuatur ex alia causa, non autem per delictum,& uidetur esse de intentione Bart. ibi, cum aliis positis ibi per Decium in dicto nu. 16.qui declarat quando accipiendo legitimam dicatur renuntiare, tamen nec iste intellectus est etiam tutus, attento quod ibi tex.ponit duos casus,& hoc modo intelligendo efficeretur unicus tantum contra uerba illius tex. & ideo ego puto quod ille tex.procedat quando pater accepit pecuniam propter hunc solum finem ut emancipet filium. nam tunc uidetur uendere emancipationem, unde quasi sibi fuerit satisfactum in eo quo priuatur ideo non succedit, & possumus dicere, quod ibi nullum interuenit pactum, sed solum acceptio pecuniæ, & non habet bonorum possessionem, non quia renuntiauerit, sed quia prætor nō concessit eam hoc casu, sed cum hodie remaneāt iura ciuilia in succedendo ille tex.hodie non procederet, & tantummodo remanet secundus casus quando accepit pecuniam usque ad ualorem legitimæ, & renuntiauit successioni, ut ibidem per Decium.

108 Alium† etiam casum addebat Decius in dicta l.pactum num.17.quando primogenitus renuntiauit primogenituræ,& prærogatiuæ in succedēdo, nam tali casu renūtiatio ualet etiam de iure ciuili sine iuramento prout fecit Iacob. cui Esau renuntiauit, ut habetur 7.quæstio 1.in cap. quam periculosum,& fuit opinio Ang.hic in quibusdā lecturis, quem referunt Perusini in d.l.pactum. & adducūt rationem, quia ius primogenituræ competit de iure speciali, ideo facilius ammittitur, per l.eius militis.§.militia missus.de milit.testamen.sed Decius negat primogenituram posse renūtiari, tamen postea dicit Bal.tenuisse quod possit renuntiari in cap.1.§.præterea. quibus mod. feud.amittatur, ubi dicitur quod quis præiudicat sibi renuntiando,& Bald. ibi ponit casum in primogenito. Secundo probat Decius ratione, quia tale ius uendi potest, ut no.Ioannes And.in c.licet, de uoto, ergo pari ratione uidetur ꝙ possit renuntiari sine iuramento, tamen postea argumentatur quod imo renūtiari non possit sine iuramento, quia primogenitura defertur iure hæreditario, ut per Oldra.in consi.93.eleganter,& Alberi.in prohemio digestorū, in §.discipuli.col.4. cū simili.& ponit Alex.in l.is potest.ff.de acquir. hæredi.unde succedit postea etiam in iure patronatus, ut no. Abb.in c.ex insinuatione de iure patronatus, ergo in effectu est pactū de futura successione,& per consequens requiri debet iuramētū.Decius uero ibi dicit ꝙ uiuente patre non ualet renuntiatio sine iuramento per d. rationem, sed post mortem patris ualeret renuntiatio sine iuramento. sicut & in hæreditate procederet.

109 Ego autē† aliter distinguerē, aut sumus in primogenitura quæ competit ex forma legis uel statuti in bonis allodialibus, & tūc placet opinio secūda ꝙ requiratur iuramentū, quoniam tunc eidem competit tota successio bonorū,& in effectu renuntiatur successioni, ut dicebat Oldra. Sed si nos sumus in feudis in quibus uiuitur iure frācorū,& primogenitus succedit, ego puto quod sine iuramento renūtiari possit, imo sufficit solus consensus primogeniti si possidens concedit illud secundo genito uel ulteriori, ut est tex.Clarus in c. 1.de ali.feudi paterni, ubi no.& ita procedant ea quæ dicuntur per Bal.in d.§.præterea,& est ratio quia non est mera successio hæreditaria cum proueniat ab inuestitura, uel forsan quia pactū de hereditate uiuentis non est reprobatum in feudalibus.cap.1.§.moribus.si de feudo.fuer.contro.inter domi.& uasallum. Ideo limitatio procedet in primogenitura feudali,& hæc sufficiant de materia dictæ l.pactum quod dotali. quæ ut dictum fuit non pertinet ad l.nostram.

Vnde reuertendo ad materiam legis nostræ, cognoscēs Bar.quod hucusque nullus modus traditus erat per quem possit uiuens concedere bona sua alteri cum certitudine ut ille securus sit, quod habiturus sit bona dicti uiuentis, cum neque per pactum appositum in ultima uoluntate, neque per actum inter uiuos factum sub conditione si non reuocabit testamentum, uel non instituet hæredem etiam quod iuramentum interuenerit. Ideo ipse incepit examinare tertium modum disponendi per simplicem actum inter uiuos discutiendo, an per uarios modos disponendi inter uiuos sine cōmixtione uel respectu actus ultimæ uoluntatis possit prouideri ut aliquis sit certus quod habiturus erit bona unius uiuentis,

110 Vnde†quærit Bart.an per donationem possit quis sibi ligate manus,& refert multos casus. Primus est,quando aliquis donauit omnia bona sua post mortē suam,sibi dicatur ligare manus, quæ donatio ualet,quoniam hodie actiones possunt incipere ab hæredibus,& contra hæredes.l.1.C. ut actiones ab hæredibus, & l. hæreditariū.ff. de bon.authoritate iudi.possid. tamen postea hunc modum debilitat, quia dicit quod erit donatio causa mortis,quæ sui natura reuocari potest ad libitum.§.1.insti.de donationibus. unde paruum uidetur esse remedium,& ualde debile sed tamen
111 †Bar.nō explicat quare præsumatur donatio causa mortis,cum imo ipsemet infra uideatur præsupponere totū contrariū quod ualeat,sed tu cōcordando potes allegare duas rationes, una est, quia disponendo post mortem,& faciendo mentionem de morte inducitur coniectura quod uoluerit facere donationem causa mortis quæ solet fieri cogitatione mortis.l.1.supra eo.tit.& dicto §.1.insti de donationibus. Secūda est ratio,quia donando omnia bona præsentia, & futura faceret actū nullū,& non reseruando sibi facultatem testandi demonstrat intentionem faciendi ultimam uoluntatem,& ita præsumitur ut actus potius ualeat quam pereat,l.in ambiguis.ff. de reb. dub.& propterea conclusio Bart.erit uera omnino quando donauit omnia bona sua præsentia & futura,& cum possit reuocari debile remanet remedium,& communiter sequuntur docto.

112 Addit†tamē ꝙ si donans in dicta donatione promittit eam non reuocare tunc transibit in donationē inter uiuos & efficietur remediū efficax, quia non poterit reuocari,per legem ubi ita donatur.de donatio.caus.mor.& uidentur pertransire doct.hic,& in d.l.fi.uolentes quod sola clausula de non reuocando facit quod donatio causa mortis efficiatur inter uiuos & irreuocabilis, & tenet Paul.de Cast.in consi.99. incipiente in ista donatione,& in consi.præcedenti,incipiente,notandū est.Ang.in consi.289.incipiēte,uisis instrumētis.Alex.in consi.14.circa primū dubiū.lib.1. Aret.consi.73.diligenter & mature consideratis 2.col.cum aliis hic cumul. per Crotū nu. 78. qui addit rationem ex mente Bar.in l.cotem ferro.§. qui maximos,in 2.quæstio.supra de publica,& in quæstio.per eum disputata incipiēte publicanus
113 quidam,†qui uoluit,quod dispositio non iudicatur secundum primam denominationem uerbalem sed secundum formam,& effectum, & quod actus non cognoscitur a nomine, sed ab eius effectu,& facit quod uoluit Paul.de Castro in l.proxime.ff.de iis quæ in testam.delentur, quod si testator conuocatis septem testibus,& notario rogauit ut essent testes suo testamento, & notarius scripsit, hoc est testamentum talis, tamen si eueniat quod non sit posita institutio hæredis reputabitur ut codicillus, & ualebunt legata & fideicommissa iure codicillorum tantum quamuis aliqui contradicerent propter requisita ad testamētum apposita,nam dicit ipse quod quando testator instituit hæredem demonstratur uoluntas testādi,sed ex hoc solo quod appellauit testamētū, & cōuocauit testes nō præsumitur uelle facere testamentū,&per cōsequens propter dictā clausulā præsumetur donans noluisse donare inter uiuos.

114 Contrariā†tamen opinionē tenuit gloss.in l.si aliū.§. Marcellus.ff. de donatio.caus.mort. quod imo remaneat donatio causa mortis, quam sequitur Bal.in l.cum quis.ff.de condictio.ob causam, & Alex.in l.quæ dotis,in 5.col. ff. solut.matrim. licet Bar.ibi reprehendat illam gloss. & Paul. de Cast.in d.consi.99.nam Bald. adducit, quod illa uerba,promittit nunquam reuocare,sunt intelligenda secundum naturam actus,ut non uideatur uelle auferre primordialem naturam donationis causa mortis,quæ est ut possit reuocari,& solum uoluit non reuocare per simplicem pœnitentiam,per l.non omnis.ff.si cer.pet.& arg.l.quæro §.inter locatorem.ff.loca.& l.2.ff.de pact.dotali. & hanc opinionem sequitur Crotus hic, pro qua adducit aliud simile, quia instrumenta in dubio debent interpretari ut uerba non contineant repugnantiam,quinimo adiuuari debent & subaudiri,ut uoluit Bart.in l.fi.§.idem quæsiit.ff.de cōdict.indebi.cum quo ibi transit Ang.& Raphael, & cæteri scribentes,& Bal.in l.cum falsa.circa finem.C.de iuris & facti ignorātia,post Cy. dixit, quod confessio debet interpretari ut non contineat contrarietatem.

Secundo adducit,quia illa uerba,promisit nō contrauenire,sunt intelligenda de contrauentione quæ fieret de facto nō autem de iure, arg.glo. in cap.pro illorum.ex.de præbend.quæ uult ꝙ illa clausula(compescendo quemlibet contradictorem)est intelligenda de illo qui contradicit de facto non autem de iure,& per illā glo. dixit Anchar.in consi.96.ommisso primo dubio, quod si aliquis princeps suscepit subditum & eius bona in protectionem,uidetur promisisse, quod illos defendet contra eos qui offendent de facto non autem de iure,idem dixit Bar.in l.1.C.de usufru. col.pen.quod qui promisit non molestare usumfructuarium poterit tamen ab eo exigere cautionem de utendo & fruendo, quæ præstanda est, l. sed & si possessori.§.sed rerum. ff. de iur.iurand. Tertio adducit etiam Roma.in consi.211. allegationes docto.eximii.col.2.qui dixit, quod si fideiussor promisit libere & sine aliqua exceptione soluere poterit nihilominus opponere exceptionem excussionis,de qua in auth.præsente.C. de fideiussorib.quia dicta uerba nō cōsentur prohibere exceptionē quæ iusta est,& quæ uenit ex natura contractus,per tex.in d.§.locatorem.& in leg. Paulus respondet,in fi.ff.de bo.liberto. & d.l.ubi ita donatur.intelligit procedere quando uerba prægnantia fuere apposita, dicendo quod nullo pacto possit reuocari.nam tunc uerba illa generalia excludent omnē casum,lege obligari, in principio.ff.de autho.tuto.& probatur in d.l. si alienam.§.fi.& l.senatus.§.mortis.ff.de donatio.caus. mor.quando enumeratur casus in quo apponuntur uerba,ut nullo modo possit reuocari, & ita ressidet adducendo multa alia similia.

Tu

115 Tu uero † plenius dicas distinguendo tres casus, Aut enim testator donauit post mortẽ suam uel alio modo faciendo mentionem de morte in donatione sua,& tunc uerba sunt dubia, an donans habuerit intentionem faciendi donationem inter uiuos uel causa mortis, & si apponat clausulam, quod non possit reuocare, præsumetur indistincte donatio inter uiuos, quia illa uerba dubia declarantur per clausulam suppositam,& nõ erit reuocatio donationis causa mortis, sed erit ab initio donatio inter uiuos, quoniam mens donãtis per illa uerba declaratur,& hoc modo procedunt ea quæ adducuntur pro communi opinione,& quæ posuit Bar.in d.l.cotem ferro. nam in exemplis suis uerba erant dubia,& non bene constabat quam donationem uellẽt facere. facit tex. in l.si tam angusti.ff. de serui. secundum intellectum traditum per multos in l.1.§. si quis ita. supra eod.& per regulam l.si uno.ff.loca.& c.intelligentia.de uerb.signifi.

116 Secundus † casus est, quando expresse dixit se uelle donare causa mortis, & conuocauit quinq; testes faciendo narrationem quod donabat contemplatione &,causa mortis,& tunc si apponatur clausula generalis in fine, quæ omnia promisit rata,& grata habere,& non contradicere neque reuocare,& tunc puto opinionem secundam ueriorẽ quod remaneat donatio causa mortis, & clausula intelligatur secundum naturam ipsius contractus donationis, faciendo interpretationem quam posuit hic Crotus, quoniam clausulæ generales non mutant ipsum actum, clem.1. & ibi no. ex.de præbend.& præsumitur perseuerare in prima opinione, quam clare demonstrauit,& eam repetere in clausulis appositis, per l. Titia. §. Idem respondet, supra eodem,& faciunt ea quæ habentur de iuramento quod intelligitur secundum naturam actus.l.fi.C.de non num.pecunia, cum alijs cumul.per Couuar.in dicto c.quãuis. in 2. parte.

117 Tertius † casus est, quando fecit narrationem plenam quod uolebat facere donationem causa mortis, tamen apposuit postea pactum spetiale, quod non posset reuocari, uel quod diceretur inter uiuos, uel plenius dicendo quod nullo modo possit reuocari, & tunc communis * opinio erit etiam uera quod trãseat in donationem inter uiuos & non possit reuocari, quia hoc dependet a mera uoluntate donantis,& ita intelligunt doct. d.l.ubi ita donatur.in l.2.ff.si cer.pet.& in l.si pecuniam.eo.tit.dum dicunt quod pactum contra substantiam contractus ualet mutando contractum nominatũ in alium, nam in dubio hoc præsumitur,& nisi expresse appareat quod uoluerit permanere in primo contractu, pactum illud attenditur,& ibi etiam ego plene dixi.

118 Vnde † remanet quod remedium Bart. ut transeat inter uiuos, procedet in casu suo quando uerba sunt dubia, quia donauit post mortem, uel quãdo clausula de reuocando fuit multum prægnãs, & hoc puto uerum si donauit omnia bona, sed si donasset omnia bona præsentia, & futura, tunc quia per talem clausulã efficeretur donatio nulla, quoniam non haberet de quo testaretur, possemus dicere, quod fieret semper interpretatio, ꝙ uoluerit potius facere donationem causa mortis, impropriando uerba ut actus potius ualeat quam pereat, dicta leg.in ambiguis, & l. semper in stipulationibus, de reg.iur. quinimo posset dici quod tunc tale pactum non ualeret quasi aufferret sibi liberam potestatem testandi uel dispónendi in ultima uoluntate, sicut non ualeret pactum de non reuocando testamentum, quia eadem ratio est, cum prædicta donatio causa mortis implicet actum ultimæ uoluntatis, cuius potestas aufferri non potest.

119 Per prædicta † soluitur alia similis quæstio, an si fiat mẽtio de hæredibus in donatione causa mortis mutetur natura ipsius ut transeat in donationem inter uiuos, si forsan quis dicat, dono tibi causa mortis pro me, & meis hæredibus,& difficultatem facit, quia donatio causa mortis uidetur esse personalis cum possit reuocari quandocunque sicut testamentum, unde mentio hæredũ uidetur contra eius naturam,& demonstrare uoluntatem faciendi donationem inter uiuos,& ita tenuit Bal.singulariter in l.2.C.de iur. dot.& sequitur Alex.in l.quæ dotis.col.6. ff. solut. matrimo.& in consi.14.in primo uolumine,& Ias.in l. non omnis.in principio.ff. si cert. peta.& Saly.in d.l.2.confirmat,& Areti.in præallegato consi.74. & in consi.78.in 4.uol. Crotus uero dicit hic hãc opinionem falsam esse, quia imo remanet donatio causa mortis, per rationẽ, quod licet aliquid addatur contractui quod non excedit terminos ipsius per hoc non mutetur substãtia contractus nec transfertur in alium l.Lutius,& l. dies sponsaliorum.§.1.ff.depositi. ergo cum hæc mentio hæredum non excedat terminos donationis non mutabit eam licet aliquid addat de hæredibus donatarii, uel etiam de hæredibus donatoris nõ mutabitur donatio.

Secundo adducit, quia donatio causa mortis extinguitur tribus modis de quibus in §.1.insti. de donatio. qui durant etiam post mortem donatarij, excepto uno, ergo cum possit conseruari in illis duobus non uidebitur sublata, arg.l.non omnis.ff.si cer.peta.& quia casus ommissus remanet sub dispositione iuris communis, l. si extraneus, de condictio.ob causam.

Tertio adducit, quia donatio causa mortis facit donationem porrigi ad hæredes donatarij, ut eius morte non extinguatur, quando autem fit prorogatio & additio censetur facta eodem iure quo principalis dispositio.l.inter socerum. §. cũ inter.ff.de pact.dotalibus.l.etiam. C. de iur.dotium, ergo fiet prorogatio in hæredes, cum qualitate tamen, quod possit reuocari, & ita ressidet, cuius tamen fundamenta faciliter possent euitari, negando quod qualitas hæredum possit conuenire donationi causa mortis, cum imo dicatur esse personalis ex parte donatarij, quia eo præmoriente ipso iure reuocatur donatio, eo autem superuiuente firmatur in persona sua, ut non conueniat mentio hæredum, item non perfecte expli

tat quæstionem,cum idem posset quæri de hæredibus donantis si donans diceret, dono tibi pro me,& hæredibus meis,cum ex parte ipsius uideatur personalis,quia ipse solus donat non eius hęredes,unde inspiciendum est quid potest operari hæc mentio hæredum,& in hæredibus donatarii potest operari duo,primo ut uellit quod non extinguatur si præmoriatur donator,secundo ꝙ uellit ut perpetuetur in hæredibus quando non erit reuocata,sicut alii contractus perpetuãtur,& in persona donantis similiter potest operari ꝙ si non reuocabit ipsam uult hæredes teneri ad conseruationem ipsius & perpetuationem, & si ipse reuocabit, & non possit recuperare rem,hæredes sui admittantur ad recuperationem.

120 Propterea † tu dicas ut in precedenti quæstione,quod aut uerba sunt dubia, quia dixit dono tibi post mortem meam, uel alio modo incerta, & tunc per mentionem hæredum demonstratur uoluntas faciendi donationem inter uiuos,cum illa uerba plerunque soleant apponi actibus perpetuis inter uiuos, & uerba demonstrant intentionem,dicta l.non omnis. sin autẽ eueniat quod sit facta donatio causa mortis per uerba clara cum conuocatione quinque testium,& tunc poterit procedere opinio Croti quod non censeatur mutata qualitas contractus per uerba clara nominati,& uerba illa adaptabuntur naturæ ipsius, quia clausulæ sequentes non alterant dispositionem principalem,dicta clem.1. de probationib. quando possunt aliquid operari,per ea quæ diximus in præcedenti quæstione.

121 Secundo † principaliter Bar.hic quærit utrum per donationem irreuocabiliter & interuiuos, quæ cum certitudine est inter uiuos possit quis prouidere ut bona alicuius uiuentis cum certitudine ad eum perueniãt; in qua quæstione enumerat uarios casus, et primus est, quando aliquis donauit ius succedendi in omnibus bonis suis irreuocabiliter & inter uiuos,& concludit quod talis donatio non ualet, & sequuntur alii, & ratio est, quia ius succedendi non est situm in persona donantis sed est quoddam ius a lege delatũ illi qui successurus est, unde donans nihil de suo uidetur dare, imo concedere donatario quod ipsi a lege datur. Item etiam hoc ius succedendi non uidetur esse in commertio, cum insurgat ex dispositione legis,merito non debet ualere, & licet possit per indirectum sumi uoluntas donantis ut per actum suum detur occasio quod ius succedendi acquiratur,quasi uideatur ponere causatum pro causa.tamen adhuc donatio non ualebit,ex eo quia successio prout dependet ab ultima uoluntate non potest per actus inter uiuos concedi,merito ex ineptitudine uerborum donatio reddetur nulla.

122 Secundum casum † ponit quando quis donauit hæreditatem suam, nam donatio hæreditatis non ualet secundum eum,& idem tenet Bartol.in lege fin.C.de pact.sed ipsemet in lege quæsitum. in §.penul.ff.de leg.1.per illum tex. tenet contrarium,quod imo ualeat,propter glo. ibi quæ exponit hæreditatem,idest bona uiuentis, & hanc ultimam partem sequuntur ibi Bal.Aug.& Paul. de Castro,& idem Paul.in lege licet.C. de pact. & Nicolaus de Neapoli in lege pœnales,in principio.ff.ad leg.falci.quos sequitur Alex.hic,& uidetur communis* conclusio contra Bart.hic.Crotus tamen hic tenet opinionem Bar.positam hic, & in dicta leg.fin.C.de pact.per tex.in l. hæreditas.C.de pact.conuent.ubi dicitur,quod hæreditas in testamento datur, non autem pactis. Ideo si aliquis promisit hæreditatem nulla actione stipulator eam consequi potest quæ nullo modo sibi debetur,ergo est tex.in terminis pro opinione Bart.hic,& idem probatur in dicta lege, cum donationis,per uerba ibidem expressa in fin.non recedendo a cortice eorum.limitat tamen postea quando quis donasset hæreditatem post mortem suam,quia tunc apparet eum non sensisse de bonis præsentibus tantũ,sed de bonis futuris, quia hæreditas proprie est post mortem.leg.qui super stitis.de acquir.hæredita.& l.1.ff.de actio. empt. & sentit hic Roma.& Alex.

123 Secundo † limitatur secundum eum quando nõ facta fuit donatio de tota hæreditate sed tantum de parte hæreditatis,quia tunc ualebit secundũ Cy.& Bal.in l.fi.C.de pact.conuent. quia per talem donationem factam de parte hæreditatis nõ tollitur libera facultas testandi, cui tamen limitationi contradicit Anchar.& Imol.in rub. de testam.in fi.concludentes,quod sicut non potest dari tota hæreditas per pactum ita nec dimidia hæreditatis,dicta l.cum donationis,in fi. quia idem debet esse in toto quod est in parte.l.quæ de tota ff.de rei uendicatio.ut hic per eum, qui uidetur ualde se inuoluere,tu uero Clarius distinguas,& dicas, quod quando quis donauit hæreditatem cogitauit in uita sua nihil de bonis suis uelle dare,sed solum post mortem suam, unde donauit hæreditatem,quæ est successio in uniuersum ius quod defunctus habuit.lege hæreditas.ff. de reg. iur.ideo non est in commertio ipsius donantis, cum sit quoddam ius insurgens ex legis dispositione post mortem suam,unde donatio non potest ualere de proprietate sermonis siue donetur tota hæreditas siue pro parte,sicut diximus de iure succedendi, & confirmatur hæc opinio, quia etiam quod exponeretur hæreditas, idest omnia bona, ex alio capite redderetur nulla, quoniam uenirent bona præsentia & futura, & aufferret sibi liberam testandi facultatem,quia non remaneret de quo testaretur, & pactum etiam ex ista causa esset reprobatum, per regulam text. nostri hic.

Nec obstant adducta pro cõtraria parte, quia procedunt in ultimis uoluntatibus,in quibus hęc quatuor uerba æquiparantur,hæreditatem,peculium,patrimonium,& bona,l.cogi. ff. ad trebell. unde in ultimis uoluntatibus faciliter uerbum hæreditas exponitur, idest bona mea, sed in actibus inter uiuos non potest fieri hæc expositio,quoniam opportet quod de præsenti habeat principium, & donator intendit post mortem suam

suam actum facere, & in uita sua nihil disponere, propterea est necessarium, adhoc ut fiat expositio hæreditatem idest bona mea, ut sint apposita alia uerba demonstrantia hanc intentionem donantis, & tunc recederetur a proprietate. arg. l. si uno ff. locati. & esset omnino necessarium quod fieret aliqua reseruatio de parte bonorum de qua posset testari, per ea quæ infra dicemus, & propterea apparet quod conclusio Bar. est indistincte uera, per dictam l. hæreditatis. de pact. conuenti. & dictam. le. cum donationis. nisi ex aliis uerbis clare constet de uoluntate donantis.

124 Tertius casus est † quando quis dixit, promitto te instituere hæredem in omnibus bonis meis, & tunc promissio est nulla per istum tex. secundum unũ intellectum quod hic præcesserat promissio affirmatiua, & subiecta esset stipulatio pœnalis, nam utraque promissio est nulla quamuis sit meri actus inter uiuos, quia auffert liberam testandi facultatem, & in hoc omnes conueniunt.

125 Quartus casus est † ubicunque aliquis donauit irreuocabiliter & inter uiuos, & tunc Bar. concludit quod donatio ualet, siue dixit promitto bona mea, siue etiam ponat uniuersalem, promitto omnia bona mea, per tex. in leg. omnes. §. Lutius. ff. de iis quæ in fraudem creditorum. quod postea uult procedere etiam si adderet dono tibi omnia bona mea post mortem irreuocabiliter & inter uiuos, nam hoc sensit dum allegauit leg. primam. C. ut ab hæredibus. & l. hæreditarium. ff. de bonis auth. iudi. possi. & differt ab alio casu supra posito, quia hic addidit clausulam (irreuocabiliter & inter uiuos) ut appareat clara mens donãdi inter uiuos, neque obstat quod aufferat facultatem testandi, quia illa propositio uniuersalis intelligitur de bonis præsentibus tantum, & non de futuris. argum. l. si colonus. supra eodem, & l. si ita scripsisset. ff. de leg. 2. & habetur in l. j. C. de pact. unde remanebit potestas testandi in bonis futuris, quæ præsumetur posse acquirere per legem si de fun. ctus. C. arbitrium tutel. & sequuntur hic communiter* doct. ponendo hunc unum de casibus in quibus potest fieri promissio certa, quod bona uiuentis transeant ad aliquem, & idem tenet Bal. in l. si quis argentum. §. sed & si quis. per illum tex. C. de donatio. & facit. l. iubemus. in principio. C. de sac. sanct. ecclesi. & quod non ueniant futura, probatur in l. fi. §. j. ff. de lega. secundo. & in l. si mandauero, §. is cuius. ff. manda. & quia cum agitur de magno præiudicio concessio generalis nõ extenditur ad futura, ut per gloss. in le. fina. C. quæ res pignori obligari possunt. & Bar, in lege si ita. ff. de auro. & argen. lega. & idem tenet Angel. consi. 179. incipiente, uisis instrumentis, ubi dicit in hoc non esse dubitandum.

126 Crotus † tamen hic dicit contrarium esse uerius quod imo in donatione facta de omnibus bonis simpliciter includantur etiam bona futura, & propterea donatio sit nulla nisi reseruauerit bona de quibus testari possit, & pro hac sua opinione adducit, quod donatio est quoddam beneficium in quo latissima debet fieri interpretatio. capitulo cum dilecti. extra de donatio. ergo donatio simpliciter facta debet extendi etiã ad futura ex mẽte donantis ex lata interpretatione, ut est casus notabilis in cap. quia circa. de priuil. Secundo adducit, quia donando omnia bona sua uidetur donare suam substantiam seu hæreditatem. l. nã quod. cum. §. fi. & l. sequenti. ff. ad Trebellianum. iuncta. l. quotiens. §. fi. ff. de usufruct. Bar. in l. j. in ultima col. ff. de leg. j. ideo uidetur concessio potius uniuersalis quam generalis, quę porrigitur ad futura, l. grece. ff. de lega. primo. & l. prima. ff. de fund. instruct. & habetur per Bar. in l. si ita. colum. secunda. ff. de aur. & arge. lega. & ad allegata in contrarium respondet, & primo ad tex. in dicta l. si ita. de aur. & arge. leg. dicens, quod ibi erat particularis dispositio non uniuersalis, & idem ponitur in l. si a colono. inf. eodem. Sed in casu nostro est concessio uniuersalis, uel respondet quod illa lex loquitur in ultima uoluntate in qua fit strictior interpretatio quam in contractu donationis. dicto ca. cum dilecti. ex. de donatio. & ad dictam l. fi. §. j. respondet ut in præcedenti, uel aliter quod ille tex. loquitur quando legauit omnes res quæ sunt in tali uilla, uel omnes res immobiles quæ habent sitũ, & in eis non potest intelligi de tota hæreditate, uel substantia, & ad dictam legem si mandauero. §. is cuius. respondet, quia illa dispositio est generalis non autem uniuersalis, & fit stricta interpretatio, secus est in dicta donatione. per dictum capitulum dilecti. unde postea infert has duas donationes æquipollere, si quis donat omnia bona sua simpliciter, uel quod donet omnia bona sua præsentia & futura, ut hic latius per eum.

Sed tu non recedas a communi opinione, quod imo in tali donatione non continentur futura. per dictam legem omnes. §. Lutius. ubi præsupponitur quod ualeat donatio, quod non posset esse si continerentur etiam futura, quoniam aufferret potestatem testandi, & plene probatur in d. l. si ita. de aur. & arg. lega. & d. l. fi. §. j. & l. si mãdauero. §. is cuius. ff. man. arguendo hoc modo nam in ultimis uoluntatibus facilius uerba trahũtur ad futurum tempus, ex eo quia testator disponit de iis, quæ fienda sunt post mortem. l. j. ff. de testam. unde æquipollent illa uerba, omnia bona mea hæreditatem & peculium. dicta l. cogi. & cum nos uideamus quod in dictis iuribus agitur de ultima uolnntate, & tamen non comprehenduntur futura, demonstratur quod propria significatio uerborum est non comprehendere futura, & hoc probatur per ea quæ generaliter dicũtur in l. i. C. de pactis. ubi ponitur regula quod nulla dispositio trahitur ad futura nisi uerba ponantur hoc denotantia, uel sint aliæ coniecturæ notabiles, nec ualet cõsideratio sua quod sit uniuersalis uel generalis dispositio, quia non bene intellexit quæ sit uniuersalis uel generalis dispositio, quoniã omnis propositio facta cũ termino uniuersali dicitur esse generalis non uniuersalis, ut habet in l. obligatione generali. ff. de pignorib. solum autem uniuersalis dispositio est ubicunq; dispositio fit de ipsa uniuersitate quæ habet corpus existens separatum ab ip

ſis rebus,ut eſt hæreditas,peculium, & dos, & ego plene declaraui ultra alios in l.j.in materia de fideicommiſſo uniuerſali.ff.de leg.primo. Item dũ ipſe dicit quod uidetur donare hæreditatem, eſt contra ſignificationem uerborum, cum hæreditas ſit quoddam ius poſt mortem ſuam inſurgens. dicta l.hæreditas.& uidetur donare quod non habet in bonis,ut ſupra ego declaraui, alioquin ſequeretur quod non eſſet differentia utrum donaret omnia bona ſua præſentia & futura, uel donaret hæreditatem,quod tamen eſt contra firmata in præcedentibus,& contra proprietatem uerborum,&dũ reſpondet ad dicta iura quod loquuntur in ultimis uoluntatibus contradicit ſibi ipſi,cum in ultimis uoluntatibus uerba facilius extendantur ad futura quam in actibus inter uiuos.

127 Propterea†reſoluendo dicas, aut quis donauit omnia bona ſua præſentia,& tunc concluſio communis omnimodo eſt uera, ut non comprehendãtur futura quia ſemetipſum apperte reſtringit. Si
128 uero dixit†dono omnia bona mea, adhuc concluſio communis eſt uera,quia propoſitio uniuerſalis quæ facit diſpoſitionem generalem non extenditur de proprietate ſermonis ad futura, per allegata per docto.& nota.in dicta l.j. C. de pact. & ad tex.in ca.dilecti.reſpondetur quod ille tex. loquitur in alio caſu inducente beneficium.Donatio uero facta a priuato non dicitur beneficium,imo eſt diſpoſitio ſtrictiſſime interpretanda, cum tractet de proprietate bonorum ut donans remaneat ſine bonis.Præterea ſi faceremus hanc interpretationem redderemus donationem nullam ſi nõ eſſet facta reſeruatio pro poteſtate teſtandi, quæ interpretatio non debet admitti ad annullandum actum etiam in beneficiis,quia tunc non eſſet lata interpretatio ſed eſſet lata deſtructio actus, unde non deberet fieri.

Et propterea remanet generalis cõcluſio,quod donatio omnium bonorum facta ſimpliciter eſt ualida,quia non continet futura, ſed unũ fortius ultra docto.ſtringit,quia Bar. præſupponit quod ſpes acquirendorum ſufficiat ad teſtandum, quia præſumitur lucrari,ſed tamen uidetur quod non ſufficiat,cum ſi forſan moreretur poſt donationẽ poſt unum menſem uel annũ nihil haberet in bonis,& in effectu uideretur ſibi abſtuliſſe poteſtatẽ teſtandi,& per conſequens uidetur quod non poſſit ualere,ſed defendendo potes reſpõdere quod adhoc ut quis poſſit teſtari non requiritur quod de præſenti habeat bona,ſed ſufficit quod habeat habilitatem acquirendi bona, cum hæreditas poſſit eſſe ſine aliquibus bonis & peculium,lege ſi peculium.in fine.ff. de peculio. ut tenent communi* ter*docto, in l.j.ſupra.ſoluto matrimon. dicentes hæreditatem & peculium differe in hoc ab aliis uniuerſitatibus facti, ideo qui omnia donauit adhuc de præſenti dicitur habere hæreditatem, cum haberet poteſtatem acquirendi, & ſolum ille impeditur teſtari qui non habet in bonis neque habilitatem ad acquirendum,ut eſt ſeruus, &ille qui donauit omnia bona futura.lege tertia. §.fi. ff. de uerborum ſignificatione. & propterea apparet quod communis opinio eſt uera.

129 Præterea† ex alio hæc communis concluſio uidetur poſſe Morderi quando appoſitum fuit uerbum poſt mortem,nam tunc ueniunt futura bona ex intentione proferrentis. ut intelligatur quod donatio fit de omnibus bonis quæ reperiuntur poſt mortem,& per conſequens includuntur futura,ita tenuit uterque Saly.in l.fina.C.de pactis. reprehendens illationem quam tacite hic ponit Barto.dum allegauit dictam legem primam. & dictã legem hæreditarium.& mouetur,quia qualitas adiuncta uerbo intelligitur ſecundum tempus uerbi ad quod refertur,l.in delictis.§.ſi extraneus. ff. de noxalibus.l.Titius.ff.de milita.teſtam. ideo cum donatio fiat poſt mortem intelligitur de bonis repertis tempore mortis,& cõfirmat, quia illud uerbum(poſt mortem)nihil operaretur, quod nõ eſt dicendum.l.ſi quando.in principio.ff.de lega. primo.capit. ſi Papa.de priuileg.in 6. Bal. in rub. C. de contrahend.emp.in nona quæſtione.Tertio adducitur tex.in l.hæreditas.C.de pact. conuen. ſed communiter docto.tenent contrarium,quod imo ueniant tantummodo bona præſentia. Cy. in dicta lege fina.Anchar. & Imol.in Rub. de teſtame. uerſicul.quid ſi promitto tibi. Imol.hic in ultima columna.Roman.Alexand.& Hieronymus tortus dicentes nõ eſſe recedendum ab opinione Cy. per tex.in l.fi.§.primo. ff.de leg.ſecundo.& dicta le. ſi tibi mandauero.§.ſi is cuius.ff.mand. ad quæ iura nõ bene poteſt reſponderi ut ſupra dixi, ideo hæc opinio mihi magis placet.

Nec obſtat ratio quod qualitas adiuncta uerbo &c.dicto.§.ſi extraneus.quia uera eſt,ſed retorquetur in contrarium.nam cũ iſta qualitas poſt mortem addatur uerbo dono,quod eſt præſentis temporis,ergo intelligitur ſecundum tempus uerbi, ut hodie poſt mortem fiat donatio, & per conſequens ſequitur quod uerba(bona omnia) intelliguntur de præſenti tempore,& non poſſunt comprehendi futura,licet executio donationis trahatur poſtea ad tempus mortis,& per hoc patet reſponſio ad ſecundum,quod uerbum(poſt mortẽ) eſſet ſuperfluum,quia imo multum operatur, quoniam exequtionem alias præſenti tempore fiendã trahat ad tempus mortis, pro quo facit quod etiã dicebat hic Crotus,licet non ita clare reſponderet,deciſio Bal.in additio.Speculi. in titu. de inſtrum.editione.§.fin. ubi in terminis dixit, quod uerba exequtiua mortis non mutant naturam ipſius contractus.quam deciſionem comendat Alexand.in l.quæ dotis.in.5.col.uerſi.2.fallit.ff.ſolu. matrimo.& in conſi.78.lib.4.facit.l.quidam teſtamento. in principio.ff. de lega.primo.& l.iis uerbis.C.quando dies leg.cedat,& ſic opinio Bar. in omnibus remanet uera.

130 Quintus caſus eſt† quando aliquis donauit omnia bona ſua præſentia & futura irreuocabiliter, & inter uiuos,tunc dicit Bar.quod donatio,in ſubſtãtia ita ſimpliciter facta eſt ipſo iure nulla quia auffert liberam teſtandi facultatem, quoniam in morte nihil eſt habiturus de quo poſſit teſtari cũ donauerit bona acquirenda uſque ad extremum uitæ

uitæ exitum. Vnde dicit necessarium esse quod ille reseruet sibi aliquam portionem congruã de qua possit testari, & sequuntur Bar. in l. fi. C. de pactis. Imo. Rapha. Cuma. hic, Cy. Bal. Fulg. Paul. de Castro in dicta l. fi. ubi attestatur Bal. quod est cõmunis opinio, quam etiam tenuit in l. certi condictio. §. quoniam. ff. si cer. peta. Paul. de Castr. in consi. 99. Imol. & Anchar. in rub. de testam. dicentes quod communiter tenetur, & cum sit communis ab ea non est recedendum in iudicando nec consulendo. cap. ne innitaris. ex. de cõstitutio. l. j. ff. de officio quæsto. in uerbo crebrior apud ueteres opinio, & pro ista opinione adducuntur multa, quibus tamen responderi potest.

Et primo adducitur ratio Bar. quod per indirectum tollit liberam testandi facultatem, quia uerisimiliter nullus esset ei hæres si nullam uel paruam habiturus esset hæreditatem. §. j. insti. de leg. Falci. quæ ratio est tam potens quod facit ut testator non possit impedire legem Falcidiam, quæ propter eam euitandam fuerat introducta. l. quod de bonis. §. primo. ff. ad le. Falcidiam. sed huic rationi respondet Crotus post alios tenentes contrarium quod non concludit, ex eo quia non sequitur, nullum est habiturus hæredẽ propter inopiam uel aliam causam, ergo auffertur testandi facultas, quoniam uidemus quotidie testamenta ualida esse licet postea annullentur per repudiationem hæredum uel eorum mortem. leg. si nemo. ff. de testam. tutela. & ita respondet Ange. in consi, 189. incipiente uisis instrumentis. col. 6. Secundo respondetur, quod aliquando poterit esse quod institutus habeat motus ratione pietatis quam exercet adeundo hæreditatem, & propter hanc rationem uoluit Iustinianus quod lex Falcidia possit impediri per testatorem, & si non est uerum quod tollatur libera testandi facultas, & ego etiam puto hanc rationem Bar. non esse ue-
131 ram. †Sed tamen tu potes melius declarare, dicẽdo quod quando est certitudo quod aliquis non est habiturus bona in morte impeditur testandi facultas, ut euenit in seruo, secundum glo. in l. 3. §. fi. ff. de uerbo. signifi. & quando quis donat omnia bona futura, apparet quod nihil suum unquã est habiturus, & per consequens auffert sibi testãdi facultatem, & hoc modo inducendo ratio cõmunis redditur uera.

Secundo mouetur Bar. in dicta l. fi. C. de pact. per rationem, quia sicut casum aduersamque fortunam liberi hominis expectare est contra bonos mores, l. inter stipulantem. §. sacram. inf. eod. ita ponere hominem in eo statu in quo certũ sit quod nullo umquam tempore possit bona habe-
132 re est contra bonos mores, ideo non ualet. † Sed huic rationi respondent tenentes contrarium, negando eam, quia uidemus contrarium seruari in eo qui patitur se uenundari ad pretium participandum, nam ipse efficitur seruus qui testari non potest. l. & seruorum. ff. de statu. hominum. & seipsum ponit in statu necessitatis extremæ. Sed replicari potest, quod illa dispositio procedit quãdo aliquis mutat conditionem, & de libero facit se seruum, quia hoc est permissum, per rationes positas ibi, & in. §. fi. insti. de liberti. sed quod quis sit liber & ponat se in necessitate extrema, non permittitur, & efficitur contra bonos mores & facit tex. in l. Titio cẽtũ. §. Titio centũ. ff. de cõdi. & demon. ubi homo liber non potest obligari ut perpetuo non recedat a monumento, quamuis permittatur in liberto, & qui promittit factũ alienum non obligatur ne se ponat in necessitate l. stipulatio ista. §. primo. supra eo.

Tertio adducitur pro communi, quod donatio de omnibus bonis præsentibus & futuris æquipollet donationi hæreditatis, sed donatio hæreditatis non ualet, ergo nec donatio bonorum futurorum. l. hæreditas. C. de pact. conuentis, & l. cũ donationis. C. de trans. ne alia uia contingat fieri quod lex noluit. arg. l. scire. §. 1. ff. de tuto. & cur. da. ab iis. sed huic rationi respõdetur, quod imo hæ duæ donationes differunt, quia in illũ in quẽ transfertur hæreditas transeunt omnia iura actiua & passiua. l. 1. C. ut actiones ab hæredib. nõ sic in illum cui donata sunt bona præsentia & futura, quia non habet onus eris alieni. l. eris alieni. C. de donatio. cũ bona dicãtur quæ supersunt deducto ere alieno. l. subsignatum. §. bona. ff. de uer. signi. sed potes replicare, quod similitudo nõ attenditur respectu uerborum, sed respectu effectus, nam sicut si donat hæreditatem nihil remanet de quo possit testari, & ideo est contra bonos mores, quia auffert liberam testandi facultatem, ita quando donat omnia bona præsentia & futura nihil sibi relinquit de quo possit testari, & auffert sibi dictam potestatem, & sic similitudo est quantum ad istũ effectũ qui est principalis ad inualidandum actũ inter uiuos, per. l. nostram hic.

133 Quarto pro† cõmuni opinione arguitur, quia quælibet dispositio semper est interpretanda ut non sit elusoria uel ei magna plaga inferratur. c. si ciuitas. de sententia excommunicatio. in 6. l. 1. §. pecuniam. ff. de calumniato. glo. in cap. quamquam. in fi. de usur. lib. 6. Anto. in dispura incipiẽte Bononiensis quidam. quem refert Socci. in l. 1. §. ueteres. de acquir. poss. Sed si ualeret dicta donatio in effectu sequeretur quod pactis hæreditas dari posset, & illa lex fieret elusoria, quod nõ debet fieri, & sicut non potest per contractũ donare hæreditatẽ ita non debet posse donare præsentia & futura. Sed responderi potest quod dicta. l. hæreditas non fieret elusoria, cum aliud sit donare hæreditatem aliud donare bona præsentia & futura, ut supra dictum fuit. Sed tu potes replicare, quod imo efficeretur elusoria quantum ad effectum quia illa non permittitur, quoniam nihil sibi remanet de quo possit testari, quod etiã procedit in hac donatione præsentium & futurorum, & illa ratio quod auferet sibi liberam testãdi facultatem illuderetur per hanc paruam mutationem uerborum.

Quinto pro opinione communi adducitur dicta. l. hæreditas. C. de pact. conuen. quæ uult quod hæreditas detur testamento & non pactis, hic autẽ si ualeret daretur in effectu hæreditas pactis,

ergo non debet ualere. sed respondetur quod dicta lex hæreditas procedit quando uoluit pactũ ualere tanquam testamentũ, quod non est in donatione bonorum præsentium & futurorum, sed replicatur quod imo dicta lex hæreditas generaliter procedit, ut pactis dari non possit hæreditas, quia datur testamento, idest ut habeat potestatem testandi, quod idem est & in hac donatione.

Sexto pro communi adducitur tex. in le. obsides, ff. de testam. iuncta. l. diuus. ff. de iur. fisci. nã obsides qui non sunt capite minuti non possunt testari, quia secundum glo. ibi bona sua perdiderunt, & ea quæ adepti sunt fisco acquiruntur, & ideo quia nihil habent in bonis testari non possunt, & idem probatur in auth. ingressi. C. de sac. sanct. eccles. Sed facta dicta donatione præsentiũ & futurorum nihil habet, ergo testari non potest & sic auffert sibi potestatem testandi. Sed respondetur quod in obside est alia ratio, quia ipso iure bona transeunt in fiscum, l. commissa. ff. de publican. l. facultas. C. de iure fisci. lib. 10. nõ sic est in isto donante, quia necessaria est traditio. Sed replicatur quod istud nihil est, quia in ecclesia. & aliis casibus bona transferuntur ipso iure sine traditione. l. fi. C. de sac. sanct. eccles. unde in donatione facta ecclesiæ procederet omnino communis opinio. Secundo dicitur quod hoc non attenditur, ex eo quia solet apponi constitutũ per quod transfertur dominium, & solet apponi retentio ususfructus per quam similiter transfertur dominium & possessio ciuilis, unde in istis casibus omnino procedit ratio, & merito dicendum est ꝙ quantũ ad effectum nihil habet in bonis, & ideo priuat semetipsum potestate testandi, & merito nõ ualet, & sic apparet quod communis opinio est ualidis fundamentis corroborata.

134 Contrariam † tamen opinionem, quod imo donatio taliter facta ualeat tenuit Ange. Roman. & Alex. hic, & Dy. in cap. quod semel. de regu. iur. in 6. Ang. in disputatione incipiente, in refulgenti palatio. & in dicto consilio. 170. Saly. in lege fin. C. de pact. Matthes. in no. 177. nota unum nouũ motiuum. & pro ista opinione adducitur, quod unusquisque est moderator & arbiter in re sua ẽt abutendo. le. in re mandata, C. manda. le. sed & si lege. §. consuluit. ff. de petitio. hæreditatis. ibi, dũ se abuti putant. facit lex non usque adeo. ff. si quis a parente fuerit manumiss. ad tex. in l. si totas. C. de inoffi. donatio. ergo uidetur quod etiam talẽ donationem facere posit. Sed respõdetur quod omnia prædicta procedunt quando simpliciter uel paulatim fiunt, uel saltem remanet habilitas quod aliquis possit habere bona in morte, sed donando bona futura causat quod de præsenti nec de futuro cum certitudine nihil habiturus est, & per consequens auffert sibi testandi facultatem, ideo non ualet per istum text. & sic prædicta omnia iura limitantur per istum tex.

135 Secundo † arguit Angel. quia si opinio Bartol. esset uera sequeretur quod constitutus in articulo mortis non posset uniuersa bona sua donare, quia illo tempore non est spes quod aliquid possit acquirere, & tamen istud est falsum, quia nec senium nec egritudo tollit facultatem disponendi. leg. senium. C. qui testament. facere possunt. Sed respondetur quod licet donaret uniuersa bona eo tempore quo est in articulo mortis illa donatio ualeret, quia adhuc non cessat spes quod aliquid acquirere possit, quia posset esse hæres institutus ab aliquo, uel legatum relictum quod immediate acquireretur. lege cum pater. §. surdo. ff. de leg. secundo. Præterea in tali casu remanet habilitas naturaliter quod possit habere bona, quæ sufficit ad potestatem testandi, quod non est in donatione futurorum.

136 Tertio arguitur † contra Bartol. quod imo sit habiturus aliqua bona, quia posset relinqui hæres, uel aliquid ei donare, cum pacto quod non transeant in extraneum neque in aliquem donatarium. authen. excipitur. C. de bonis. quæ lib. & §. primo. in authe. ut liceat matri & auiæ. & habetur in lege filius familias. §. Diui, dum prohibentur bona acquiri fisco. sed respõdetur quod imo transibit in donatarium, quoniam ipsi ius ad bona futura acquisitum fuit, unde talis prohibitio non ualeret & acquireretur ei, argumento. leg. uero procuratori. infra de solutio. nec obstat dicta authẽtica excipitur. quia ille tex. procedit in quadam speciali & legali acquisitione, sed in casu nostro donãs ex sua dispositione semetipsum fecit inhabilem, uel secũdo potest dici, quod hęc habilitas non est in consideratione, quoniam est contra regulas iuris, & regulariter talis prohibitio non ualet. dicta lege filius familias. §. Diui. ff. de legatis primo. & ego ibi declaraui in præmissis.

137 Quarto † arguitur per Angelum, quia uidetur, quod quis possit se priuare dominio omnium rerum ut nihil sibi remaneat nec imperpetuum habiturus sit, cum possit pati se uenundari ad pretium participandũ ut efficiatur seruus. §. fi. insti. de iure personarum. ergo eodẽ modo debet posse donare omnia bona sua retinendo libertatẽ, & offerre solam liberam testandi facultatem, quę minor est, cap. ex parte. de decimis. capitulo per tuas. ex. de donatio. inter uirum & uxorem. & facit in simili tex. in l. si arrogator. & l. si pater. ff. de adoptionibus. ubi quis potest se dare in arrogationem, quo casu transfert dominium bonorum suorum in aliũ & ammittit liberam testandi facultatem, per legem filius familias. ff. de testa. sed respondetur quod quantum ad arrogationem hoc hodie non ualet, quia remanet dominus bonorum suorum, ut in §. primo. insti. de acquisitione per arrogationem. & propter patriam potestatem testari non potest non propter deficientiam bonorum, & ad illud de uenditione ad pretium participandum respondetur, quod illud uenit in consequentiam propter seruitutem, unde opporteret quærere an sit uerũ ꝙ permittatur uẽditio de seipso, & multæ rationes urgent in contrariũ, sed tñ quia per legẽ hoc fuit dispositũ ut efficiatur seruus, necessario sequũtur effectus seruitutis,

uitutis,sed nos loqmur in eo q. remanet liber, & ſtāte libertate priuat ſe pōtate teſtādi principaliter alienando bona& multa permittūtur in cōſequentiā quę principaliter nō permitterent.l.j.in fi.ff.de autho.tuto.ca.ex.literis.ex. de iure patro.

138 Quinto arguit†Mattheſi.in no. 117. quod talis donatio debet ualere,quoniā ſemper remanēt aliqua de quibus poſſit teſtari,& ceſſat ratioBar. cum donando omnia bona ſua præſentia&futura non ueniunt ea quæ ſpecialiter nō eſſet conceſſurus.l.obligatione generali.ff.de pigno.item non ueniunt prohibita alienari ſecundum Bar.in l.co dicillis.§.inſtituto.ff.de leg. 2. neq; etiā ueniunt feuda, neq; alia pro quorū alienatione incideret in delictum,ut no.in d.§.Diui.& in ca.j.§. in alienatione.ſi de feud.fuer.controuerſ.inter domi.& agna.arg.no.in l.non ſolū.§.ſed ut probari. ff. de pignor.ſed reſpōdetur ad primū quod procedit in obligatione generali quæ faciliter & quotidie fit,ne quis quotidie priuet ſe rebus neceſſariis,ſecus autem in diſpoſitione & alienatione, quia ueniunt omnia bona,cū nō ita faciliter quis ueniat ad donandū,& ad prohibita alienari reſpondetur quod regulariter nō reperitur,&ſi reperiatur tunc Bar.conſenſiſſet,ut dicebat Iaſ.hic,qui ſolū uoluit ꝙ habeat unde poſſit teſtari, ut in præcedenti,tamen adhuc poſſet aufferre teſtandi facultatem,cū prohibitus alienare etiam prohibeatur inſtituere,ut no.in d.§.Diui.& in feudis non pōt quis libere teſtari.c.j.§.j.de ſucceſſione feudi. unde raro hæc qualitas poteſt euenire,ideo nō habetur in conſideratione.l.nā ad ea.ff.de legibus.

139 Sexto †pro hac opinione arguit Alex. quod licet quis donet bona præſentia& futura,tamē poſſibile eſt eum poſſe acquirere,ut ſi forſan donans ex uoluntate donatarii alienaret unam rem& poſtea illam reacquireret,nā tunc remaneret libera ipſi donanti arg.l.fi.C.quæ res pignori. obligari poſſ.& ibi glo.& Bar.ſed reſpondet Iaſ.quod d.l. fi.non procedit in donatione, & ſolum in pignore,quæ ratio non tollit contrariū ut hic perCrotum,niſi addas rationem quod in pignore alienans erat uere dominus & poterat transferre plenum dominium, & ſi poſtea recuperat uidetur aliā rem habere,ſed in donatione uidetur retinere ex eadem cauſa,ut eſt tex.in terminis in cap.j. quid iuris ſit ſi uaſallus feudū alienauit,& poſtea recupauit,& hæc eſt uera reſpōſio,& ceſſāt multa uerba Cro. hic in effectu negādo aſſumptū Alex.

140 Septimo contra dictam†opinionemBar.facit, quia ſi quis donat omnia bona præſentia & futura mobilia & immobilia ubicunq; ſita ſint, prout communiter contingit,talis donatio debet ualere,quia remanēt iura & actiones de quibus poſ

141 ſit teſtari†cum appellatione mobilium & immobilium non ueniant actiones.l.A Diuo Pio. §. in uenditione.ff.de re iudi.l.quam Tuberonis.in fi. ff.de pecu.no.Bar.in l.pe.ff.de auth.tuto. & in le. mouentium.ff.de uerbo.ſignifi.& ibi Alex.in appoſtilis,& eſt bonus tex.in l.2.ubi Bal.de quadr. præſcriptio.Bal.Ang.& omnes in l. ſi conſtante. §.fi.ff.ſol.matr.cum ſimilibus.ideo cum actiones non ſint donatæ remanent bona de quibus poſſit teſtari,& confirmat,quia iura & actiones non habent ſitum.l.fi.C.de præſcriptio.10.annorum,l.ſi ſideicommiſſum.§.tractatum, ubi eſt tex. in terminis.ff.de iudi. & propterea Iaſ. limitabat hanc concluſionem Bar.non procedere in hoc caſu,argu.eorum quæ dixit ipſe in præcedenti articulo de donatione bonorum præſentium, & dicit ſe conſuluiſſe ultra montes in cauſa ardua.

142 Sed tamen Crotus†hic dicebat & aduocati cōtrarii quod aſſumptum eſt falſum, quoniam imo &nomina debitorum uidentur eſſe donata.l.rem in bonis.ff.de acquir.poſſe.& illa uerba(mobilia & immobilia)fuerunt apposita gratia exempli, quod exemplum non mutat ſubſtantiam neq; reſtringit regulam.l.damni infecti quidam. ff. de damno infec.l.pediculis.§.Labeo.ff. de ſuppellecti.lega.& inducta ad augumentum non debent operari diminutionem,ſicut nec econtra. l. cum tale.§.falſam.ff.de condi.& demonſtra.&l.ſi quis mancipia.ff.de fund.inſtru.præterea iura & actiones adhærent bonis mobilibus & immobilibus, quia ſi actiones ſunt ad res mobiles reputantur mobiles,& ad res immobiles reputantur immobiles,ut eſt glo.in l.fi.C.in quibus cauſis in integrum reſtitutio non eſt neceſſaria,& facit.l.prætor.§.primo.ff.de iure deliberand.& l.unica.§.ex actio.C.de rei uxoriæ actio.& leg.j. §.mobiles.C. quando & quibus quar.pars debeatur.&determinat glo.in l.j.C.ſi aduerſ.tranſact. & in authe. de non alienandis.§.hæc ergo.& uidetur tex. in §.j. uerſi.& ideo.inſtitu. de uſucapio.ubi actiones ad res mobiles præſcribuntur per triennium, & faciunt multa alia quæ ponuntur hic in appoſtillis ad Iaſ.per unum ſuum diſcipulum.ſed tamen nec hæc reſponſio eſt tuta,quia omnia prædicta allegata in contrarium procedunt quando actiones dantur ad res mobiles uel immobiles, iuxta leg. qui actionem.ff.de uerborum obligationibus.ſecus autem ubicunque actiones dantur ad pecuniam,uel ad aliquam rem in genere indeterminatam,quia tunc ſemper actiones faciunt tertiam ſpetiem.& tenet Alex.in conſil,ſuo.31. uiſo titulo quæſtionis.in 3.columna.lib.primo.ſequendo Ang.in auth.de non alienandis.§.primo. in uerſ. communeranda.pro quo facit quod uoluit Lapus limitando prædictas glo.& concordando in allegatione ſua. 91. caſus eſt talis. & conſil.306. dicens prædictas glo. procedere quando actiones tendunt ad certam ſpetiem,ſecus quando tēdunt ad aliquas res in genere, quia genus nō eſt mobile neque immobile, unde uoluit quod in ſtatuto bona mobilia uel immobilia non includant actiones ad pecunias, & hoc modo poteſt procedere opinio Iaſon. & per ſecundam rationem,quia dictum fuit, ubicunque ſita ſunt.& hoc ego puto uerum, ex eo quia donationes principaliter fiunt propter ſtabilia uel res mobiles apparentes,& ſi non procederet hæc deciſio ſæpiſſime poſſent decipi donantes, & plene dicas, ut in appoſtillis ad Iaſon. poſitis per ſuum diſcipulum qui optime defenſauit præceptorem.

Propterea dicas, quod hæc obiectio non tollit conclusionem Bar, nam si tu tenes quod iura, & actiones non ueniant ex mente eiusdem Bar. donatio ualet, per ea quæ dixi in præcedēti quinto casu, si uero tu tenes quod ueniant iura & actiones, & tunc opinio Bar. remanet uera propter rationem suam, quia auffert sibi liberam testandi facultatem.

143 Quapropter † remanet conclusio Bar. & communis uera & tenenda, quod quando aliquis donauit omnia bona sua cum clausulis importantibus dispositionem omniū bonorū, ut nihil sibi remaneat, donatio est nulla, sed si proferuntur aliqua uerba per quæ possit dici quod uoluit cōprehendere omnia bona, tunc donatio ualebit ex ipsius intentione posita supra in quinto casu. Igitur cum in donatione omnium bonorum præsentiū & futurorum ueniant omnia bona, ut perpetuo nihil sit habiturus, tunc talis donatio non ualet, per rationem suam, quia per indirectum auffert sibi liberam testandi facultatem.

144 Sed tunc succedit † dubitatio, an hæc conclusio procedat in pia causa, & Bar. in dicta le. fin. tenet quod ualeat, & sequitur Bald. in auth. si mulier. C. de sacr. sanct. eccle. & Abb. in cap. fi. de success. ab intestato. & in c. 2. ex. de concessione præbendæ, & in c. ut priuilegia. de priuilegiis. pro qua facit, quia fauet piæ causæ. l. sunt personæ. ff. de reli. & sump. funer. & in c. fi. de sententia & re iudi. & quia nos uidemus quod fauore militis ualet talis conuentio, ut in l. licet. C. de transact. & sequitur Ias. hic, sed tamen in contrariū facit, quia hæc donatio annullatur ex capite, quod est cōtra bonos mores, & illud quod est contra bonos mores non debet foueri ab ecclesia quæ dicitur esse cultrix iustitiæ, ut in c. j. de prohi. feu. alie. per Loth. & si ius canonicū propter turpitudinem nō uult quod firmetur iuramento, ergo nec etiā debet firmari fauore ecclesiæ, quia absit ab ecclesia quod habeat turpes quæstus, c. fraternitatis. xii. q. 2. ca. suam. ex. de pœnis, & fauor animæ nō potest præualere actui turpi, sicut neq; iuramentū potest ualidare, unde ego puto quod conclusio Bar. generaliter procedat etiam quod donatio fieret ecclesiæ, & piæ causæ, nisi eueniret ut dixi supra in alio articulo, quod aliquis donaret pro male ablatis suis uel aliis casibus in quib. teneretur bona sua dare pro elemosina, quoniam tunc cessaret turpitudo, nec obst. tex. in l. licet. quia loquitur in mutua dispositione, & inter milites ex causis spetialibus ibi allegatis per docto.

145 Iterum etiam † dubitatur an dicta donatio uitietur in totum, uel potius uitietur in illa particula de qua possit testari, & Bar. in dicta, l. fi. mouet hoc dubium sed non decidit, Ang. uero in cō si. 79. uisis instrumentis. col. 5. argumentatur ab utraque parte, & tandem concludit quod uitiabitur in totum, per tex. in l. si libertus minorem. §. fi. ff. de iure patronatus, & quia non potest demonstrari causa propter quam uitietur magis in una parte quam in alia, ideo in totum uitiabitur, l. j. §. item quæritur. ff. de aqua quoti. & æstiua. & hanc conclusionem etiam tenet Bal. in l. certi condictio. §. qm̄. ff. si cer. pe. & l, fi. C. de pact. Imo. in rub. de testa. col. fi. Imo. Rom. & Alex. hic, & est communis* conclusio doct. solus Saly. in l. fi. C. de pact. tenet contrarium, per tex. in l. sancimus. C. de dona. idem quia censeri debent duæ donationes. arg. tex. in l. scire debemus. in prin. sup. eo. & l. j. §. si stipulanti. ff. de uerb. oblig. & clarius in le. celsus. §. primo. ff. de arbit. & dicit quod responsio doct. ad l. sancimus. non est bona, quia ibi subest ratio spetialis quod nihil refert inter unam summam & aliam, sed in casu nostro secus est, quia non subest ratio quare magis debeat ualidari in uno quam in alio, nam inquit ipse responsio nihil est, ex eo quia etiam in illa donatione de quingētis aureis subest eadem ratio an sit in una parte uel in alia, unde sequitur quod pars inutilis non debet uitiare utilem, & hanc opinionem tenet Crotus, quia rationes quod aufferatur libera testandi facultas eatenus ligant quatenus illa auffertur. ergo sequitur quod ubicumque dabitur illa potestas in reliquis remanebit ualida, quia limitata causa limitatum producit effectū. l. quod dictum. ff. de pact. l. cum pater, §. dulcissimis. ff. de leg. secundo. ut hic latius per eum. sed tu non recedas a communi opinione, per illam rationem. quia non apparet certitudo quæ pars aufferenda sit ab ea, neque per indirectum potest demonstrari quanta quantitas requiratur ad potestatem testandi, & in dicta le. sancimus. erat certitudo quæ pars posset ualidari, & quæ pars annullari, unde non facit imo potest retorqueri in contrarium, quia hoc fuit spetialiter inductum a Iustiniano in illo casu & ante eum tota donatio erat nulla, igitur arguendo a spetiali apparet quod in cæteris casibus donatio in totū annullari debet.

Quare remanet quod solum remedium ad ualidandum dictam donationem est quod testator expresse reseruet aliqua bona de quibus posset testari. Quæ reseruatio debet † esse sufficiens, & non de modica quantitate, ut declarant doct. in d. le. fi. quoniam fit ad finem ut ille possit habere hæredem, & per donationem non abstulerit sibi potestatem testandi, & si quantitas esset minima, ut uerisimiliter non sit habiturus hæredem, tūc ex mente Bartol. hic donatio remaneret nulla, quoniam in effectu aufferet potestatem testandi, dum allegant. §. primum. instit. ad legem Falcidiam. coniuncta leg. quod de bonis. §. primo. ff. ad legem Falcidiam. & propterea uidetur quod debeat esse ad minus decima pars totius hæreditatis uel circa. Vnde sequitur quod plæreq; donationes istius Regni Siciliæ possunt annullari, ex eo quia in eis reperitur reseruatio facta de quinque uel decem unciis quæ continent minimam quantitatem, ut nec etiam sufficiāt ad expensam sepulturę, & apparet uerisimiliter quod nullus est habiturus hæredem, quod bene nota. 146

147 Sed dubium est † quid si aliquis donauit bona sua præsentia & futura reseruato sibi usufructu toto tpe uitæ suæ, utrū ista donatio ualeat, & difficulta-

cultatem facit, quia usufructus finitur morte. §. finitur, institutio. de usufructu unde donans non potest testari de eo, quoniam testamentum tantummodo fit de eo quod remanet post mortem, lege prima. ff. de testamen. ita dicit Paul. de Castro in dicta lege final. qui adducit hanc rationem, quod de usufructu testari non potest, nec etiam potest testari de fructibus quos percipit qui supersunt & extant, quia ueniunt appellatione & sub illo uerbo & futurorum, & nihil allegat, sed dicit se consuluisse, & reperitur in consilio. 101. quod incipit, notandum est, quod præfatum statutum, quam opinionem etiam sequitur Bartol. in consilio. 36. incipiente pater filio emancipato, ubi dixit quod si pater donauit filio emancipato omnia bona præsentia, & futura saluo & resseruato sibi usufructu & redditibus de omnibus bonis donatis de quibus posit disponere in uita sua pro libito uoluntatis, quod ista donatio non ualet, quia illa uerba, in uita sua ad libitum uoluntatis, intelliguntur de contractibus in uita celebrandis, non de contractibus celebrandis post mortem, ergo non ualuit dicta donatio patris, quia abstulit liberam testandi facultatem. Ludouicus Rom. hic in penul. col. in. 4. quæstio. allegat pro & contra, tamẽ postea relinquit cogitandum.

Sed in contrarium, quod imo talis donatio ualeat, facit, quia resseruatio de usufructu fuit facta considerando effectum perceptionis fructuum, non autem illius subtilis iuris de usufructu qui finitur morte, & cum retinuit omnes fructus percipiendos de tota uel maiori parte hæreditatis, uidetur retinuisse sufficientem quantitatem de qua posit testari cum omnes dicti fructus simul collecti tam quolibet anno quam etiam simul coniuncti faciant magnam quantitatem de qua poterit testari, & uerisimiliter poterit habere hæredem, & ita determinant Raphael Cuma. & Alex. hic, qui dixit quod ita cõsuleret & iudicaret, nisi fructus essent ita tenues quod non sufficerent ad uictum donantis & uestitum, & etiam sequitur hic Ias.

Tu autem resoluendo considera aliquos casus, primus est, quando quis dixit, reseruato sibi usufructu cum fructibus de quibus posit disponere in uita sua, & tunc Bar. & Ias. hic tenuerunt quod donatio nõ ualeat, quia non considerauit facultatem testandi, sed considerauit facultatem commode uiuendi & faciendi expensas necessarias, unde uidetur quod uoluerit postea in morte contineri appellatione futurorum & quod in effectu nihil remaneat de quo posit testari, & licet faciens testamentum adhuc in uita sua uideatur disponere, tamen quia trahitur ad tẽpus mortis, communiter homines utuntur uerbo post mortem, non autem uerbo in uita sua, & hanc partem etiam ego puto ueram, Sin autem † eueniat quod reseruatio simpliciter sit facta, quod reseruauit sibi usumfructum durante uita sua, & tunc si fructus sunt

148 tenues ut uix sufficiant ad uictum & uestitũ uel pauci posint super abundare, qui tamen adhuc pro necessitatibus uitæ requiruntur in infirmitatibus & aliis casibus occurrentibus, & tunc adhuc conclusio communis est & uera quod talis Donatio non ualeat, quia non remanet de quo posit testari, sin autem & tertio eueniat quod patrimonium esset opulentisimum, & fructus essent multi qui superabundarent omnes uerisimiles necesitates uitæ, & tunc casus est dubius utrum ualeat ista donatio, & dependet ab hoc, an ueniant appellatione futurorum, ut & ipsi uideantur donati in morte, uel non ueniant, & semper remaneant sui, sed magis placet opinio quod nõ ueniant, appellatione futurorum, per ea quæ statim, dicemus de prætio in uenditione facta, quia si reseruauit usumfructum reseruauit & etiam ipsos fructus pro libito uoluntatis suæ, ut tanquam dominus in uita appareret, & per donationem nullum pateretur detrimentum, & si fuisset interrogatus ipse Donator hoc respondisset, ergo seruari debet, argumento l. tale pactum. §. 1. ff. de pact. in fi. glo. magnæ, & propterea poterit dici Donationem ualere cum remanserint bona de quibus posit testari, & cõmode est habiturus hæredem, quod solum consideratur in toto præsenti casu.

149 Ex quibus † infertur per docto. ad aliquas alias similes quæstiones, & una est super qua consuluit Paul. de Castro in consilio. 146. super secundo puncto pro declaratione, ubi dixit conuentionem factam inter duos quod neuter eorum posit alienare certa bona in uita & in ultima uoluntate ualere, ex quo conuentio facta fuit non de omnibus bonis sed de certis particularibus rebus, in quibus non consistit uniuersitas bonorum, & sequitur hic Crotus, sed tamen eius cõclusio non est uera, attento, quod in dicta conuentione fuit additum unum reprobatum, ut non posit alienare in ultima uoluntate, nam tunc dicitur abstulisse sibi potestatem testandi, quod est contra bonos mores, nec distinguitur utrum conuentio fit super tota hæreditate uel super una re tãtũ, ut probatur in lege si quis in principio testamenti. ff. de lega. tertio ubi reprobatur hæc promisio etiam pro una uel duabus rebus legatis, & idem probatur in l. nostra. ubi fuit facta stipulatio de centum uel ducentum sub conditione aufferrente liberam testandi facultatem, & promisio non ualuit, & supra etiam hoc conclusum fuit in spetie reprehendendo has opiniones, quoniã semper promisio est contra bonos mores siue sit facta in totum siue in parte, nec attendatur ratio quod remaneant alia bona de quibus posit testari, solum autem illa bona est ratio quando donatio uel actus est in totum inter uiuos absque aliquo respectu ultimæ uoluntatis, ut sæpius dictum fuit.

150 Item infertur † ad aliam quæstionem quam decidit Oldrad. in cons. 139. incipiente, ad habendam aliqualem notitiam, qui uoluit quod si duo fratres habentes bona paterna & aliunde acquisita ad inuicem pacti fuerunt, quod eorum quisque donabat alteri bona paterna, hac lege quod super uiuens uel eius liberi haberent omnia illa bona decedentis sine liberis, ualeret hæc conuentio, & deberet seruari, & non dicitur pactum de succedendo, sed quædam donatio de cretis bonis, neque dici-

tur aufferre poteſtatem teſtandi, quia remanſerunt alia bona, unde donatio potuit ualere, per leg. prima. C. ut ab hæredibus & contra hæredes, & hanc partem ego etiam puto ueram, quia hic nulla fuit facta conuentio de non diſponẽdo in morte, & remanet ſimilis quæſtioni ſupra propoſitæ de donatione bonorum præſentium, & opinionẽ Oldrad. refert & ſequitur Ioan. And. in titulo de inſtrum. editio. §. porro, in ultima column. in uerſi. fuit etiam alia quæſtio Alberic. & Salyc. in lege fin. C. de pact. Ang. in lege ſancimus. C. de donatio. Imo. in lege Attilius regulus. ff. de donatio. Alexander. in conſilio. 28. ponderatis uerbis inſtrumenti, & hic Crotus.

151 Item infertur † ad aliam quæſtionem quam decidit Bar. in conſ. 72. incipiente, ex facto proponitur, ubi conſuluit ualere conuentionem initam inter certos nobiles fratres & nepotes quod eorum bona nec paterna nec materna, nec ex teſtamento nec ab inteſtato, nec ex alio cõtractu deueniãt in fœminas natas naſcituras, quia iſta conuentio non comprehendebat omnia bona eorum, cum de aliis bonis libere poſsint teſtari, per tex. in argumentum in lege codicillis. §. matre. ſupra de leg. ſecundo, & quia poteſtas teſtandi, licet non poſsit tolli, tamen coarctari poteſt, argument. legis cum ita. ff. de conditio. & demon. & ſequitur hic Crotus. ſed tamen non ita de plano procedit prout arbitrantur Docto. attento quod ratio aſſignata procedit tantummodo quando eſt actus inter uiuos, & non habetur reſpectus ad ultimam uoluntatem, ſeu ad ſucceſsionem, quia tunc ſemper auffertur libera teſtandi facultas, in qua non inſpicitur an remaneant alia bona, ſed an fuerit factum de aliquibus bonis, per tex. noſtrum hic, & in dicta lege ſi quis in principio teſtamẽti, unde ſolum concluſio Bartol. poſſet ſuſtineri quando facerent conuentionem de prohibendo alienationem dictorum bonorum, per quam etiam poteſt prohiberi alienatio ex ultima uoluntate, iuxta no. in lege cum qui. §. ea lege. ſupra eodem. & lege tertia. C. de condi. ob cauſam, & habetur plene in dicta lege filius familias. §. Diui. in materia prohibitionis alienationis inter uiuos. ideo iſta quæſtio debet declarari ſecundum illos terminos poſitos ibi per Docto. alioquin nõ procederet.

152 Item infertur † ad aliam quæſtionem quam decidit Paul. de Caſtro. in conſilio. 146. incipiente ſuper ſecundo puncto, quod ualet conuentio in uita inter aliquos nobiles de non alienandis certis bonis in uita nec in ultima uoluntate, Iaſ. hic dicit ſe conſuluiſſe primo in ciuitate Haſtenſi in qua fuerunt certæ conuentiones & tranſactiones, iuratæ inter certos nobiles de ſcarampis quod fœminæ non ſuccederent in bonis immobilibus tam feudalibus quam allodialibus, et quod ſi contingat eos mori ſine maſculis relicta fœmina quod alter coniunctus ſuccedat excluſa fœmina, & dicit ſe conſuluiſſe quod ualeant cum fuerint factæ ſuper bonis immobilibus tantum, & remanſerunt mobilia & actiones de quibus potuerunt teſtari, per doctrinam Bartol. hic, dum allegat legem omnes. §. Lutius. ff. de iis quæ in fraudem creditorum, & per dictam doctrinam Pauli de Caſtro. ſecundo conſuluit in eadem ciuitate in alia conuentione alterius formæ inter certos nobiles de aſinariis, quod aliqui ipſorum fratrum ſeu filii neque eorum hæredes, aut ſucceſſores in infinitum poſſent aliquo modo alienare ſeu ultimam uoluntatem condere circa certa bona immobilia, et ſi contingeret uendi alienari uel donari, aut teſtari quod ipſo iure, & facto uenditio ſit ipſo iure nulla, et donatio et teſtamentum, et quod bona deueniant in ipſos fratres & eorum deſcendentes, & cum unus ex eis inſtituiſſet uxorem ſuam fuit diſputatum utrum ualeret inſtitutio, et ipſe dicit ſe conſuluiſſe quod conuentiones ualuerunt, quia remanſerunt alia bona de quibus poterant teſtari, per doctrinam Bartol. & docto hic, & ideo tale teſtamentum non ualuiſſe reſpectu dictorum bonorum, ſed ſolum reſpectu aliorum prohibetur.

153 Sed ego † puto quod in nullo dictorum caſuum bene conſuluit, neque etiam Paul. de Caſtro, ex eo quia illa ratio, quod remaneant bona de quibus poſſit teſtari, non concludit ubicunque quis facit conuentionem ut non poſsit facere teſtamentum, quia illud pactum eſt ſemper reprobatum, & contra bonos mores, ſiue fiat de tota ſiue de parte bonorum, ſiue etiam de re particulari, ut probatur in dicta lege. ſi quis in principio teſtamenti, & in lege noſtra, & ſupra ſæpius declaraui, & ſolum procedit quando ſit merus actus inter uiuos, non ſe extendendo neque habendo reſpectum ad ultimam uoluntatem, unde ſemper ego conſtitui differentiam inter dictos caſus, & dixi ſeparandos eſſe, & apparet quod Doctores inuoluerunt iſtam materiam inculcando uarias deciſiones iuris, & ſæpiſsime æquiuocauerunt allegando rationes procedentes in certis terminis ad alios terminos diuerſos.

154 Item infertur † ſecundum eundem Iaſo. ad aliam quæſtionem in qua conſuluit ultra montes, in qua duo fratres habentes filios maſculos cõuenerunt inter eos quod ſi contingeret aliquem mori ſine filiis maſculis relicta fœmina omnia bona mobilia & immobilia deueniant ad alium qui habebat maſculos, & quod fœminæ debeant congruenter dotari, & dicit ſe conſuluiſſe quod ualeat, quia remanebant alia bona de quibus poſſent teſtari, per dictum conſilium Pauli de Caſtro 146. & doctrinam Bartol. hic & aliorum, & quia talis conuentio non eſt reprobata quando non eſt uniuerſalis de omnibus bonis, & quia prouenit ex præſenti contractu inter uiuos, licet collata poſt mortem defuncti, iuxt. leg. unicam. C. ut actiones ab hæredibus, addendo etiam conſilium Oldrad. & multas alias authoritates ſupra allegatas, & conſilium Bartol. in conſilio 72. incipiente ex facto quod ponitur, decidentis ualere conuentionem, quia non eſt uniuerſalis de omnibus bonis, & ideo non auffertur libera teſtandi facultas, & allegat leg. ſi ita quis. §. ea lege. ſupra eodem. & legem codicillis. §. matre. ff. de legat. tertio. poſtea dicit Angelum conſuluiſſe contrarium in conſilio. 66. inci-

incipiente comes Albertus, per tex. in leg. si quis in principio testamenti. ff. de leg. 3. quem tex. dicit Ias. hoc non dicere, sed tu dicas quod neque hoc consilium suum fuit bonum, & opinio Ang. contraria fuit melior, quia illa ratio quod remaneant bona de quibus possit testari tantummodo procedit quando est actus mere inter uiuos & non habet correspondentiam ad prohibendã testãdi facultatẽ seu successionem, quoniam quãdo fit mẽtio de successione q̃ non possit fieri, uel quod testamentum non possit fieri semper pactum est reprobatum, & non ualet conuentio siue fiat de tota siue de parte bonorum, siue de una re tantum, per dictam l. si quis in principio testamenti, & per leg. nostram, ut supra sæpius declaraui, in quo docto. sæpe æquiuocauerunt, ut dixi. unde ut iste conuentiones ualeant opportet quod fiant per actus mere inter uiuos, & per meram prohibitionem alienandi factam inter uiuos sine aliqua conditione quod non possint testari uel non possit succedi secundum terminos positos in dicta leg. si ita quis. §. ea lege. supra eodem. & leg. tertia. de conditio. ob causam, & in dicto. §. Diui. in materia prohibitionis alienationis per actum inter uiuos.

155 Item infertur † per Ias. hic in principio huius sexti casus, quod si fratres inter se litigent coram arbitro uel arbitratore, qui in sententia dixit quod bona æqualiter deberent possidere, & si alter ex compromittentibus moriatur sine filiis masculis quod omnia bona deueniant ad alterum uel eius filios, reseruatis sexaginta libris de quibus possit libere testari. nam talis sententia ualebit, ut in spetie determinat Ang. in cons. 5. quod incipit, Andreas, & in indiuiduo consuluit Alex. non facta mentione Ang. in consil. 55. incipiente uiso themate prædicto, libro. 1. in dubio primo. sed tamen hæc etiam decisio recipit difficultates præcedentes, & examinatur hinc inde per docto. in cap. Raynaldus, de testam. ubi in specie ponitur similis sententia, tamen contra decisionem fortiter facit, quia arbiter fuit electus ad dandum sententiam, non autem ad faciendum testamentum ipsis partibus, & uidetur extra potestatem suam iudicasse, ut declarant docto. in dicto c. Raynaldus, & dato quod hæc potestas data a partibus fuisset data necessario fuit conuentio inter ipsas partes de modo succedendi, & ipse arbiter præfixit ipsis partibus modum succedendi, & disponendi, unde abstulit potestatem testandi, & fuit actus tam in partibus quam in arbitro omnino reprobatus, & contra bonos mores, unde non ualuit, contra text. nostrum hic, & dictam leg. si quis in principio testam. in quibus non habetur consideratio an remaneant alia bona, sed quia auffertur in illis potestas mutandi uoluntatem ultimam actus omnis est contra bonos mores & ualere non debet, per ea quæ sæpius supra dixi, & in hoc opportet quod ipsi facientes pactum sint multum diligentes.

156 Et infertur † ad unum magnum quod est contra cõsuetudinem seruatam in donationibus, quod si in eis fuerunt factæ substitutiones in modo succedendi inducentes quædam fideicommissa, prout uidi in multis fieri, quod tales donationes non ualent licet dicatur irreuocabiliter & inter uiuos, quoniam implicant modum succedendi, & auferunt ipsi donanti potestatem libere testandi, unde uidetur quod solum seruari debeant quando fuisset facta donatio causa mortis, quæ ad libitum reuocari potest, & si dicatur hæc dispositio de modo succedendi respicit bona donata quæ per donationem aufferruntur in totum a dominio donantis, unde ex hoc solo prohibetur testari de dictis bonis, respondetur quod illud procedit quando facit meram donationem inter uiuos, per quam toto dominio priuatur, sed ubicunque in donatione apponit dictos modos succedendi, & dicta fideicommissa, non est pura donatio inter uiuos sed habet misturam ultimæ uoluntatis, unde uidetur contineri in terminis legis nostræ ut sit contra bonos mores & non ualeat, super quo tamen ultimo bene cogita.

157 Septimus est † principalis casus, ubicunque aliquis dixit, uendo tibi omnia bona mea pro centum præsentia & futura, nam tunc talis uenditio licet transferat dominium omnium rerum suarum præsentium & futurarum in emptorem, & per consequens priuet se ipsum potestate testandi de eis, nihilominus ualet, quoniam pretium remanet ei de quo possit testari, & si dicatur quod pretium uenit appellatione futurorum, & ideo etiam pretium uendidisse uidetur taliter quod nec etiam illud remaneat sibi ut de eo posset testari. Respondet Bar. illud non esse uerum, cum imo pretium non possit uenire appellatione futurorum, quoniam natura emptionis est ut pretium transeat in uenditorem, & res transeant in emptorem. leg. emptio. ff. de actio. empti. & non potest esse emptio in qua pretium ipsum uendatur, cum semper differre debeat res uendita ab ipso pretio. §. pretium. iuncto. §. penul. institu. de emption. & uenditione. unde in illa clausula, omnia bona præsentia & futura, continentur illa bona quæ conseruant emptionem & naturam contractus, ut semper remaneat differentia inter rem uenditam & pretium, argumento text. in leg. damni infecti. §. cum parietem. ff. de damno ✠ infecto. & sequuntur hic communiter * Doctores & est satis rationabile, tamen uidetur quod afferat paruam utilitatem iste modus, quoniam si pretium remanet pœnes uenditorem in effectu habet ualorem omnium rerum suarum, & parua remanebit utilitas emptori, cum æquipolleat habere res emptas uel pretium, arg. leg. licet imperator. §. fin. ff. de leg. secundo. Responderi potest, quod iste modus debet intelligi ut uenditio sit facta pro minori prætio, & consequatur utilitatem maiorem ipse uenditor ex rebus quam ex pretio, itaque non sit 158 pretium sufficiens ad ualorem rerum, nec † poterit dici quod sit deceptio ultra medietatem iusti pretii, quia huic remedio præsupponi debet quod fuerit renuntiatum cum iuramento expresse secundum formas traditas per docto. in l. 2. C. de rescind. uendition. alioquin posset uenditor eam retractare, & in effectu reuocare dictam emptionem sicut & testamentum, & iste modus reduceretur elusorius, uel secundo nos possumus saluare opinionem

Bar. quod uenditio facta mere inter uiuos reuocatur ultra medietatem iusti prætii, per dictam l. 2. sed quādo fit uenditio ad finem testandi, tunc illa non potest reuocari etiam quod interuenerit modicissimū prætium, per tex. in. §. tertium. insti. de testam. ubi modus faciendi testamentum erat quod interueniret libri pens qui estimaret hæreditatem pro uno numo, & hæres diceret hæc bona sint mihi empta pro hoc nummo secundum formam traditam per modernos in dicto. §. tertium genus. & tunc cessant omnia obiecta, quia præstat utilitatem ipsi emptori, nec tractatur de rescindenda uenditione in ultimis uoluntatibus, cum præsupponant dicta iura ualuisse dictam uēditionem & hæredem iure emptionis omnia consecuturum, qui modus seruatus fuit Romæ ultra sexcentum annos ut ego late dixi in rub. ff. de leg. primo tamen etiam in hac saluatione est unus scrupulus, quia & testator poterat hanc uenditionem adlibitū reuocare, & facere secundam uenditionem loco secūdi testamenti ut secundum reuocaret primum, cum in dictis locis præsupponant docto. testamentum illud reuocari potuisse sicut cætera testamenta cum diuersis formis facta, unde in effectu iste modus redditur elusorius, cum, uel propter remedium l. 2. C. de rescind. uend. uel propter naturam testamēti talis uēditio reuocari potest, & si fiat iusto prætio paruam utilitatem consequitur emptor.

159 Vnde † posset iste modus saluari per alium actum inter uiuos, ut quia testator omnia bona sua stabilia daret in feudum cum paruo seruitio personali, nam tunc remanerent sibi bona mobilia de quibus posset testari, cum & de actionibus possit constitui feudū, ut no. in c. 1. §. beneficium. in quib. caus. feud. ammitta. & per Ias. & alios in usibus feudo. & idem posset esse si daret omnes res suas immobiles & actiones in emphyteusim, quia remanerent res mobiles ut dixi, & potestas acquirendi alias res mobiles atq; etiā dominium directum de quo ipse testari posset, & ius exigēdi uel censum uel seruitium feudale, uel pensionē, & idem posset dici si daret omnia bona sua immobilia ad censum cum actionibus perpetuis, quæ similiter tā quam immobilia reputantur, ut no. in l. 1. C. si. aduer. transactio. cum aliis cumul. in illa quæstione posita per Ias. quando quis donauit omnia bona sua mobilia & stabilia, & remanebit potestas testandi in rebus mobilibus, & in iure exigendi censum, & isti tres modi sunt multum probabiles & multum meliores quam sit uenditio omnium bonorum ut dixi, licet docto. simpliciter pertranseant cum Bar.

160 Subdebat † quoque idem Bart. ꝙ iste modus suus de uenditione non ualebat quando quis uendidisset bona sub nomine hæreditatis uel sub nomine iuris succedendi, quia tunc uenditio non ualeret secundum eum, quia hæreditas confertur post tempus mortis, & ius succedendi, unde tunc pretium ueniret sub nomine futurorum, & quia hoc nomen est reprobatum in contractu inter uiuos, per d. l. cū donationis. C. de transactio. & l. hæreditas. C. de pact. conuē. sed tamen saluari posset eo modo quo Doctores. conati fuerunt saluare in primo & secundo casu Barto. ut ego ibi dixi, quoniam uerbum, hæreditatis, secundum eos impropriatur ut significet in effectu omnia bona præsentia & futura, tamen ego saluaui opinionem Bar. ibi, sed in proposito contra Bart. hic de uenditione hæreditatis uidetur text. in dicto. §. tertium. instit. de testam. ubi ualebat uenditio omnium bonorum sub nomine hæreditatis, & pro uno nummo, sed tamen responderi potest quod erat spetiale ibi, quia illa uenditio assumebat naturam testamenti ut possit quandocunque reuocare ideo tenendo quod ualeret, modus erat ualde debilis, quoniam nulla certitudo acquirebatur emptori stante natura dictæ uenditionis quod posset ad similitudinem testamenti reuocari, & ideo reducitur iste modus ad alium supra positum de donatione causa mortis, & ideo apparet quod omnibus simul congestis iste septimus modus Barto. de uenditione bonorum uel est nullus ipso iure, uel paruæ utilitatis propter potestatem reuocandi, & potest facilius tollerari in omnibus rebus datis in feudum, in emphyteusim, uel in censum.

161 Quare † habes in effectu omnibus dictis Bart. hic congestis & discussis, quod duo sunt tantummodo modi faciendi quod bona uiuentis cum certitudinē sint peruentura ad aliquem qui sunt uitati & utiles, ut uel fiat donatio bonorum præsentium tantum, uel si fiat donatio etiam futurorum, talia uerba sint prolata, ꝙ omnia penitus bona non contineatur sed remaneant aliqua bona non comprehensa in uerbis de quib. possit testari. Secūdus modus est, ut quis donet omnia bona sua præsentia & futura omnes res penitus complectendo, sed cum clausula, ꝙ reseruat sibi certam quantitatem congruam de qua possit testari, & per quam uerisimiliter ipse donator sit habiturus hæredem, Alius uero modus uenditionis omniū bonorū ut dixi inutilis est uel paruæ utilitatis seu debilissimus, & ideo non frequentatur, & solum isti duo modi sunt ueri, & approbati ut supra & in practica seruantur.

162 Vltimo † Bar. cognoscens multa inuolute dixisse posuit postea distinctionem generalem complectentem ex intentione eius totam materiam. l. nostræ, & l. si. C. de pact. ideo considerat quatuor casus, unus est quando facit pactum per quod conseruat sibi facultatem succedendi a lege sibi concessam & in eo constituit regulam generalissimam, quod tale pactum ualet per casum & exemplum in. §. penul. insti. de legitima agnato. successio, & in eo pertranseunt omnes, & potest dici quod participat de materia legis nostræ, quia pactum fit ab eo cui succeditur, idest ab ipso filio sed tamen quia participaliter consideratur paciscens in conseruatione successionis potest dici quod magis pertinet ad legem finalem. C. de pact. quia in effectu est pactum de succedendo filio sed tamen ideo ualet quia continet illud quod natura actus ex legis dispositione inducit. iuxt. legem si quis seruum. ff. de actio. emp. & continet consensum illius de cuius hæreditate agitur, unde auffertur uotum captandæ mortis, dicta lege final. C. de pact. & erit spetiale ut non possit reuocari consensus, quia continet illud quod a lege conceditur. argument. nota. in lege legitimam.

gitimam .ff. de pact.

163 Ex quo † infertur, quod stante statuto, ut fœminæ exstantibus masculis non succedant, pactum initum inter patrem & filiam quod filia ab intestato patri succedat, non obstante huiusmodi statuto, ualidum est, ut dixit Bar. in dicta l. fina. colum. secunda. C. de pact. & tenet Ang. hic. sed communiter * Doct. damnant hanc opinionem, Bal. Fulgo. & Paul. de Castr. in d. l. fin. Imol. Alex. hic. Imo. & Domi. in capitulo. quamuis de pact. in sext. mouentur, quia tale statutum emanauit fauore filiorum, & ius est eis acquisitum, ut no. idem Bar. in l. secunda. §. uidendum. ff. ad tertullia. & statutum auferens a filia uoluit concedere ipsis masculis. l. si defunctus. C. de suis & legitimis in uersi. quorum commodo legem sancimus. l. post legatum. §. ammittere. ff. de iis quibus ut indig. ideo tale ius quæsitum ab eis inuitis aufferri non potest. lege fin. ff. de pact. l. post mortem. §. fin. ff. de bono. pos. cont. tabul. pro qua opinione adducunt, ꝙ per tale pactum posset dari hæreditas, contra l. hæreditas. C. de pact. conuent. & l. cum donationis. C. de transactionibus. Tertio adducunt text. in l. pactum. C. de pact. ubi non ualet pactum inter patrem & filiam ꝙ ipsa æqualiter cum fratre succedat ergo eodem modo non ualebit quando statutum filiam a successione patris excludit. Crotus tamen hic dicit opinionem Bart. posse sustineri per rationem, quia ualet pactum factũ a filia de non succedendo si extant fratres, quæ renuntiatio præsumitur esse facta fauore fratrum, & tamen potest pater filiam instituere in testaméto in præiudicium fratrum. l. si patronus. secunda. ff. de iur. patro. & l. si libertus non aluerit. ff. de bon. liberto. quinimo potest pater pacisci quod filia succedat ab intestato non obstante primo pacto. argu. text. in c. 2. ex. de spons. idem ergo dicendum est in proposito, & tanto magis quia per tale pactum res reuertitur ad ius commune. l. maximum uitium. C. de lib. præter. quo casu lex multum fauet huiusmodi pact. c. 1. & 3. de pact. lib. 6. Abb. in c. ueniens. colum. sept. ex. de præscriptio. facit gloss. in capitulo. statutum. in uerbo numerandum, de præbend. in 6. & capit. 2. eo. titu. lib. 6. & ad allegata in contrarium respondet quod licet emanauerit statutum fauore filiorum, tamen intelligitur dummodo non resistat uoluntas patris quæ in dubio præsumitur adesse, sed quando expresse apparet de contraria uolũtate patris, tunc cessabit dispositio dicti statuti, quod demõstratur, quia potest pater filiam uniuersalem instituere hæredem, & ualebit testamentum relicta legitima filiis, igitur cum possit præiudicare filiis instituendo filiam poterit etiam paciscendo præiudicare, quia quod uno modo permissum est, & alio modo æquipollenti conceditur, sicut econtra. leg. scire §. primo. ff. de tutor. & curator. dat. ab iis. Non obstat secundum, quod hæreditas pacto dari non potest, quia illud procedit in uero pacto, hic autem successio fit ex. conseruatione, & de iure communi succedit, sublato effectu statuti per pactum, & ad leg. pactum. respondetur, quia ibi aufferetur libera testandi facultas, ut dicit textus. in fine.

164 Sed tamen † huic opinioni Croti obstare uidetur. quoniam in effectu per pactum uult tolere statutũ, & facere ꝙ succedatur ab intestato contra dispositionem statuti, & licet possit filiam instituere hæredem tamen non contradicit tunc statuto, quod tantũ modo excludit ab intestato, & in hoc casu concedit contra legem successionem ab intestato, nec potest dici quod sit conseruatio iuris succedendi prout est in dicto. §. fin. quia statutum iam sustulerat illud ius succedendi ante pactum, & non potest pater illud cõcedere contra legem, sicut nullus potest facere ut distantior succedat excluso proximiore per modum succedendi ab intestato. l. cum duobus. §. idem respondet. ff. pro socio. ita nec etiam pater hoc casu poterit facere, & in dicto. §. fi. successio per legem adhuc non erat sublata. unde potuit per pactum conseruari, & propterea apparet quod Crotus æquiuocauit, quia aliud est conseruare successionem non sublatam a lege, aliud est successionem a lege sublatam uelle contra eam concedere, quia hoc non potest facere ne priuatus tollat statutum. l. ius publicum. ff. de pact. & hæc etiam est melior ratio quam aliæ allegatæ per doct. & facit tex. in l. patre furioso. ff. de iis qui sunt sui uel alien. iur. Remanet igitur patri solum remedium ut filiam instituat hæredem, quod non fuit lege prohibitum.

165 Item dubitatur † an ualeat pactum factum cum patre quod ipse non possit filium exhæredare ob ingratitudinem committendam, & Bar. in dicta l. fi. dixit quod non ualet, quia inuitat filium ad delinquendum, arg. l. conuenire. ff. de pact. dota. & l. si unus. §. illud. ff. de pact. & eod. modo dicebat pactum nõ ualere quod propter ingratitudinem donatio non possit reuocari, secundum Bal. & Paul. in dicta lege fin. C. de pact. & Saly. in lege pactum. C. eodem. & Bal. in lege fin. C. de bonis lib. Specul. in titulo. de dona. §. primo. in uersi. quid si est actum. & Alexand. hic, & uidentur pene omnes sequi. Crotus tamen dicit posse tentari contrarium, quia falsum est assumptum quod per pactum inuitans ad delinquendum ob ingratitudinem non possit ualere, quoniam si pactum non ualeret neque donatio ob ingratitudinem reuocari posset, per legem, sed nos uidemus quod per legem fieri potest ut non reuocetur. l. iis solis. C. de reuocand. Donatio. ubi mater quæ trãsiuit ad secunda uota non potest reuocare donationem factam filiis ob eorum ingratitudinem, & quia lex semper est in uiridi obseruantia. lege Arriani. C. de hæreti. & tamen uidemus quod dispositio quæ inuitat ad delinquendum est contra bonos mores, dicta l. conuenire. ff. de pact. dotalib. & si ratio procederet neque lex ualeret, capitulo erit lex. 4. distinctio Bar. in l. omnes populi. tertia. quæstio. principali. ff. de iusti. & iur. ergo etiam pactum poterit tollerari.

166 Hinc est † quod statutum imponens pœnam pecuniariam non ualet committenti homicidium, quia inuitatur ad delinquendum, secundum Hostiens. & Antonium in capitulo. secundo. extr. de delict. puero. Hostiensem & Abb. in capitulo fin. in tertia. colum. ex. de consuetud. Areti. consilio. 58.

incipiente diligēter consideratis. tamen in prædicto casu non attenditur, quia militat diuersa ratio, & dicta l. conuenire, procedit quando quis inuitaretur ad delinquendum taliter quod omnino delictum remaneret impunitum, sed quando fit pactum ut donatio non possit reuocari ob ingratitudinem ex tali pacto non remanebit delictum impunitum, quoniã per legem postea poterit puniri iuris remediis opportunis, uel per actionem iniuriarum. l. 1. ff. de iis qui no. infam. c. cum te. ex. de sententia & re iud. uel per l. aquiliam, & postea relinquit cogitandum.

167 Tu uero † dicas quod opinio communis non est tenenda neque seruatur in practica quando factum est pactum quod donatio non possit reuocari propter ingratitudinem, maxime si est appositum iuramentum, per rationem prædictam, quia alio modo delictum potest puniri, ut est tex. in c. quemadmodũ, cum materia ex. de iur. iurand. max. in. §. primo. & ibi Abb. & omnes no. & hoc confirmatur, quia lex dedit donanti potestatem reuocandi concedendo actionem, cui actioni ipse potest cum iuramento renuntiare, per l. si quis in conscribendo. C. de pact. & hoc procedit etiam in pacto de quo quæritur. quando pater promisit non exhæredare filium, nam si iurauerit, super pacto omnimodo seruandũ erit, quia filius poterit puniri per legem suis remediis opportunis. d. c. quemadmodum, & in effectu dicitur renuntiare huic potestati concessa a lege exhæredandi, quod potest fieri per pactũ. propterea sequitur quod tale pactum filii conseruans successionem suam etiam interueniente ingratitudine ualebit, maxime interueniente iuramēto d. c. quemadmodũ. de iur. iurando.

168 Secundus † est casus Bar. quãdo quis facit pactum de non succedendo, & in eo ipse decidit quod de iure ciuili non ualet, per l. pactum quod dotale. C. de collatio. fallit quando filius dedit tantum quantum sufficit ad legitimam, Secundo fallit quando cum pacto est mixtum delictum. l. 1. §. si parens. ff. si quis à parent. fuer. manumis. sed de iure canonico pactum tale indistinctè ualet per dictum c. quamuis. de pact. in 6. quem totum casum nos examinauimus supra super 2. q. Barto. formando regulam cum multis limitationibus secundum dictum c. quamuis. & de iure ciuili quare non ualeat etiam diximus, & declarat Couaru. in dicta capitulo. quamuis. in initio tertiæ partis.

169 Sed dũ † ipse dedit intellectum ad dictum. §. si parens, quod ibi pecuniæ pactum habebat admixtum delictum, recipit magna difficultatē, quia imo in præmium emancipationis ualet omnis concessio, ut per Paulũ de Castro in l. si uiua matre. & Bal. C. de de bonis maternis. & propter hoc quod præsumitur facta donatio in præmium emancipationis tanquam remuneratoria non indiget insinuatione. l. Aquilius regulus. ff. de donatio. & ideo Decius ibi & Crotus hic reprehendunt dictum intellectum Bartol. sed ego supra saluaui ut procederet de iure antiquo, quando erat debile ius patris, hodie uero de nouo nõ procederet, cum habeat pinguius ius. & cum ratione ibi dicitur quod repellitur pater propter bonorum possessionem. Alios quoque intellectus ad illum tex. refert Crotus hic, & ipse ultimo dixit, q̄ ibi pater accepit pecuniam ut filium emanciparet, & quod tunc repellitur a bonorum possessione, nõ quia delinquat, neque lex abhoreat, sed quia cessat ratio concedendi patri bonorum possessionem contra tabulas, quæ ratio ponitur in dicta l. 1. in princip. & quoniam filius per emancipationem acquirit maximũ lucrum, quoniam consequitur potestatem quærendorum bonorum, uidetur pater uendere hoc lucrũ, & habere per pecuniam præsentem sufficientem estimationem. un de cessat ratio concedendi bonorum possessionem, qui intellectus reincidit in illum quem supra posui, ut solum possit porcedere de iure antiquo quando competebat illud debile ius bonorum possessionis, hodie uero non procederet, quoniam competit ius succedendi patri ab intestato & ex testamento, cũ aliis remediis communibus, si tamen pater post emãcipationem accepit pecuniam ne inquietet iudiciũ filii tunc repelleretur ope exceptionis si uellet impugnare testamentum, arg. l. filio præterito. ff. de iniust. rup. & irri. testamento. & si faceret expressum pactum de non succedendo filio cum iuramento. tunc hodie quoque repelleretur à successione, & pactũ seruaretur per rationē positam in dicto c. quamuis. de pact. in 6. taliter quod non procederet proprie de iure ciuili, sed de iure canonico hodie ille casus continetur sub dicto c. quamuis. de pact. in 6.

170 Tertius casus est † quando aliquis facit pactum de succedendo, & in eo Bar. ponit regulam negatiuam quod tale pactum non ualeat, per l. cum donationis. C. de transactio. & dicta l. hæreditas. C. de pact. conuentis, & procedit etiam quod præmio inuitaretur, ut dicitur in dicta l. cum donationis. ubi filii renuntiauerunt iuri administrationis tutelæ, & ego supra plenius declaraui.

171 Quartus casus est † quando quis facit pactum de modo succedendi, & in eo Bartol. in effectu ponit regulam cum quinque fallentiis, & regula est negatiua, quod pactum non ualet, per dictam lege. fin. quia inducit uotum captandæ mortis. fallit quando interuenit consensus illius de cuius hæreditate agitur & perseuerauit, d. l. fi. Secundo fallit quando pactum continet liberationem, d. l. & suum hæredem. §. penul. ff. de pact. Tertio Fallit quãdo pactum illud uenit in cõsequentiam alterius ualidi pacti. l. 2. §. illud. ff. de hæredita. uel actio. uendi. Quarto fallit quãdo promittitur successio quam quis tenetur præstare uirtute alicuius contractus uel alicuius legis. per l. si quis seruum. ff. de actio. emp. Quinto fallit quando pactum fit de hæreditate incerta. l. 3. §. de illo. ff. pro socio. & sequuntur communiter * Docto. hic & ibi, quia in omnibus dictis casibus diminuitur uotum captandæ mortis, & sustinetur pactum. Sexto fallit in feudis, per c. 1. §. moribus. si de feudo fuer. contr. inter dom. & uass. & per illam fallentiam idem dicitur de officiis personalibus curiæ Romanæ, & curiæ Regalis, & rationem supra assignauimus. Septimo generaliter fallit ubicunq; ex aliqua causa uel ex subiecta materia diminuitur dictum uotum captãdæ mortis, nam tunc tolleratur pactum a cessante ratione, arg. c. cum cessante, de appellationibus.

Et

172 Et per ista † arbitratur Bartol. totam materiam istius l. in hac sua distinctione posuisse, & non aduertit quod ipse oblitus fuit de materia legis nostræ quam habebat ante oculos, de qua nullam fecit mentionem in hac sua distinctione, & docto. omnes non animaduerterunt, & ratio fuit, quia crediderunt materiam istius legis eandem fuisse cum materia dictæ l. fi. & per talem inaduertentiam inciderunt in multos errores, ut supra in multis casibus demonstratum fuit. nam materia legis nostræ est quãdo ille cui succedendum est facit pactum de successione sua, uel promittendo instituere, uel promittendo non facere testamentum, quando ille est successurus ab intestato, uel promittendo non reuocare testamentum factum, uel promittendo pœnam, seu faciendo actũ inter uiuos de tota uel de parte hæreditatis sub una ex illis tribus conditionibus, nam tunc talis dispositio non ualet, non quia inducat uotum captandæ mortis, sed quia auffert sibi liberam testandi facultatem, quod est reprobatũ & contra bonos mores naturales ut ego declaraui in præmissis & in materia. & tale pactum in nullo de prædictis casibus firmari potest iuramento per capitulum non est obligatoriũ. de reg. iur. in 6. & in summa regula est, quod tale pactum nullo modo ualet quando directo uel per indirectum auffertur libera testandi facultas, siue super dispositione totius hæreditatis, siue de parte, siue de una re tãtũ, per istam. l. Fallit tantummodo quando ex subiecta materia posset reperiri casus in quo cessaret ista ratio ut aufferret sibi liberã testandi facultatem, quod esset quando permitteret instituere uel relinquere illud quod de iure teneretur facere, ut instituere filium in legitima, uel instituere eccleliã pro male ablatis & aliquod aliud simile supra positum.

173 Habes igitur hic † quatuor materias plene discussas, una est pertinẽs ad l. nostram, quando fit pactum ab eo cui succedendum est secundum declarationem positam in præcedenti conclusione. Secũda est, quando fit pactum de succedendo, uel de modo succedendi, quæ pertinet ad l. fi. C. de pact. Tertia est, quando fit pactum de non succedendo, quæ plene examinata fuit, & proprie spectat ad dictam. l. pactum quod dotale. C. de collatio. & dictum capitulum quamuis. de pact. in 6. Quarta est, quando fiunt donationes uel actus inter uiuos ut cum certitudine possint haberi bona uiuentis, & istam materiam satis plene examinauit Bar. & nos plenius examinauimus discutiendo septem casus principales cũ suis rationibus & fall. & remanent tantummodo duo modi boni ut nos ibidem declarauimus, & recollegimus, & hæc sufficiãt.

Ioannes Bolognetus Salerni legens, & repetita Messanæ die ultima Augusti extraordinarie legendo in 10. lectionibus de anno. 1570.

SVMMARIVM.

1 *Hæc est de famosioribus & difficilioribus legibus istius tituli.*

2 *In hac lege tractatur generaliter quid iuris sit quando actus uel contractus conferuntur in personam alterius.*

3 *Hæc materia est subtilis ualde & æquiuocationibus subiecta, quoniam continet terminos uarios inter se parum distantes, & multi effectus.*

4 *Latissima potestas disponendi de rebus suis hominibus concessa fuit tam per personam suam, quam per personam alterius.*

5 *Potestas disponendi in rebus suis per personam suam plenißime concessam esse in iure notum est exceptis certis casibus etiam ad destructionem.*

6 *Plena quoque potestas conferrendi actus uel contractus suos in personam alterius de rebus suis concessa fuit, quæ pertinent ad hanc legem.*

7 *Cum octo qualitatibus diuersis & gradibus seu modis possunt conferri actus uel contractus in personam alterius hic relatis.*

8 *Voluptas quid sit, & quomodo diffiniatur.*

9 *Voluntas quid sit, & in quo differat a uoluptate declaratur.*

10 *Voluntas sonat in bonum ideo in diffinitione iustitiæ ponitur, et uoluptas in malum, ideo euitanda.*

11 *Si conceditur alteri potestas disponendi secundum eius uoluptatem, non potest ei dici cur ita facis.*

12 *Si conceditur potestas declarandi pretium secundum uoluntatem, opportet constituere illud secundum limites rationis naturalis.*

13 *Arbitratus qui sit, & in quo differat a uoluptate & uoluntate.*

14 *Arbitrium quid sit, & in quo differat ab arbitratu, uoluntate, & uoluptate, & quam potestatem dicti gradus concedunt.*

15 *Placitum quid sit, & in quo differat a quatuor gradibus prænarratis.*

16 *Placitum potest esse unitum cum quatuor gradibus prænarratis.*

17 *Consilium quid sit, & quid debet facere qui tenetur negotium cum consilio expedire.*

18 *Consensus quid sit, & quid seruare teneatur qui actum facere cum consensu alterius debet.*

19 *Auctoritas quid sit, & quid seruare debeat qui actum cum auctoritate alterius facere debet.*

20 *Si conceditur potestas faciendi actum secundum uoluptatem habet latissimas habenas, per alios autem gradus concessa uarijs modis gradatim restringitur.*

12 *Omnes tamen prædicti gradus uariantur ex uerbis adiunctis, ut sinomini effici posint.*

22 *Potestas disponendi de rebus conceditur a lege, uel superiore, uel a priuato.*

23 *Quando conceditur a lege uel superiore potestas in bonis suis uel alterius non pertinet ad hanc legem, sed qualis sit per suos titulos separatos tractatur.*

24 *Quando conceditur a priuato ut gerat negotia nomine concedentis constituuntur procuratores & negotiorum gestores qui non pertinent ad hanc legem.*

25 *Quando conceditur potestas perficiendi actum inceptum a domino non constituitur procurator sed datur alia potestas, nec pertinet ad hanc legem.*

26 *In personas alterius potest conferri potestas faciendi totum actum, & unum substantiale actus, & unum accidentale, & res ipse, & ponuntur exempla.*

27 *Contractus uel actus conferruntur aliquando in tertium, aliquando in unum ex contrahentibus.*

28 *Propter quas uarietates materia efficitur diffusa ual-*

de & difficillima, tamen ad quinque principales quæstiones reducitur hic relatas.

29 In litera quoque istius legis uariæ reperiuntur difficultates, & una est quale fuerit thema in ea.

30 Thema ponitur per gloss. quod stipulatio hic fuit portio contractus locationis, in quo primum exemplum est quod post contractum perfectum statim facta fuit.

31 Secundum exemplum in primo themate gloss. ponitur, quod stipulatio fuit pars contractus locationis, & & in eo perficiendo incerta.

32 Hoc exemplum communiter receptum satis bonum est cumulatiue, sed priuatiue reddit legem inutilem & sine contingentia facti.

33 Tertium exemplum traditur, quod stipulatio non sit portio contractus locationis, sed ex noua causa superuenienti & principaliter facta fuit.

34 Secundum ponitur thema, quod hic stipulatio fuit facta de destruendo opus ex causa nuntiationis noui operis, quod etiam est bonum cumulatiue.

35 Tertium thema ponebat Ias. quod stipulatio fuit apposita inter hæredem & fideicommissarium super restitutione fideicommissi, quod etiam est bonum cumulatiue.

36 Omnia themata possunt adaptari in quibus conuenit stipulatio de restituendo, quia lex generaliter loquitur.

37 Vna est fienda propositio, quod hic totus actus uel contractus remissus fuit in arbitrium tertij.

38 Secunda est fienda propositio, quod hic non interest an stipulatio sit portio contractus perfecti, uel in contractu perficiendo, uel sit de per se principaliter facta, & omnes similes.

39 Tertia est fienda propositio, quod iste Lutius Titius erat tertia persona, & quod iste contractus fuit remissus in arbitrium tertij.

40 Quarta est fienda propositio quod hæc remissio fuit facta in arbitratum tantum, item uerba, quasi moram non fecerit, exponuntur quod non inspicitur an moram commisserit, quia si commisisset absorbetur, uel exponuntur quod non augetur propter suam moram obligatio, tamen non negatur quin remaneat obligatus.

41 Quinta est fienda propositio, quod ista uerba arbitratu Lutij Titij, intelliguntur conditionaliter, si Lutius Titius arbitrabitur, non tamen per uerborum formam sed ex interpretatione legis, ut super glo. late dicetur.

42 Sexta est fienda propositio, quod in istis tribus casibus tantummodo contractus annullatur, quia si interuenisset sola mora promissoris confirmaretur.

43 Septima est fienda proposito, quod hic remissio fuit facta cum præfinitione temporis a lege uel ab homine, & quod mora stipulatoris durauit usque ad finem temporis.

44 Verbum incertum, est corruptum & debet scribi, incertum, idest expressum.

45 Diuiditur & summatur uariis modis.

46 Casus figuratur in prima parte de mora stipulatoris.

47 Casus figuratur in secunda parte de mora arbitratoris.

48 Casus figuratur in tertia parte quando arbitrator per casum non potuit arbitrari.

49 Casus figuratur in quarta parte immaginata quando solus promissor fuit in mora.

50 Generalis ponitur decisio hic, quod omnis actus uel contractus potest remitti in arbitrium tertij, uel ab initio ualeat & obliget conditionaliter remittentes.

51 Remissio contractus an possit fieri in uoluntatem seu uoluptatem, ut actus ab initio ualeat, late discutitur referrendo argumenta Soci.

52 Omnis actus uel contractus potest remitti in liberam uoluntatem & uoluptatem tertij, ut ab initio ualeat, excepta institutione hæredis.

53 Contractus uel actus an possit remitti in uoluntatem partium seu unius ex contrahentibus late discutitur referrendo conclusiones Soccini.

54 Contractus non potest remitti in uoluntatem promissoris quando est suspitio ne efficiatur elusorius, alioquin ualet.

55 Contractus in uoluntatem promissoris remitti potest per uerbum, cum uoluero, uel quando est utilis ei, uel quando dixit uelle aliquid soluere, & contractus generaliter potest remitti in uoluntatem stipulatoris.

56 Contractus simplex quomodo possit remitti in uoluntatem tertij, declaratur.

57 Contractus correspectiui quomodo possint remitti in arbitrium tertij declaratur.

58 Noua & plena traditur distinctio explicans totum primum articulum istius materiæ, an actus uel contractus possint conferri in tertium ut ab initio ualeat.

59 Quando remittitur actus uel contractus, & ualet ab initio, partes obligantur, & stat in suspenso donec uel annulletur uel confirmetur per arbitramentum.

60 Mora stipulatoris an impediat moram rei late discutitur, & si perseuerat usque ad finem temporis omnino impedit moram rei.

61 Stipulatore existente in mora durante tempore compromissi an impediatur mora rei declaratur & nouiter examinatur.

62 Mora stipulatoris impedit morã rei in eodem subiecto, secus in diuerso actu.

63 Mora stipulatoris absorbet moram rei in eodem actu.

64 In hoc text. danda est restrictio quod in compromisso erat appositum tempus a lege uel homine, & quod perseuerauit mora usque ad finem temporis, item illa uerba, quasi moram fecerit, exponuntur, idest quod non augetur obligatio propter moram, & illa non inspicitur.

65 Actore non comparente in termino citatio circumducitur & reus non incidit in moram.

66 Actore non comparente in termino citationis & non accusante contumaciam rei instrumentum guarentigiatum non potest mitti executioni.

67 Stilus magnæ curiæ uicariæ in regno Neapolitano refertur, & declaratur causa illius modi exequendi.

68 Durante contumacia actoris si res pereat tunc periculo ipsius actoris perit, quia reus non est in mora nisi quando solus eam commiserit.

69 Reo committente moram fingitur adimplementum latum quod est incertum apud contrahentes, ideo recurritur ad iudicem qui declaret, non ut arbitretur.

70 Stipulator committens moram non incidit in pœnam nisi aliquid facere teneatur, sed satis punitur quod

contractus

contractus corruit, & perinde est ac si non esset factus.

71 In contractibus correspectiuis uno committente moram fingitur adimplementum, quia uterque est debitor est creditor, nisi alter adimpleuerit uel offerat legitime.

72 Pœna absorbet totius contractus obligationem, nisi sit apposita clausula, rato manente pacto.

73 Arbitratore non arbitrante propter suam moram reus non tenetur quasi moram fecerit si tempus est præfixum & arbitrator perseuerauit in mora usque ad finem.

74 Arbitrator potest committere moram in non acceptando, & si acceptauit potest committere moram in non se informando & procedendo.

75 In iste text. arbitrator potest committere moram in non acceptando uel non prosequendo, quæ tamen durauit usque ad finem temporis.

76 Arbitratore existente in mora an & quando finiatur potestas arbitrandi declaratur.

77 Si compromissum fiat in iudicem sub nomine dignitatis an transeat ad successorem, declaratur.

78 Arbitratore non arbitrante quia fuit occupatus uel periit reus non potest teneri quasi moram commiserit.

79 Arbitrandi potestas non transit ad hæredes, & respondetur contrarijs.

80 Si contractus remittitur in arbitrium tertij efficitur conditionalis.

81 Si quis compromiserit sententiam in alium, eo non arbitrante, remanet sententia ualida, nec extinguitur per renuntiationem.

82 Arbitratore non arbitrante an recedatur a persona quoniam contractus est conditionalis.

83 Si actus uel contractus non efficitur conditionalis tunc non finitur arbitratore non arbitrante, ideo receditur a persona.

84 In contractibus si committitur accidentale aliquod, uel lex dicat quod committitur arbitrio boni uiri, receditur a persona.

85 Si per moram promissoris recurritur ad arbitrium boni uiri non receditur proprie a persona sed recurritur ad finem declarandi arbitramentum legis.

86 Arbitratore non arbitrante an de iure canonico recedatur a persona & recurratur ad arbitrium boni uiri, declaratur.

87 Themata gl. cum exemplis docto. iterum examinantur, & an arbitratore non arbitrante annulletur contractus locationis uel sola stipulatio.

88 Intellectum communem absurdum & impossibilem esse, & solum pro uno usu cumulatiue in hoc tex. sustineri posse demonstratur.

89 Alia exempla addi possunt ad istum tex. ut decidatur generaliter, quod si omnes actus uel contractus simplices sint remissi in arbitrium, non secuto arbitramento, reus non incidit in moram.

90 Verba quasi moram commiserit non tenetur, quomodo intelligantur latissime examinatur.

91 Intellectus Romani refertur et reprehenditur ex multis.

92 Intellectus communis omnino tenetur, & ex multis comprobatur.

93 Verba quasi moram fecerit, realiter exponuntur, & modus declaratur.

94 Noua datur & plena distinctio quomodo reus arbitratore non arbitrante tenetur.

95 Arbitratore inique arbitrante an recedatur a persona late discutitur.

96 Conditio arbitrandi an dicatur adimpleta per arbitramentum iniquum.

97 Intellectus legis societatem. §. arbitrorum. discutitur an ibi conditionaliter uel modaliter sit factum arbitramentum.

98 Intellectus ad l. si libertus. ff. de oper. liberto. discutitur, an ibi corrigatur arbitramentum.

99 Reprehenditur opinio prædicta, quinimo nulla est differentia an modaliter uel conditionaliter remittatur contractus.

100 Modi uariarum legum hic referuntur in quibus remissio neque modaliter neque conditionaliter formatur.

101 Remissio quod sit conditionalis non consistit in forma uerborum sed in interpretatione facta a lege.

102 Intellectus ad l. in testamento. ff. de cond. & demonstr. examinatur, & demonstratur quod contrariatur & non concordat cum isto tex.

103 Intellectus ad l. si libertus, de oper. liberto. ex alio capite late discutitur.

104 Conclusio Barto. quod arbitratore inique arbitrante semper recedatur a persona, uera est secundum sua principia, sed ex aliis principiis probabilioribus efficitur falsa.

105 Quod remedium competat ad reductionem fiendam ad arbitrium boni uiri, discutitur, & an competat actio de dolo.

106 Vtrumque remedium posse competere, & officium iudicis & actio de dolo declaratur sed ex noua declaratione ostenditur quod actio de dolo regulariter potest competere.

107 Intellectus legis hæc uenditio. ff. de contrahen. empti o. latissime discutitur, & primo an ibi ponantur duo casus uel unus & qualis.

108 Omnes intellectus cumulatiue possunt esse ueri in illa lege, & omnes solutiones adaptari posse demonstratur.

109 Nouus casus consideratur decisus in dicta leg. hæc uenditio.

110 Remissio contractus an possit fieri in arbitrium debitoris dicitur.

111 In dicta l. hæc uenditio an sit remissum substantiale declaratur nouiter.

112 Debitore committente moram in arbitrando an recurratur ad arbitrium boni uiri, uel potius habeat effectum, statim discutitur.

113 Opinio communis tenetur quod opus sit semper præcedere declarationem iudicis antequam contractus exequatur.

114 Intellectus nouus datur ad dictam l. hæc uenditio, quod ibi receditur a persona quia dominus fuit electus tanquam bonus uir.

115 Noua traditur distinctio ad cognoscendum quando arbitratore non arbitrante contractus sit nullus, uel recedatur a persona.

116 Si per promissorem stetit quando remittitur contractus in arbitrium tertij quid agendum sit declaratur reprehendendo opinionem Cumani.

117 *Si remittitur aliquod variabile & incertum in arbitrium tertij an per moram rei fingatur arbitramentum, late discutitur.*

118 *Incertitudo pretij nō impedit quin fingatur arbitramentum, cum poterit declarari per bonum uirum.*

119 *Opiniones in hoc articulo duas esse, & quales declaratur.*

120 *Mora debitoris stipulatoris & arbitratoris quid operatur dicitur.*

121 *In ultimis uoluntatibus an arbitratore non arbitrante recedatur a persona, declaratur & refertur theorica Bar.*

122 *Lex finalis. §. sed & si quis. C. communia de leg. an contrarietur huic tex. in terminis suis, declaratur.*

123 *Verbum arbitrio tuo uel arbitratu tuo, an stet conditionaliter.*

124 *Relatiuum, quis uel qui, facit conditionem, et quomodo, datur solutio.*

125 *Intellectus communis ad l. multa. ff. de conditio. & demonstr. confirmatur.*

126 *Intellectus ad l. primam. ff. de leg. 2. ponitur referrendo opinionem Socci.*

127 *Opinio Socci. est, quod differentia an sit legatum purum uel conditionale & recedatur a persona, sumitur ab illo principio, an remittatur in liberam uoluntatem uel arbitrium regulatum, per quam reprehendit distinctionem Bar.*

128 *Reprehensio data ad Bar. per Socci. bona est, sed tamen sua theorica nec etiam est uera.*

129 *Theorica Bar. ex nouis reprehenditur.*

130 *Noua datur theorica ultra omnes quando recedatur a persona, distinguendo an in personam naturaliter consideratam uel legaliter consideratam tanquam bonum uirum.*

131 *Remissio in dubio intelligitur facta in certam personam fallit quando fauor causæ, uel ne pereat actus, inducunt arbitrium in bonum uirum, & demonstratur per exempla.*

132 *Quæ theorica etiam procedit in ultimis uoluntatibus.*

133 *Quæ distinctio generaliter procedit reiectis aliis differentijs Bar. & Socci.*

134 *Tria correlaria Socci. remanere resoluta demonstratur.*

135 *Intellectus Bar. ad l. primam. ff. de leg. 2. non est uerus, neque alius Socci. & tertius traditur.*

136 *Distinctio Bar. refertur & conclusio sua quod uerba arbitrio seu arbitratu, non intelligantur conditionaliter reprehenditur.*

137 *Si dictum sit si arbitrabitur, an in ultimis uoluntatibus differant ab aliis uerbis, declaratur, & an recedatur a persona.*

138 *Si legatum remittitur in arbitrium debitoris an efficiatur conditionale, & an recedatur a persona declaratur.*

139 *Opinio Bar. defenditur ab obiectionibus Socc. & confirmatur ex multis.*

140 *Postea reprehenditur, & noua theorica traditur quando recedatur a persona.*

141 *In pœnis an recedatur a persona.*

142 *In contractibus quando recedatur a persona refertur distinctio Bar.*

143 *Quando secutum est arbitramentum an recedatur a persona late discutitur, & ponitur opinio noua ex claris iuribus.*

144 *Bart. fundauit totum huic articulum in fragili fundamento.*

145 *Si contractus remittitur in arbitrium unius ex contrahentibus an recedatur a persona plenius declaratur.*

146 *Si remittitur contractus quando recedatur a persona declaratur distinguendo uarios casus.*

147 *Si remittitur unum accidentale super contractu perficiendo totus contractus efficitur conditionalis, & non receditur a persona.*

148 *Si remittitur accidentale super contractu perfecto utrum recedatur a persona declaratur.*

149 *Theorica Soc. refertur, nouum intellectum ad l. primam ff. de leg. 2. tradens.*

150 *Conclusiones Bar. quomodo ex dicta theorica alterantur declaratur & defenditur.*

151 *Si contractus remittatur in arbitrium unius ex contrahentibus an recedatur a persona supplentur dicta Docto. & declarantur.*

152 *Si contractus remittitur in aliquem tanquam bonum uirum non efficitur conditionalis.*

153 *Si contractus remittitur in arbitrium creditoris an recedatur a persona & ualeat.*

154 *Si arbitrator non potuit arbitrari an contractus annulletur declaratur.*

155 *Si remittitur in arbitrium stipulatoris, eo non arbitrante an recedatur a persona, & refertur intellectus Cum. ad l. si libertus. ff. de oper. lib.*

156 *Si debitor non est in mora adimplendi conditio non habetur pro impleta.*

157 *Si arbitrator est assumptus super contractu perficiendo an eo non arbitrante recedatur a persona.*

158 *Si remittitur unum accidentale super contractu perfecto an recedatur a persona.*

159 *In hoc articulo an recedatur a persona docto. assumpserunt distinctiones suas a uariis principiis quæ eum confusum reddiderunt.*

160 *Nouum traditur principium ad cognoscendum quādo arbitratore non arbitrante possit uel non possit recedi a persona.*

161 *Regula constituitur, quod in dubio persona assumpta præsumitur naturaliter considerata.*

162 *Tres sunt causæ principales faciendi quod arbitrator præsumatur legaliter tanquam bonus uir assumptus, & respondetur obiectis.*

163 *Si uendatur domus, & addatur, si apparebit emphyteutica diminuatur prætiū arbitrio Titij: an recedatur a persona, & referuntur uariæ opiniones.*

164 *Reprehenditur communis opinio declarando intellectum istius tex. ut generaliter procedat siue apponatur super contractu perficiendo uel super contractu perfecto.*

165 *Socci. opinio quod in hoc text. contractus erat certus refertur et reprehenditur cum dictis aliorum.*

166 *Opinio Bartol. quod non annullatur stipulatio super contractu perfecto, & in proposita quæstione reprehenditur.*

167 *Concluditur stipulationem de accessorio super cōtractu perfecto annullari arbitratore non arbitrante, & remanere*

obligationes conditionales transeunt in fiscum.

267 *Disputatio docto. an obligationes conditionales transeant in fiscum, non facit in proposito.*

268 *Per publicationem bonorum compromittentium extinguitur cōpromissum sicut per mortem eorum.*

269 *Per excommunicationem compromittētium an extinguatur compromissum discutitur, & concluditur quod sic propter tacitam conuentionem subintellectam, non propter incapacitatem.*

270 *Si datur adiunctus arbitratori, an per impedimentum ipsius adiuncti extinguatur arbitrandi potestas, late discutitur, & refertur theorica Bar.*

271 *Conclusio Barto. communiter est reprobata quod imo per mortem & impedimentum debentis præstare consilium extinguitur arbitrandi potestas.*

272 *Si datur adiunctus qui debeat præstare cōsensum per eius mortem uel impedimentum finitur arbitrandi potestas.*

273 *Si datur adiunctus arbitratori ut arbitretur cum alterius authoritate, per mortem ipsius uel impedimentum finitur tota arbitrandi potestas.*

274 *Quocunque ax octo modis supra traditis confertur actus uel contractus in alium, per eius mortem finitur arbitrandi potestas.*

275 *Siue remittatur totus contractus, siue substātiale, siue accidētale, siue res ipsa, semper finitur morte uel impedimento arbitratoris potestas arbitrandi.*

276 *Quando in personam generaliter consideratam confertur arbitrandi potestas, nunquid per eius mortem uel impedimentum uel compromittentium finitur arbitrandi potestas.*

277 *Si aliquis tanquam consultor adhibetur an requiratur eius consilium si impeditur, refertur theorica Bar. in §. si plures.*

278 *Theorica Bar. posita in d. §. si plures. contradicit materiæ nostræ, ideo est reijcienda. & tenendæ sunt cōclusiones sup. firmatæ.*

Lex si quis arbitratu. ff. de uerbo. oblig.



1 HAc† est de difficilioribus & famosioribus legibus istius tituli ut exordiuntur hic plærique, & in ea tractatur quid iuris sit quando contractus cōfertur in arbitriū alterius, & quāuis loquatur in casu spetiali quando cōfertur totus cōtractus seu actus in arbitriū tertii secūdū uerā opinionē, tñ qa recipit uarios intellectus, & secūdū aliquos hic cōuētio fuit facta de uno accidēti sup cōtractu pfecto, & secūdū alios de uno accidēti super cōtractu perficiendo. Ideo 2 generaliter† doc. tractāt generalē materiā, qd iuris sit qñ cōtractus totus uel aliquod substātiale, uel aliquod accidētale, uel res ipsa cōfertur in arbitriū tertii uel unius est cōtrahētibus. Quæ ma- 3 teria uaria† est & subtilis & æquocationib. plena, ut patet ex positis p glo. in l. in uēdēris. C. de cōt. emp. & in l. in personā. §. generaliter. ff. de reg. iur. quæ magistrales reputātur. ppa ad tollēdā æquocationē, cū termini dictæ materiæ sint in uerbis parū inter se distātes, & sæpissime ex nomine incidat in æquiuocationes, & aliqn sinomine capiātur, materia redditur difficillima & confusa, ut quædam reperiantur quæ uix intelligi possint.

4 Ideo ad faciliorē† legis & totius materiæ intelligētiā aliqua ultra doct. pmittēda esse necessariū duxi. Et primo pro preuia inspectione sciēdū est, ꝙ pōtas disponēdi de reb. hominib. cōcessa fuit multū late, ut nō tm̄ ipsi disponere possint de suis reb. sed ēt possint dispositionē suā remittere in ar- 5 bitriū alterius. In psona aūt ppria regula cōstituit, ꝙ pōtas disponēdi de bonis suis est permissa in libera & plena uolūtate, ut qa in re sua qlibet est Moderator & arbiter. l. in re mandata. C. man. & pōt ēt piicere in mare. l. Meuius. ff. de cō. & dem. & habere p derelicto, & in uulgus proiicere. l. j. & per totū. ff. p derelicto. &. §. fi. cū materia. inst. de rer. diui. Fallit tñ qñ pp aliquā causā a le. phibētur, ut inst. quib. aliena. licet uel nō. Itē fallit ppter publicā utilitatē. §. pe. insti. de iis q sunt sui uel alieni iuris, & in aliis similib. causis expressis a iure, de quo ad præsens nō tractat in hac le.

6 Secundo† ēt data fuit potestas remittēdi dispositionē de rebus in uolūtatē & arbitriū alterius, & 7 hæc est ppria materia l. nostræ. Quæ† cōcessio solet fieri cū una ex octo qualitatib. istis. uidelicet secundū uoluptate, secūdū uoluntatē, secūdū arbitratū, & secundū arbitriū, secūdū placitū, cum cōsilio, cū cōsensu, & cū authoritate, quę diuersæ qualitates secūdum diuersas pōtates cōcedūt, ac diuersos effectus, tā in ualiditate cōcessionis quā in exequtione pducūt, ideo plena cognitio eorū & dictorū terminorū significatio inuestigāda est.

8 Voluptas est† cupiditas a solo sensu causata & a nullo limite rōnis restricta. & appellat cupiditas in solo sensu cōsistens, qa prouenit a sensu tm̄mō ex cōpositione in animalib. facta a natura cū illo stimulo ut se cōseruēt & ppetuēt. iux. diffinitionē iuris naturalis positā sup. in l. j. & hęc secūdū philosophos appellat appetitus q est oībus animātibus cōis appetētib. ex instinctu naturæ illud ꝙ sibi apparet bonū & delectabile ad sui ppetuationē, & cōseruationē, & deriuatur ab anima uegetatiua & sensitiua, ut diximus in rub. sup. eodem.

9 Voluntas aūt† secundū Bar. in extrauag. ad reprimendū. in uerbo uidebitur, dicitur esse cupiditas in intellectu cōsistēs regulata a discursu rationis, q̄ philosophi appellāt appetitū cum rōne ad bonū existēs uel apparens, & dr̄ cupiditas seu appetitus qa est genus cōueniēs uoluptati & uoluntati, & additur in intellectu consistens, qa uoluntas est pars rōnis quæ in intellectu cōsistit, uoluptas aūt cōsistit in corde p subiecto, sicut & cōis sensus secundū eosdē philosophos dicitur regulatus a discursu rōnis, quia nūquā fit nisi prius homo discurrat quod sit utilis ei per rationem intellectus, propterea cadit in solo homine, cui soli conuenit intellectus & rationis discursus.

10 Hinc est† ꝙ uolūtas ponitur in diffinitione iustitiæ, quæ est cōstās & ppetua uoluntas ius suum unicuique tribuens. leg. iustitiam. supra de in-

ſtitia & iure. Homo enim appetitum habens prius diſcurrit ſuper hoc & cognoſcit bonitatem, & incipit eſſe uoluntas, & cum cognoſcat eã bonam ſeu arbitretur bonam perſeuerat in ea, deſiderans ſemper ius ſuum unicuique tribuere, ac ita cauſatur iuſtitia, unde uoluntas ſonat in bonum, uoluptas uero ſonat in malam partem, & euitanda eſt. cap. legimus. 50. diſtinctio. cũ gloſ. & cupiditas ſeu concupiſcentia uel uoluptas eſt mater omnium malorum. Thimothei. 6. &c. quia radix. de pœnit. diſtinct. 2. & c. bonorũ. 40. diſtinctio. additur in diffinitione, ad bonũ exiſtens, qa uoluntas regulata deſiderat bonũ uerũ, attamen quia ali qñ humana fragilitas decipitur credens eſſe bonũ, ideo additur in diffinitione bonũ exiſtens uel apparens, nullũ enim animal appetit niſi quod credit bonum, licet per ſenſualitatem, uel ſi eſt homo propter fragilitatem aliquando decipiatur, quia ſaltim eſt ei delectabile.

Ex quibus apparent conſtituti duo gradus, unus in uoluptate qui fundatur in ſolo ſenſu nullo limite reſtrictus, alius in uoluntate qui fundatur in intellectu, & regulatur a diſcurſu rationis & exemplo infirmi poteſt demõſtrari qui appetit & cupit potũ propter calorem febris ex cupiditate ſenſuali, uerũ quia medici dicunt potũ fore nociuum incipit diſcurrere & reiecto ſenſu habere uoluntatem bibendi temperate aquam tantum, & ſic de uoluptate tranſit in uoluntatem, & cauſatur ſecundus gradus.

11 Igitur † ſi quis dicat, uẽdo domũ pro pretio declarando ſecundũ uoluptatẽ Titii, dabitur ei pleniſsima poteſtas declarãdi pretiũ exceſſiuũ ualde uel minimũ, nec poterit dici cur ita facis. Sin

12 autem † dicatur, uẽdis domũ pro pretio quod uoluerit Titius, tunc ipſe nõ poterit declarare pretium niſi ſecundum diſcurſum rationis conſiderando naturaliter utilitatem ipſius rei, & ſic minorem poteſtatem habebit, & poterit ei dici cur ita facis, & tenebitur reſpondere, quia ratio naturalis ita mihi dictat.

13 Tertio eſt † arbitratus, prout differt ab arbitrio. nam arbitratus aliquando ponitur ut idem ſignificet quod arbitrium, tamen ex propria ſignificatione dicitur differre, quamuis utrunque deſcendat a uerbo arbitror, arbitratus igitur eſt appetitus regulatus ratione naturali & a pcepto ſeu æquitate iuriſgentium, & ſic habet duos limites, unũ a iure ſeu ratione naturali, aliud a præceptis & æquitate iuriſgentiũ, & qñ profertur ab arbitratore appellatur arbitramentum & dr factũ ex bono & æquo cõſiderata æquitate iurisgentiũ, & nõ ingrediendo ſubtilitates & rigorẽ iuris ciuilis, unde differt a uoluptate, quia illa eſt fundata in ſolo ſenſu nulla ratione uel cauſa limitata, atque differt a uolũtate, qa illa eſt limitata ſola ratione naturali & nõ aliquo iure poſitiuo, ut præcepto iuriſgẽtiũ, arbitratus uero habet aliũ limitẽ, ut ultra rationẽ naturalẽ ſeruari debeat pręceptũ iuriſgentiũ, quod in multis aliquãdo recedit a iure naturali, & propterea ex arbitratu conſtituit tertius gradus in appetitu & in cõceſsionib. cõferrẽtib. actũ in poteſtatẽ & uolũtatẽ alterius.

14 Quarto eſt † arbitriũ, quod eſt appetitus regulatus a ratione naturali & æquitate iuriſgentiũ, & a præceptis iuris ciuilis, & ſic habet tres reſtrictiones, & differt a uoluptate. quia illa eſt effrenata ſine aliqua reſtrictione, & a uoluntate quia illa eſt reſtricta ſola ratione naturali, & ab arbitratu, quia reſtringitur ratione naturali & ab æquitate iuriſgentium. arbitrium autem habet hoc plus, quod opportet arbitrans ſeruare etiã pręcepta, & rigorẽ iuris ciuilis. Vnde minor poteſtas diſponendi eſt cõceſſa per arbitriũ quã per alios tres gradus. & ideo ſi dictũ fuit, uendo domum pro pretio declarando arbitratu Lutii Titii, poterit ille conſtituere pretiũ ſecũdũ quod dictat ratio naturalis, & æquitas iuriſgentiũ ex bono & æquo, ſed ubicunque dicitur, uendo domum pro pretio declarãdo arbitrio Lutii Titii, tunc nõ poterit conſtituere pretium ſecundum quod dictat ratio naturalis & æquitas iuriſgentium, ſi aliqua præcepta iuris ciuilis contrariantur. ſed opportebit quod illud pretium conſtituat ſecundum rigorem iuris ciuilis, & proferat arbitrium ſuum conueniens iuri ciuili, & ideo conſtituitur quartus gradus ſeu quarta qualitas conferrendi actũ in poteſtatem alterius, & in effectu minor poteſtas conceditur per arbitrium quam per arbitramentum, & uoluntatem, & uoluptatem, cum pluribus limitibus hæc poteſtas ſit reſtricta, & quando conceditur poteſtas ſecundũ uoluptatem, laxior dicitur conceſſa poteſtas, ex eo quia illa nullis limitibus dicitur eſſe reſtricta, & nõ poteſt ei dici cur ita facis, cum imputetur illis qui tantam poteſtatem ei conceſſerunt, & de iſtis duobus terminis & differentia eorum habetur in l. ſi duo ſocietatem. §. arbitrorum. ff. pro ſocio. ubi Bartol. & omnes dicunt aliud eſſe quod proferatur arbitramentum, aliud quod proferatur arbitrium, nã arbitramentum profertur ſecundum bonum & æquum & ex æquitate iuriſgentium, arbitrium uero profertur ſecundum præcepta iuris ciuilis, & debet arbiter ſententiare ſecũdum quod mãdat ius ciuile, & ſequuntur doct. in c. quintaualllis. de iureiu. & de hoc arbitrio loquitur tex. in l. hæc uẽditio. ff. de cont. emp. & in l. j. ff. de leg. 2. & in l. cũ poſt. §. gener. ff. de iur. dotium. & in toto tit. ff. & C. de receptis arbitr. unde dicitur in d. §. arbitrorum. quod ab arbitramento ſi iniquum eſt licet petere reduci ad arbitrium boni uiri ut ſeruetur æquitas iuriſgentium, ſed in arbitrio ſtari debet ſententiæ metu pœnæ propter rigorem iuris ciuilis. l. diem proferre. §. ſtari. de arbitr.

15 Quinto eſt † placitũ, ꝙ differt a quatuor præcedentib. qualitatibus, ex eo quia in eis uidetur ſufficere uolũtas cũ illis qualitatibus reſtricta, placitũ uero hoc plus habet ꝙ requirit maiorẽ perſeuerantiã & firmitatẽ, nã placitũ eſt uoluntas deliberata ſeu per aliquem diſcurſum accepta & firmata, de quo habetur in l. j. ff. de pact. nam prius eſt uoluntas contrahentium, quæ ſi durat tranſit in placitum & poſtea deuoluitur in conſenſum, ideo dicitur quod eſt duorum in idem placi-

placitum & consensus.& l.j.de test.dicitur quod est uoluntatis nostræ iusta sentētia, idest uolūtas deliberata & firmata,& hoc modo differt ab om
16 nibus prædictis qualitatibus.Eis † tamen potest conuenire &ab eis distingui,cum hoc placitū possit fieri ex sola uoluptate & effrenato appetitu,ꝑ ut contingit in delictis,potest etiam esse de uoluptate sola ratione naturali limitata,potest etiam fieri in arbitratu prout est uoluntas limitata ab æquitate iurisgentium,&potest etiam fieri de arbitrio prout limitatur a rigore iuris ciuilis,& sic differt ab eis propter qualitatem additam firmitatis,tamen potest cum eisdem uniri ut utrunque interueniat,unde dicemus infra cum Barto. quomodo debeat proferri tale arbitramentum, uel arbitratum,& præsentibus partibus ita quod poterit transire quoque in placitum, assumendo maiorem firmitatem. est tamen gradus ut dixi de per se,& sub hoc nomine potest contineri uerbum(si putaueris)& uerbū(si estimaueris) & uerbum(si uolueris)de quibus habetur in l.fideicōmissa,§. quamquam.ff.de leg. 3. & per Bar.in di. auth.ad reprimendum.in glo.in uerbo (uidebitur) cum suis concordan.
17 Sexto†reperitur consilium, seu cum consilio, quod distinguitur a prædictis,quia requirit primo discursum ipsius qui debet facere actum secūdum limites sup.dictos,& ultra ipsum discursum opportet quod eum conferat cum alio, & audiat eius uoluntatem,& uideat an concurrat cum ipso,& si concurrit seruabit suam uoluntatem, si uero non concurrit opportebit de nouo discurrere quæ sit melior uoluntas,& postea se resoluere unde additur sextus gradus conferrendi in uoluntatem alterius, quia opportet quod ultra suum discursum & rationes mouentes eum conferat hanc suam intentionem cum alio qui poterit eum cum suis rationibus mutare & facere transire in aliam opinionem,ut dicunt docto.in c. per tuas.de arbitris. unde si dicatur, uendo tibi domum pro pretio declarando a Lutio Titio cum consilio Sempronii,opportebit quod ipse Titius intra se discurrat limites rationis &iurium&postea conferat & audiat eius uoluntatem & discursum cum rationibus allegatis, & nisi requireret eum, si solus determinaret actus suus efficeretur nullus.cap.1.ne sede uacante.in 6.§.fi.c.ex parte. in fi.de conf.& cap.cum in ueteri.de electione. & est tex.formalis.iu cap.cum olim.de arbitris.ubi Abba.plene no. tamen licet teneatur requirere, si tamen postea non placeret ei uoluntas alterius non teneretur eam seruare, quia qui tenetur facere actum cum consilio non cogitur sequi consilium,solum tenetur requirere& audire eius opinionem,quia posset esse quod eum mutaret, ut habetur in dicto capitulo cum olim. & capitulo ad nostram.de consuetudine.& l. secunda. C. de pœna iudicis qui male iudicauit. & in lege & si tres.ff.de arbitris.in fine.facit l.humanum.C. de legibus.ubi princeps dicit se leges promulgaturum cum consilio procerum,&tunc sufficit quod communicet cum eis quod desiderat facere,& audiat eorū uoluntatē,quā tamen postea nō tenebitur seruare,& nihilominus lex ualebit,ut ibi no.
18 Septimo†est consensus,qui dicitur facere aliū gradum ad potestatem concessam,quoniam si dictum fuit quod uendit domum pro pretio declarando a Lutio Titio cū consensu Sempronii,tunc opportebit quod Lutius Titius discursum per se factum communicet cum Sempronio, & audiat eius opinionem,&si eueniat quod non concurrat tunc non poterit ipse declarare pretium etiam quod iustissimum constitueret, sed erit necessarium quod etiam Sempronius consentiat in eū, quia addita fuit hæc qualitas quod declaret cum consensu alterius,consensus autem requirit concordiam in uoluntatibus.l.1.ff.de pact.ibi, placitum & consensus,idest simul sensus, & in hoc differt hic septimus gradus a sexto de consilio,quin in consilio sufficit communicare cum illo tertio, & non tenetur sequi eius opinionem,sed quando ponitur hęc qualitas de consensu opportet quod conferat atque etiam sequatur eius uoluntatem, ut uniti declarent constitutionem ipsius pretii, alioquin actus non ualebit, ut habetur in Rubro & Nigro extra de iis quæ fiunt a prælatis sine cōsensu capituli, & spetialiter in capitulo ea noscitur. eodem titulo. cum suis concor.
19 Octauo † reperitur authoritas quæ constituit alium gradum, nam si dicatur quod uendit domum pro pretio declarando a Lutio Titio cum authoritate iudicis uel Sempronii, non sufficit si ipse rationabiliter inter se discurrat, neq; quod communicet cum eo ut audiat eius opinionem, neque sufficit quod ille consentiat, sed opportet quod hæc alia qualitas addatur, ut illum consensum cum solemnitate præstet,& in præsentia,tēpore quo fit actus, nam authoritas est consensus cum solemnitate præstitus,& in præsentia quando fit actus,& de hoc termino habetur in toto titulo.ff.& C.de autho.tuto.& in instr.unde differt a consensu,quia consensus potest præstari ante & postea & per nuntium uel epistolam inter absentes,sed authoritas debet præstari in præsentia,& quando fit actus,ut in l.1.§.si tutor.& in §.pe. insti.de authoritate tuto.facit tex.in l.idem Pomponius,alias si de meis.§.recepisse.in fi. supra de arbitris. & propter hanc causam differt a consilio,item differt ab aliis qualitatibus,cum in eis solus ipse possit determinare, hic requiritur uoluntas alterius & solemnis.
20 Ex quibus†habes octo qualitates seu octo gradus cum quibus contrahentes possunt conferre actum suum in potestatem alterius quæ collatio uarios sortitur effectus secundum uarias naturas ipsarum qualitatum & graduum & aliquādo minor & aliquando maior potestas conceditur. nā si conferatur in potestatem alterius secūdum meram uoluptatem latissima potestas erit concessa & maior non potest dari.sed si transis ad uoluntatem aliqualiter restringitur, &si ad arbitratum plus restringitur,&si ad arbitrium quoque plus,& idem de placito,&si cum consilio uel con sensu maior fit restrictio, cum per se solus non

possit & si addatur octaua qualitas de authoritate plenior erit restrictio cum non poterit determinare nisi cum presentia alterius & eius solemni uoluntate, unde ex forma uerborum commissionis poteris per te resoluere an determinatio facta ualeat & sic apparet quod hæc materia est ualde lata & requirit cognitionem multorũ terminorum lic et tam breuia uerba in l. nostra fuerint prolata.

21 Omnes autem† dicti gradus seu qualitates aliquando ex accidenti recipiunt alterationem, ut si eueniat quod dicatur uendo pro pretio declarando per Lutium Titium secundũ eius uoluptatem rationabilem, nã propter uerbũ (rationabilem) receditur a uoluptate & uidetur concedere secundum uoluntatem, & si addatur quod declaret secundum suam uoluntatem ex bono & æquo, tunc fit transitus in arbitramentum propter illa uerba ex bono & æquo quæ inferunt limites iuris gentium, & idem si dicatur secundum uoluntatẽ iuri ciuili conuenientem, fiet trãsitus in arbitriũ, & econtrario quoque si dicatur, uendo pro pretio declarando secundum liberũ arbitrium Lutii Titii, tunc alteratur nomen arbitriũ propter uerbum liberum, & transit in uoluptatem, uel saltem uoluntatem, & sic apparet quod isti termini sunt multum mutabiles & uolubiles, & possunt uariari in suis significationibus per accidens, unde faciliter potest incidi in æquiuocationes, & possunt causari magnæ inculcationes, cum uideantur quasi sinonima, propterea hæc materia redditur difficillima, ut dixi æquiuocationibus subiecta, ut aliquando eueniat quod docto. uideantur concordare, & uere discordant, & uideantur discordare & contrariari, & tamen mentaliter conueniunt, si tamen tu considerabis bene proprietatem prædictorum terminorum, & ponderabis uerba concessionis factæ, poteris te recte resoluere euitando omnes inculcationes & æquiuocationes, & hæc de generali significatione terminorũ totius materiæ.

22 Secundo principaliter† propius accedendo ad ipsam legem præmittendũ est, quod potestas disponendi de rebus aliquando conceditur a lege uel a superiore, aliquando a priuatis personis, si conceditur a lege & fiat de rebus propriis, quid iuris sit dixi in principio, ponendo regulã quod latissima potestas concessa fuit eriã secundum uoluptatem, ut in §. fi. cum glo. insti. de rer. diuisione, & aliis uulgatis concordant exceptis certis casibus ibi positis. Si uero† concedatur a lege in bo-

23 nis alienis, & tunc sumus in materia administratorum ut tutorum uel curatorum & administratorum ciuitatis uel ecclesiarum. & tunc qualem potestatem habeant habetur in suis titulis destinatis quos non est opus referre, cum non pertineant ad legem nostram.

24 Sinautem secundo casu† quando conceditur a priuato potestas disponendi, & tunc aut concedi tur ut faciat actum nomine concedentis, & tunc sumus in materia procuratorum & negotiorum gestorum de qua habetur in suis titulis separatis de procuratoribus & negotiis gestis. Si uero con-

25 cedatur a priuato potestas disponendi de rebus suis pro perfectione actus quem ipse faciat, & tunc sumus in materia legis nostræ in qua habetur quid iuris sit quando aliquis uult facere actũ & confert ipsum actum in potestatem & uoluntatem alterius qui non dicitur procurator neque negotiorum gestor, sed habet separatam potestatem.

26 In hoc † autem casu considerandum est quod aliquando totum actum dicitur conferre in potestatem seu uoluntatem alterius, aliquando dicitur conferre unum substantiale tantum in arbitrium alterius, aliquando unum accidentale seu naturale, & aliquando rem ipsam, de quibus quatuor casibus spetialiter per docto. late disputatur in tota hac lege, & super intellectu ipsius. Si remittitur totus actus in potestate alterius tunc opportet quod per ipsum perficiatur, & eo non perficiente corruat, & idem est quando remittitur unum substantiale, quia eo non faciente totus actus corruit. Si autem remittitur unum accidentale uel naturale non est necessarium quod actus corruat, si uero remittitur res ipsa aliquãdo corruit aliquando non, quæ autem sint substantialia & quæ naturalia diximus in l. j. & plenius in l. nemo potest. supra de lega. primo. Si igitur dicatur uendo domum secundum quod placebit Lutio Titio uel arbitratu Lutii Titii, & tunc totus contractus est commissus, Sinautem dicatur uendo tibi domum pro pretio declarando arbitratu Lutii Titii, tunc dicitur committi unum substantiale, quia pretium est de substantia uenditionis, & idem si dicatur mutuo tibi numos cum qualitate quod transeat dominium arbitratu Lutii Titii. Si uero dicatur uendo tibi domum pro centum cum qualitate quod ego possim habitare in ea arbitratu Lutii Titii, uel mutuo tibi uinum cũ qualitate quod possis reddere uinum nouum arbitrio Titii, tunc unum accidentale dicitur esse remissum. Si uero dicatur, uendo tibi seruũ quẽ estimauerit Sempronius, uel fundum, uel equum quem declarauerit Sempronius, tunc dicitur res ipsa collata in eius arbitrium, iuxta tex. in §. cũ emptio. insti. de emptione & uenditione. & isti casus diligenter sunt considerandi, quia ab eis dependet intellectus tex. nostri, & totius materiæ quoniam aliqui dicunt quod in eo totus contractus fuit remissus in arbitrium, alii unum substantiale, & alii unum accidentale, de quo subiiciam in sequenti præmisso.

27 Rursus actus† uel contractus aliquando remittitur in arbitrium tertii, aliquando in arbitrium unius ex cõtrahentibus, quod est magni effectus ut etiam infra dicetur. Item aliquando hæc potestas conceditur super contractu perfecto de aliquo adiuncto, aliquando super contractu perficiendo, aliquando totus ipse actus, a quorum cognitione dependet intellectus istius legis ut statim subiiciam.

28 Propter quas† uarias considerationes tota ista materia efficitualde lata diffusa & locupletissima.

Pro-

Propterea in ea occurrunt ualde difficultates, quæ eam reddunt difficillimam& famosam, quin que tamen in effectu sunt principales quæ omni modo cognoscendæ sunt. Prima erit, quando remittitur totus contractus in arbitrium alterius, uel saltem in ipso actu perficiendi, an talis remissio ualeat ab initio, uel potius nullius sit momenti, & de hac difficultate habetur per glo. & doct. in l. in uendentis. C. de contrahend. empti. & dicta leg. in personam. & ego plenius quam alii faciant tangam post primum notabile Soccin. & distinguitur principaliter an committatur in arbitrium tertii, & ualet. Sed si committatur in arbitrium unius ex contrahentibus non ualet. Secunda erit difficultas, utrum quando actus remissus ab initio ualet si postea arbitrator non uult uel non potuit arbitrari an propter hanc causam actus efficiatur nullus. de qua dicitur sparsim per omnia notabilia, & super oppositionibus Barto. Tertia est difficultas explicanda, an facta tali remissione in casibus in quibus ab initio ualet, & postea non sequatur arbitramentum possit recedi a persona & transiri ad alium bonum uirum qui actum perficiat, de quo habetur per glo. ultimam, & per sex oppositiones Bar. & plene tangam post suam distinctionem. Quarta erit difficultas, quomodo arbitrari debeat arbitrator an præsentibus partibus uel absentibus, & quam sententiam proferre debeat, de quo plene per Bar. in 3. quæstione. Quinta erit difficultas, quãto tempore duret hæc potestas arbitrãdi de qua per Bar. in 4. q. ubi ultra alios plenius tangam, addendo multas quæstiones accidentales, seu adhærentes per quas postea poterit perfecte esse expedita tota materia.

29 Tertio† principaliter præmittendum est propius accedendo ad legem, pro declaratione literali ipsius & firmitate terminorum ut posiit figurari casus, & primo considerandum est quod uerba ipsius continent breuem & confusam decisionem recipientem uarias dubitationes tam in themate quam in decisione, & cum in ea dicatur, si quis arbitratu Lutii Titii sibi restitui stipulatus

30 sit, plenius nõ exprimẽdo thema, dubitatio.† Prima est, quale fuerit thema, & quomodo exemplificari posiit. glo. sentiens cõtrariũ ponit duo themata, unum fuit quod hic quis locauit domũ uel equũ, & postea apposuit stipulationem, domũ uel equum sibi restitui arbitratu Lutii Titii, ꝙ exemplum communiter reprobatur, ex eo quia uidetur separare contractum locationis a stipulatione, & ideo sola stipulatio uidetur esse cõmissa in arbitrium Lutii Titii non autem ipse contractus locationis, ideo non debuit arbitratore non arbitrante contractus locationis annullari, sed ipsa sola stipulatio, cuius contrariũ debet præsumi.

31 Propterea hoc thema glo. aliomodo exemplificatur, ꝙ tẽpore contractus locationis apposita fuit stipulatio rem restitui arbitratu Lutii Titii, & sic in contractu perficiendo apposita fuit hæc qualitas stipulationis restitutionis, taliter ꝙ totus cõtractus locationis dicit esse collatus in arbitriũ Lutii Titii, ideo postea rationabiliter sequitur, quod arbitratore nõ arbitrante totus cõtractus redditur nullus, & istud exemplũ sequuntur cõiter doct. ut per Bar. inf. in distinctione sua in fine concludendo quod hæc stipulatio, & hęc remissio fuit facta in contractu perficiendo. Qui intelle-

32 ctus† satis bonus est in se, tamen postea ex toto nõ satisfacit, quia reddit legem istã de raro contingentibus, attento quod rarissime euenit quod aliquis possidens suã domum uel equum locet alteri & tradat, & restitutionem ponat in compromisso, quod teneatur restituere arbitratu Lutii Titii, & sic quod clare possidet uelit ponere in dubio restitutionis, quod nemo sanę mẽtis facturus est.

33 Vnde ego puto† primũ exemplum uerius esse aliter tamen declarando ut quasi transeat in tertium, cum in eo præsupponatur quod stipulatio non fuerit portio cõtractus locationis, sed quod ex noua causa principaliter facta fuerit, & in prima præsupponatur quod fuerit portio cõtractus locationis. nam sequendo thema glo. locauit domũ uel equum simpliciter, sed cum cõductor possideret domum uel equitaret equum cognouit, quod ipse res erant suæ, & ideo deliberauit ipsas non restituere locatori. unde cum postea ex lõgo interuallo nata esset discordia super restitutione rei, per l. si quis conductionis. C. locati. cõuenerunt propter hanc nouam causam quod restitutio fieret arbitratu Lutii Titii, & secundum istud exemplũ sola stipulatio de restitutione est collata in arbitrium tertii, non autem contractus locationis. nec obstat quod tex. præsupponit totum actum esse collatum in arbitrium tertii, quia uerum est intelligendo de stipulatione rem restitui relata ad contractum locationis, sed hic præsupponit quod sit apposita ex noua causa non referendo ad cõtractũ locationis qui erat penitus separatus. & ideo hoc exemplũ differt a primo, quia in eo erat finitus cõtractus locationis, & incontinenti erat apposita hæc stipulatio, in hoc uero stipulatio cõtinet actũ separatũ & ualde remotũ ab ipso cõtractu locationis. Itẽ differt ab intellectu cõi, quia in eo præsupponitur quod fuerit unicus cõtractus locationis, & ꝙ ante perfectionẽ apposita fuit stipulatio, & sic actus in cõtractu perficiendo collatus fuit in arbitriũ tertii, & totus cõtractus in cõsequentiã uidetur esse remissus & hoc est ꝙ uolunt dicere doct. ꝙ remissio fuit facta in ipso cõtractu pficiẽdo. omnia tamen ipsa exẽpla cumulatiue posita procedere possunt cũ tex. nõ se restringat an totus cõtractus remissus sit in arbitrio Lutii Titii, uel totus unicus actus restitutionis separatus a contractu locationis, cum solum dicat quod stipulatio sit nulla.

34 Secundo modo† glo. ponit thema in tex. quod quidã ædificauit penes domũ uicini ei præiudicãdo, unde qa habuit præiudiciũ, nuntiauit nouũ opus petẽdo ut destrueret opus factũ, & postea cõuenerunt quod destructio operis fieret arbitratu Lutii Titii, & uerbum (restituere) exponatur pro destruere, iux. tex. in l. prætor. in princip. & §. deinde. sup. de no. oper. nuntia. & istud exemplum

etiam sequuntur communiter doct. & satis potest procedere cumulatiue, non priuatiue, cum tex. simpliciter loquatur, & possit continere omnes similes casus.

35 Tertium thema† ponebat Iaso. hic, qn̄ aliquis erat grauatus restituere hæreditatē Sempronio, & cū negaret ualiditatem petebat fideicōmissarius sibi restitui hæreditatē arbitratu Lutii Titii, & hoc thema etiam potest procedere cumulatiue,

36 & ultra hæc tria† posses etiam addere uiginti alias similes causas propter quas quis stipuletur sibi restitui, nam Iurisconſ. uolens ponere decisionem generalem posuit uerba simplicia conuenientia multis exemplis, intēdens ponere decisionē siue actus remissus fiat super contractu perficiendo ut cōplectatur totū cōtractū, siue solus actus stipulationis remittatur, quia reputabitur totus contractus remissus, cū ipse habeat suā perfectionē.

37 Ideo† facias duas propositiones firmas in hoc tex. una ꝙ totus actus de quo erat discordia collatus fuit in arbitratum Lutii Titii, quia non interest an sit portio contractus, cū possit esse principalis de perse, & cætera.

38 Alias† quod si ille actus stipulationis fuit mixtus cū alio contractu ut interueniant in cōtractu perficiendo quod in hoc themate cōtractus simul cū stipulatione collatus fuit in arbitrium Lutii Titii, & omnes tamen intellectus, atque omnia prædicta exempla cumulatiue sunt uera, & deciduntur generaliter eodem modo per istum tex.

39 Tertia est† dubitatio in uerbis istius legis, quis fuerit iste Lutius Titius, an esset tertius uel unus ex contrahentibus, cum tex. non exprimat, & cōmuniter doctor. præsupponunt quod fuerit tertius separatus a contrahentibus, & uerum est. unde facias aliam propositionem firmā in hoc tex. & in materia, quod hic contractus collatus fuit in arbitratum tertii & non unius ex contrahentibus, & est magni momenti in materia, quia quando remittitur in personā tertii, non distinguitur an totus cōtractus uel una pars remittatur, uel unū substantiale, uel res ipsa, quia in omnibus dictis casibus semper cōtractus ab initio ualet, sed quādo remittitur in arbitriū unius ex contrahentibus, tunc in multis casibus ab initio non ualet actus, iux. glo. in l. in uendentis. C. de contrahen. emptio & l. quod sæpe. §. j. ff. eo. tit.

40 Quarta† est dubitatio an hic contractus remissus fuerit in arbitrium uel in arbitramentū, attēto quod utrunque descendit a uerbo arbitrari, & uidetur posse utrumque contineri. tamen communiter doc. intelligunt istum tex. ut iacet quod fuerit remissus cōtractus in arbitratum alterius nō in arbitriū. Vnde sequetur ꝙ ex bono & æquo poterit iudicare secundū naturā arbitramenti & nō tenebitur leges seruare iuxta ea quæ habētur in d. l. duo societatem. §. arbitrorum. ff. pro socio. & hoc uidentur præsupponere doct. quia omnes in summariis suis & lecturis appellant arbitratorem non autem arbitrū. Vnde facias quartū præsuppositum quod in hoc tex. contractus fuit remissus in arbitratorem non autem in arbitrum,

41 Quinta est dubitatio† quomodo exponantur illa uerba arbitratu Lutii Titii. & duplex datur expositio una est ut dicatur secundum arbitriū Lutii Titii ut dicitur in l. j. ff. de leg. 2. & in l. cū post §. gener. ff. de iur. dot. non deducendo actum in cōditionem. alia est expositio quod dicatur, si Lutius Titius arbitratus fuerit faciendo remissionem & contractum conditionalem & hanc secundam tenent communiter doct. qui præsupponūt quod hic actus sit conditionalis & quod arbitratore nō arbitrante corruat actus tanquā deficiente conditione. Ideo facias quintū presuppositū in hoc tex. quod hic actus seu cōtractus remissus fuerit sub conditione si Titius arbitrabitur, & propterea totus ipse actus remissus efficitur cōditionalis & arbitratore nō arbitrante corruit totus actus tāquā deficiēte cōditione. iux. l. fi. C. de cōt. emp. & l. si merces. ff. locati. ibi sub hac cōditione stare contractum. & l. si coita. ff. pro socio. Item dubitatur quomodo exponantur illa uerba, quasi moram fecerit, nam uidētur præsupponere quod Reus moram fecerit, ne sit de indubitabili, & dictio (quasi) denotat fictionem, ut fingatur non commisisse moram, Tu autem dicas quod exponi debet, idest, non inspicitur an Reus commiserit moram, quia si non commisit, clarum est, & si commisit, non consideratur, quia mora stipulatoris absorbet moram Rei, ut dicemus late in secūdo notabili, uel exponuntur, idest, non augetur obligatio ex mora, ut incidat in eius pœnam.

42 Sexta† est dubitatio, quare tex. iste faciat mentionem tantūmodo de mora stipulatoris & mora arbitratoris, & nō de mora promissoris. ideo dubitatur an promissore existente in mora habeat locū decisio istius tex. & uidetur ꝙ sic, arguendo a simili, tamen in cōtrariū determinant cōiter * doct. quod imo aliud sit si interueniat mora ꝓmissoris, quia imo tunc actus perficitur & remanet ualidus quamuis non sequatur arbitramentū & cum ministerio tacuit Iurisconsultus, & est ratio. quia quando per promissorem commissa est mora stetit per eum quominus cōditio impleatur, ideo in eius præiudiciū habetur pro impleta l. iure ciuili. ff. de cond. & demonst. & l. in exequtione. §. fi. infra. eod. unde licet uere non interueniat arbitramentū, tamen actus sortitur effectum perinde ac si interuenisset. Propterea fiendum est aliud præsuppositum, quod decisio istius tex. procedit quādo interuenit mora promissoris uel arbitratoris, ut tunc actus reddatur nullus. si uero interuenisset mora promissoris, tunc non procederet, & alia decisio danda esset.

43 Septima est† dubitatio, qūo stipulator hic indicatur committere morā, de quo magna est hæsitatio super 3. quæstione Bart. nam quidam intelligunt, ut Bar. & Petrus quod dipulator citatus nō comparuit in die compromissi, & propterea non potuit proferri arbitramentum quod requirebat præsentiam partis, iuxta legem diem proferre. §. si quis litigatorum. ff. de arbitris. Secunda est expositio, quod dicatur moram committere, quia actum erat ut certo die compareret, & quia

non

non comparuit commisit morum. Tertia est expositio, quod moram fecit procurando precibus uel dolo quod ille non arbitraretur. Quarta est expositio, quod moram fecit nō comparendo ad finem ut arbitrator possit capere informationē super negotio, iuxta l. si de meis. §. recepisse. in fi. supra de arbitris. sed magis communiter tenetur expositio Bar. & Petri, quod fecit moram in non comparendo ne arbitrator posset capere informationem de negocio & decidere causam. sed ego intelligo generaliter de omnibus causis propter quas procurauit ne arbitraretur dando causam, uel quod non posset informari, uel quod non posset proferre sententiam uel alias similes causas, cum tex. generaliter loquatur, & præsupponat moram commissam quocunque modo cōmittatur, & idem etiam ego puto dicendum in cognoscendo quando arbitrator commiserit moram, faciendo quod non arbitraretur, sed tamen hoc addendum est ad tex. quod hæc remissio fuit facta cum præfinitione temporis a lege uel ab homine facta, & quod mora promissoris, uel arbitratoris durauit usque ad finem temporis, alioquin non posset, durante tempore compromissi, procedere decisio, quod contractus efficiatur nullus, & quod Reus non incideret in moram, cū posset stipulator purgare moram, & arbitrator, taliter quod Reus promissor posset teneri, quasi moram fecerit, l. diem proferre. §. si quis litigantium. ff. de arbitr. & l. item illa. ff. de constit. pecun. & hæc sufficiant pro firmitate terminorum

44 legis. Octaua † est dubitatio, quid sibi uellit ultimum uerbum legis (incertum) sed responde quod litera est corrupta, & debet dici insertum per. s. non per c.

Quibus ita utiliter declaratis pro apperienda uia ad figurationem casus deuenio ad text. qui cum lege sequenti diuiditur in tres partes, in prima ponitur quid iuris sit quando stipulator cōmisit moram. in secunda quid iuris sit quando arbitrator commisit moram. in tertia ponit quando arbitrator propter casum non potuit arbitrari. Secunda est ibi, quid ergo. Tertia est in leg.

45 sequenti, in uerbo & ideo. Summatur † secundū Bar. arbitratore non arbitrante non ualet stipulatio, & ab eius persona non receditur, quod summarium licet uerum sit, tamen est imperfectum, quia non complectitur omnes casus legis specifice, ideo Alex. aliter summat, si arbitrator assumptus fuit super contractu perficiendo, contractus non perficitur nisi sequatur arbitramentum, nec recurritur ad arbitrium boni uiri, quia non receditur a persona, quod summarium etiam licet uerum sit, tamen non complectitur omnes casus legis, exeo quia presuponit intellectum, quod stipulatio sit apposita super contractu locationis perficiendo, qui intellectus nimis restringit tex. ut dixi, cum possit etiam procedere quando unus totus actus separatus a contractu confertur in arbitrium. Tu autem plenius omnia constringendo potes ita summare. quando totus contractus uel actus remittitur in arbitrium tertii totus efficitur conditionalis, etiam quod sit remissus super contractu perficiendo, ideo stipulatore, uel arbitrante committente moram, uel non arbitrante, quia non uult uel non potest, contractus corruit tanquam deficiente conditione, nec recurritur ad arbitrium boni uiri, ut perficiatur, quoniam non receditur a persona, ut nec stipulatio pœnalis committatur.

46 Casus † ita breuiter fingi potest inhærendo exēplis glo. quidam locauerat equum uel fundum, & equitando equum uel persistendo in fundo cognouit quod equus erat suus, unde ex interuallo incepit cogitare de non restituendo amplius dictum equum uel fundum. Conueniebatur remedio. l. si quis conductionis. C. loca. ut omnino restitueret, & postea repeteret, unde uolentes amicabiliter agere conuenerūt ut restitueretur arbitratu Lutii Titii, & propterea locator stipulatus est fundum, uel equum arbitratu Lutii Titii sibi restitui, uel aliter inhærendo exemplo communi quando quis locauit equum uel fundum eo tempore quo scribebatur contractus adhibuit stipulationem arbitratu Lutii Titii restitui, quæ stipulatio dicebatur inesse in contractu locationis. l. lecta. uersi. dicebam. ff. si certum pet. ideo cum esset in contractu perficiendo totus contractus remissus fuit in arbitrium, uel tertio etiam inhærēdo secundo exemplo glo. quidam ædificauit domum in præiudicium uicini, & cū esset facta nuntiatio noui operis, conuenerunt, quod damnum passus stipularetur opus restitui arbitratu Lutii Titii, uel etiam inhærendo exemplo Ias. cum esset discordia inter hæredem, & fideicommissariū super restitutione fideicommissi, conuenerunt, ꝙ restitueret hereditatem arbitratu Lutii Titii, euenit in omnibus istis casibus quod stipulator moram commisit impediendo ne posset arbitrari, propterea cum nullum esset secutum arbitramentum uidens stipulator rem esse in suspenso petebat, ut restitueretur sibi equus, uel fundus, seu ꝙ destrueretur opus, uel restitueretur hæreditas, opponebatur quod ipse uirtute stipulationis non tenebatur restituere, quia ipse promissor nullam moram commiserat. Replicabatur quod imo & ipse quoque fuerat in mora non curando quod arbitrator arbitraretur, & ideo tenebatur, unde fuit quæsitum quid iuris.

Et ratio dubitandi erat, & uidebatur dicendū secundum Ias. infra in tertio notabili, quia mora facta per stipulatorem non impedit quin reus committat suam morā. l. diem proferre. §. si quis litigatorum. supra de arbitris. ergo non uidebatur curanda mora stipulatoris propter moram ipsius promissoris, & contractus remaneret ualidus, & posset teneri ad pœnam quæ succedit loco rei, l. rescripto. §. si pacto. supra de pactis, & l. ita stipulatus, in fi. infra eodem.

Secundo faciebat, quia si reus citatur ad instātiam alterius, & in tempore non compareat reus neque actor, tamen reus incidit in pœnam. leg. 2. cum glo. fi. sup. si quis in ius uoca. non ierit. & l. fi. §. sed si stipulator. supra de eo per quem factum

erit. ergo nec mora stipulatoris debet impedire quominus debitor eam committat.

Tertio faciebat regula l. illud. supra de periculo & como. rei uendi. & l. interdum §. fin. infra eodem, quod si ambo commiserunt moram, ultima mora nocet. ergo mora stipulatoris non impedit moram promissoris quin ipse teneatur & incidat in pœnam.

Quarto faciebat tex. in leg. hæc uenditio in fi. princi. supra de contrahenda emptio. ubi dominus qui erat creditor fecit quominus conditio reddendi rationes impleretur, & tamen contractus habet effectum, & recurritur ad arbitrium boni uiri.

Quinto faciebat tex. Clarus in l. duo societatem. §. arbitrorum. supra pro socio. ubi receditur a persona arbitratoris, & recurritur ad arbitriũ boni uiri, ergo non annullatur ipse contractus.

Iis tamen omnibus non obstantibus contrarium determinatum fuit in hoc tex. quod imo stipulatore committente moram actus ipse annulletur, & promissor non possit teneri quasi ipse moram fecerit, & ratio decidendi est, quia quando contractus confertur in arbitrium alterius totus efficitur conditionalis tanquam factus sub conditione (si arbitrabitur) idcirco sicut alii contractus conditionales deficiente conditione corruunt. l. cedere diem. ff. de uerbo. signifi. & l. 1. §. sin autem sub conditione. C. de cad. tollend. ita iste contractus deficiente conditione arbitramenti annullatur, ut expresse deciditur in l. fi. C. de contrahenda emptio. & l. si merces. supra locati. ibi, sub hac conditione stare contractus.

Non obstant contraria, & primo tex. in dicto. §. si quis litigatorum, quia ibi est diuersus casus, quoniam uterque promisit comparere coram arbitratore, & eum instruere in meritis causæ, & si non faciunt dant occasionem quod non possit arbitrari, ideo si stipulator non comparuit dedit occasionem quod non instrueretur ex parte ipsius stipulatoris, & contrauenit ei quod promisit ideo incidit in pœnam, & eodem modo si ipse reus non comparuit, ipse tanquam deficiens in adimplendo incidit in pœnam, quæ absorbet totum actum, & facit eum finiri, per leg. si duo. §. semel, eodem titulo, hic autem stipulator nihil promisit facere neque aliquam pœnam soluere. Vnde si non comparet non potest incidere in pœnã, quæ absorbeat compromissum. solum ergo committit moram, qua stante promissor ipse non potest teneri tanquam ipse moram fecerit, & ideo cum contractus propter deficientiam conditionis annulletur non potest amplius teneri reus, & cessat fundamentum propter quod ipse possit incidere in pœnam. non obstat gloss. in dicta l. 2. & in dicta l. fi. quia docto. reprehendunt eam, dicentes quod reus non potest effici contumax nisi compareat actor qui accuset contumaciam rei, ideo potius concordat, quia actore non comparente reus effectualiter non incidit in moram. Non obstat tex. in l. illud. ff. de periculo & commodo rei uenditæ, quia ille tex. intelligitur quando post moram creditoris remanet contractus, & successiuo tempore potest purgare moram, & debitor postea commisit moram. nam tunc ultima mora attenditur, quia prima per secũdã purgatur. hic autem text. intelligitur quando mora stipulatoris durauit semper, quia contractus fuit extinctus, ideo non potest reus incidere in morã, uel dicendum est, quod actor durauit in mora donec tempus appositum finitum fuerit, quo finito non potest reus incidere in moram, tanquam annullato contractu. Non obstat l. hæc uenditio, quia ibi potest dici quod non erat mora stipulatoris sed promissoris, nam cum esset contractus correspectiuus uterque est debitor & creditor, & in illa mora consideratur tanquam promissor, hic uero erat stipulator tãtum qui commisit moram, & durauit usque ad finem temporis, ut contractus corruerit in totum. Non obstat dictus. §. arbitrorum, quia loquitur quando arbitramentum fuit latum, nos loqnimur quando arbitrator nunquam est arbitratus, quo casu deficiente conditione actus annullatur. Quare remanet conclusio, quod remissio contractus in arbitratum alterius, stipulatore committente moram ut non sequatur conditio arbitramenti, contractus in totum corruit, nec potest reus committere moram neque incidere in pœnam.

47 Sed iterum † instatur, quid si stetit per ipsum arbitratorem, qui ex culpa sua arbitratus non fuit, & ipse solus cõmisit moram, utrum debitor non comparendo, uel non instãdo incidat in pœnam, & ratio dubitandi erat & uidebatur dicendum quod ipse debitor ex sua mora posset teneri, quia mora arbitratoris non debet nocere ipsi stipulatori. arg. l. non debet. ff. de reg. iur. Secundo faciebat tex. in l. fi. §. sed & si quis. C. communia de lega. ubi mora arbitratoris non annullat legatum, neque nocet creditoribus quin eligendo faciant promissorem teneri. Tertio faciebat lex si societatem. §. arbitrorum. ff. pro socio. & l. sequenti, quæ incipit in proposito, ubi factum arbitratoris non nocet stipulatori. Quarto faciebat dicta. l. hæc uenditio. ubi per arbitratorem, qui erat dominus stetit quominus adimpleatur contractus, & tamen agitur ex eo tanquam ad implementum. Quinto facit tex. in leg. 3. §. 1. ff. de arbitr. ubi si arbiter sordibus uel pecunia corruptus non arbitratur, cogitur per prætorem.

Sed istis non obstantibus contrarium determinatur in hoc tex. quod imo mora arbitratoris faciat quod reus non possit teneri tanquam ipse moram commiserit, ita quod nec incidit in moram, & ratio decidendi fuit eadem cum prima, quia ille contractus remissus in arbitriũ alterius efficitur conditionalis, tanquam dictum fuerit, si ipse non arbitrabitur. ergo deficiente conditione quod non arbitretur siue ex culpa stipulatoris, siue ex culpa arbitratoris corruit ipse contractus sicut cæteri quoque corruunt deficiente sua conditione. unde non remanet causa propter quam reus possit committere moram & incidere in pœnam.

Non

Non obstant allegata in contrarium, & primo dicta l. non debet, quia illa procedit quando partes inuicem non dederunt potestatem nocendi, hic uero partes ponendo cōditionem (si arbitrabitur) dederunt ei potestatem ne arbitretur, ideo ex sua uoluntate facit deficere conditionem, & nocet eis. Non obstat dictus. §. arbitrorum, Cum l. sequenti. quia ibi arbitratus fuit inique & adimpleuit conditionem appositam in contractu, unde confirmatur, & propter iniquitatem postea reducitur ad arbitrium boni uiri, hic uero nullo modo fuit arbitratus, ideo defecit tota conditio remissionis, unde remansit nullus contractus, & sublatum fuit omne fundamētum propter quod reus possit incidere in pœnam, quoniam annullato contractu annullantur omnes clausulę in eo appositæ. glo. in l. si patronus. §. patronum. ff. quæ in fraudem patronorum. non obstat l. fi. §. sed & si quis, quia est speciale in ultimis uoluntatibus ut possit recedi ab arbitratore, & actus remaneat ualidus, quoniam eo non arbitrante non uidetur defecta in totum conditio, cum eius potestas in alium transferatur, ut ibidem dicitur, & infra etiam examinabitur. Non obstat l. hæc uenditio, quia ibi erat arbitrator dominus qui & ipse erat promissor, unde in effectu ibi fuit mora promissoris, hic uero arbitrator erat tertius, & fuit mora solius arbitratoris, & defecta fuit conditio contractus eo non arbitrante.

Non obstat lex. 3. §. 1. ff. de arbitr. ubi arbiter post moram etiam si sordibus, & propter pecuniam nolit arbitrari non facit deficere contractum, sed cogitur per iudicem arbitrari, quia respōdetur, quod ille tex. loquitur in casu quo per arbitrium non efficitur actus conditionalis, & & propterea eo non arbitrante adhuc remanet ualidus, ut possit cogi arbitrari, per illum tex. cū concordanti. uel secundo respondetur, quod ibi terminus erat impositus ad arbitrium præstandum, unde licet committat moram & deneget arbitrari, tamen quia adhuc durat tempus ad arbitrandum non deficit in totum contractus sed tantummodo dicitur esse dilata executio, hic uero perseuerauit in mora usque ad lapsum temporis ut amplius non esset spes neque habilitas, quod posset arbitrari, unde defecta dicitur esse in totum conditio, & propterea sequitur, quod si in tex. nostro durante tempore quo posset arbitrari denegaret se uelle arbitrari non deficeret conditio, sed suspensus remaneret contractus, ut adhuc arbitrando posset complere eum, & etiam instante parte posset cogi arbitrari, secundum tamen distinctionem ponendam infra loco suo. Quare remanet, quod si arbitrator commisit moram usque ad finem temporis, ut amplius non possit arbitrari, quod contractus efficitur nullus, & remanet ipsa stipulatio, uel actus perinde ac si non
48 fuisset factus.

Sed iterum instatur, quid si arbitrator, neque stipulator commiserunt moram, sed ipse arbitrator fuit occupatus ut nunquam potuerit arbitrari, uel etiam mortuus fuerit, utrum modo possit recurri ad arbitrium boni uiri, & duret contractus, uel ipse promissor tanquam non adimpleuerit quod promisit incidat in pœnam, & uidebatur dicendum quod non impediatur mora ipsius promissoris, ex eo quia nullum delictum interuenit neque ex parte stipulatoris neque ex parte arbitratoris, ut incidamus in decisionem precedentem. Ideo uidetur, quod saltem promissor incidat in moram quasi ipse non fecerit quod promisit ex natura ipsius actus. Secundo faciebat, quia quamuis ipse principalis contractus fuerit conditionalis, & restrictus ad conditionem, si arbitratus fuerit, tamen stipulatio pœnalis, quæ in eo contractu fuit subiecta fuit facta sub aliqua conditione si ipse non restituet, quæ conditio non dicitur esse defecta imo adimpleta, quia uere non restituit, ergo uidetur quod omnino inciderit in pœnam.

Iis tamen non obstantibus contrarium determinatur in l. & ideo, quæ subsequitur, quod imo eo omnino non arbitrante, idest uel cum mora, uel sine mora stipulatio sit nulla, & pœna quæ adiecta fuit ei non possit committi, & ratio decidendi est eadem cum præcedentibus, ex eo quia conferendo contractum in arbitratum efficitur conditionalis quasi factus sit sub conditione (si ille arbitrabitur) & non curatur in adimplendo conditionem an ex uoluntate uel dolo arbitratoris, uel casu non fuerit adimpleta conditio, sed semper ea deficiente stipulatio remanet nulla, & per consequens etiam stipulatio pœnalis, quæ est portio ipsius, quia annullato contractu omnes clausulæ in eo appositæ & omnia pacta annullantur. glo. in l. si patronus. §. patronū. ff. quæ in fraudem patron. Non obstant allegata in contrarium. & primo quod nullo interueniente delicto aliorum nō debet impediri mora ipsius rei, quia respondetur illud non procedere hoc casu quando conditio quæ est in arbitrio ipsius adimplentis apposita fuit, nam tunc æquiparatur conditioni (si uoluit) l. 1. secundo responso. ff. de leg. 1. & quando contractus est conditionalis deficiente conditione actus redditur nullus quomodocunque deficiat, uel casu, uel uoluntate, uel per dolū, ut hic in tex. in uerbo, omnino non arbitraretur, & ideo quod sit delictum, uel nō delictum nihil facit ad actum conditionalem, quia sufficit conditionem extare, l. 2. ff. de conditio. & demonstrationib. Non obstat quod extiterit saltem conditio stipulationis pœnalis, quia hoc negatur, quoniam imo non potest dici quod ipse non fecerit restitutionem, quia pœna fuit promissa sub conditione si non restituerit arbitratu Lutii Titii, & sic illa conditio fuit qualificata, ideo non existente qualitate apposita in conditione non dicitur non restituisse, & per consequens defecisse conditionem, arg. l. si hæredi plures. ff. de conditio. & demonstratio.

Quare remanet quod arbitratore non arbitrāte semper contractus redditur nullus, siue non fuerit secutum arbitramentum propter moram stipulatoris, siue propter moram arbitratoris, si-

ue per casum uel impotētiam, propter unicam rationem, quia contractus effectus fuit conditionalis quasi confectus fuerit sub conditione si arbitrabitur Lutius Titius, ideo ex quacunque causa eo non arbitrante contractus redditur nullus ex capite quod defecerit conditio.

49 Sed iterum† & quarto instatur, postquam uidimus, quod in dictis tribus casibus arbitratore nō arbitrante contractus redditur nullus, & in effectu uenit liberādus. quid si modo interuenit mora ipsius promissoris, ut propter culpam ipsius arbitrator non fuerit arbitratus, utrum ipse reus remaneat liberatus & non incidat in pœnam, & uidebatur dicendum quod amplius non teneretur ex illo capite quod eo non arbitrante conditio apposita in contractu dicitur deficere, & cum in ea non attendatur an interuenerit mora, uel delictum arbitratoris uel stipulatoris, eodē modo curari nō debeat an interuenerit mora ipsius promissoris ex natura ipsius conditionis.

Secundo faciebat regula, quod correlatiuorū eadem est disciplina in omnibus qualitatibus, l. fi. C. de indicta uiduita. tollenda. sed in stipulatore non interest an sit morā uel non, ergo nec etiā in promissore.

Tertio faciebat regula, quod non debet licere actori quod non licet reo. l. fi. C. de fructi. & liti. expensis. ergo si licet actori annullare eodem modo debet licere ipsi reo, & ideo uidebatur quod iste casus fuerit ommissus a iurisconsultone efficeretur minus uerbosus, & quod saltem cōtineretur in illis uerbis (omnino non fuit arbitratus) quasi dicat, non curamus propter quam causam hoc euenerit.

Iis tamen non obstantibus contrarium determinatur hic per iurisconsultum a contrario sensu, quia cum nominauerit prædictos tres casus, ergo a contrario determinauit secus esse in hoc quarto casu, & ratio decidendi est, quia quando promissor commisit moram nō potest dici quod defecerit conditio arbitratore non arbitrāte, ex eo quia in odium ipsius rei lex fingit conditionem adimpletam, per l. iure ciuili. ff. de condit. & demonstratio. & l. iure ciuili. ff. de reg. iur. & l. in executione. §. fi. infra eodem. cum suis concordantibus. Ideo sequitur, quod fingitur arbitramentū latum fuisse, & per consequens uerificata fuit conditio stipulationis pœnalis, quod non restituit reus rem arbitratu Lutii Titii, & per consequens debet incidere in pœnam. Non obstant contraria, & primo quod in conditione non curamus, an interuenerit culpa, uel casus, quia uerum est quando non adest causa quæ faciat conditionem fingi adimpletam, hic autem conditio dicitur adimpleta, & non est uerum fictione legis, quod non fuerit arbitratus. Nō obstat quod correlatiuorum eadem est disciplina, quia uerum est quādo militat eadem ratio, secus autem si militat diuersa ratio, ut no. in d. l. fi. & plene dixi in rub. ff. de acquir. possessio. hic autē militat diuersa imo contraria ratio, quia in tribus primis casibus nullo modo conditio fuit adimpleta. in mora uero promissoris conditio dicitur adimpleta fictione legis, pec dictam l. iure ciuili, & l. in executione. §. fi. infra eodem. non obstat quod eadem est ratio quod non debet licere actori, quod non licet reo, quia uerum est si eadem ratio inest secus ubicunque militat diuersa ratio, sed in ipso stipulatore non adimpletur cōditio, in mora uero promissoris adimpletur, ideo sequitur quod noua etiam debet esse decisio. Non obstat quod iste casus contineatur in tex. in uerbo (omnino) quia uerum esset si conditio non fuisset adimpleta, sed quia conditio per moram rei fingitur adimpleta, non potest contineri in illis uerbis, & propterea succedit quod a contrario sensu non exprimendo hunc casum, determinauit promissorem teneri propter moram suam & incidere in pœnam. arg. no. in l. j. §. huius rei. ff. de officio eius cui mandata est iurisdictio. propterea debes, hunc casum excipere ab aliis tribus in litera expressis.

50 Notādum† est primo ex isto text. quod stipulatio de restituendo potest conferri in arbitriū alterius & actus ab initio ualet, quæ conclusio ampliatur procedere siue ista stipulatio sit per se principalis separata ab alio actu uel contractu, ut in restitutione fideicommissi, & destructione operis, siue fuerit accessoria, & in exemplo per me posito supra, siue stipulatio fuerit accessoria alterius contractus, ut in themate primo glo. de contractu locationis. item ampliatur procedere siue ista stipulatio accessoria fuerit apposita post contractum perfectum in continenti siue fuerit apposita in ipso contractu perficiendo, quia semper procedit decisio tex. nostri. solum autem est differentia, quia quando apponitur in contractu perficiendo totus contractus dicitur esse collatus in arbitrium tertii. sed si ponitur post contractum perfectum etiam incontinenti totus contractus non dicitur esse remissus, sed solum stipulatio, & generaliter ampliatur procedere in omnibus casibus in quibus stipulatio de restituendo fuit remissa in arbitrium alterius, siue sit principalis, siue accessoria, siue in contractu perficiendo, siue in contractu perfecto, quia has diuersitates casuum nō considerauit iurisconsultus, solam habuit intentionem decidendi omnes casus in quibus stipulatio de restituendo remittitur in arbitrium, in quibus omnibus ipse dixit æqualiter quod stipulatio dicitur esse ipso iure nulla arbitratore non arbitrante, & somnium uerum posuerunt docto. quando restrinxerunt istum tex. ad stipulationem accessoriam contractus, & quod fuerit apposita in contractu perficiendo, ex sola eorum ratione, quia totus contractus annullatur & efficitur conditionalis, cum nullibi in tex. hoc exprimatur, imo solum in eo dicitur quod stipulatio ipsa non ualet, & nullum uerbum ponit de contractu cui sit accessoria. Item ampliatur procedere in omnibus aliis stipulationibus, quia eadem ratio est in omnibus, & solum gratia exempli, & propter contingentiam facti dictum fuit de stipulatione

ne de restituendo. Item ampliatur procedere in omnibus aliis contractibus tam strictiiuris, quam bonæ fidei. l. fin. C. de contrahend. emptio. l. si mercis. §. primo. ff. locati. & l. si coita. eo. titulo. cum multis aliis infra in materia allegandis. & propterea fit generalissima cóclusio, quod omnis contractus & omnis actus potest conferri in arbitriũ tertii, ita quod actus ab initio ualet. item ampliatur procedere siue cóferratur totus contractus, siue unum substantiale, siue unum accidentale, siue res ipsa, per dicta exempla & iura supra allegata. Item ampliatur procedere etiam in ultimis uoluntatibus, per no. in l. 1. ff. de leg. 2. licet Socci. in primo. no. uideatur contrarium tenere. Item ampliatur procedere per quoscunque modos uel gradus fiat remissio, siue per arbitratum, siue per arbitrium, siue cum consilio, siue cum consensu, siue cum auctoritate, quia militat eadem ratio ut talis collatio ualeat in tertium, & ab initio actus subsistat.

51 Sed dubium est † utrum hæc conclusio tam generalis procedat quando fit remissio contractus in liberam uoluntatem tertii uel in uoluptatem, quam quæstionem solam explicat hic Socci. in 1. nota. licet quid sibi uellit non bene exprimat, & difficultatem causat, quia quando remittitur per omnes sex modos prædictos potestas restricta cóceditur ut non possit effici damnosa ipsis remittentibus, ubicunque uero remittitur in liberam uoluntatem seu in effrenatam uoluptatem hæc remissio nimis latas habenas concedit, ut uideatur maximum damnum sibi afferre tantam licentiam conferrendo in tertium. Paulus tamé de Castro in l. stipulatio non ualet. supra eodem, & leg. centesimis. in fin. supra eodem, & in l. 1. supra de leg. 2. tenuit quod idem sit quando remittitur actus in uoluntatem liberam & meram uoluptatem, & hoc probat, quia hoc non reperitur iure prohibitum, cum unusquisque sit moderator, & arbiter in re sua. l. in re mandata. C. mand. & confirmat, quia solum reperitur prohibitum in ultimis uoluntatibus, quæ tunc efficiuntur captatoriæ. l. captatorias. C. de testam. milita. & l. captatorias. supra de hæredibus instituen. ergo a contrario uidetur esse permissum in contractibus, per l. cum prætor. ff. de iudi. ubi qui unum uetat aliud concedere uidetur.

Socci. uero hic in primo no. tenet contrarium, uolens quod si actus inter uiuos remittatur in uoluntatem tertii & meram uoluntatem quod talis remissio ab initio non ualeat, quasi hoc uideatur esse prohibitum per legem. nam cum in hac lege permittitur de arbitrio, & arbitratu non autem de simplici uoluntate, & uoluptate in qua concessio potest esse magis damnosa, quam conclusioné probat per tale argumentum. quoniam in contractibus potestas conferrendi in alium est magis prohibita quam sit in ultimis uoluntatibus, quá maiorem probat, quia in ultimis uoluntatibus remissio ualet in meram uoluntatem debitoris. l. 1. ff. de leg. 2. & tamen non ualet in contractibus, per l. sæpe. §. 1. supra de contrahend. empt. & l. in ementis, alias in uendentis, cum glo. C. de cótrahend. emptio. si ergo subsequitur ipse facilius permittitur remissio in ultimis uolũtatibus, quá in contractibus, nos uidemus, quod in ultimis uoluntatibus non ualet remissio in liberam uoluntatem. d. l. captatorias. ergo tantominus ualebit in cótractibus in quibus fortius prohibetur hæc remissio, & propterea ipse concludit, quod non ualet remissio facta a contrahentibus neque in ultima uoluntate in personam tertii per dictam rationem, & tamen ipse constituit duo capita, unum quando fit remissio in tertium, aliud quando fit remissio in debitorem seu promissorem, & alteram ex partibus. In primo capite constituit regulam contra Paulum de Castro, quod neque contractus, neque ultimę uoluntates possunt conferri in uoluntatem alterius uel meram uoluptatem, per dictam l. captatorias, & a fortiori in cótractibus, quam conclusionem limitat procedere quando uerba sunt clara, sed si uerba essent dubia, ut quia esset facta remissio in uoluntatem nó exprimendo liberam, tunc ualeret, quia tunc uidetur collata in arbitrium boni uiri, per glo. no. in l. penul. ff. de arbi. ubi qui se remittit in manibus inimici ut faciat quod uellit intelligitur se remisisse arbitrio boni uiri, & idem habetur in l. 3. C. de dot. promissio. & per Bald. in lege. fina. C. de contrahenda emptione. quæ remissio in arbitrum seu arbitratorem ualet, ut in text. nostro cum concordanti.

Secundo limitat etiam tenendo opinionem Pauli, quod remissio in contractibus ualeret, ut procedat quando esset merus contractus, secus autem si esset contractus factus in testamento, quia tunc sequeretur naturam ultimæ uoluntatis ut non ualeret, per dictam l. captatorias, si forsan dictum fuisset, hæres meus uendat fundũ pro pretio quod estimauerit Sempronius, arg. tex. in l. si hæres testamento. ff. de actio. empt. & per doctri. Bal. per illum tex. in d. l. fi. C. de contrahen. emp. ut hic per eum, quamuis confuse.

52 Sed tu omnino † teneas conclusionem Pauli de Castro, quod si contrahentes remittant contractum suum in liberam uoluntatem tertii atque etiam in meram uoluptatem, quod talis remissio ualet, propter illam rationem, quia unusquisque in re sua est moderator & arbiter, & data est plena potestas dominis disponendi de rebus suis etiam proiiciendo in mari. l. Meuius. ff. de conditio. & demonstr. & per glo. in §. fi. insti. de rerum diuis. etiam habendo res suas pro derelicto, ut in rub. & nigro. ff. & C. pro derelicto, propterea etiá est concessa talis potestas remittendi in uoluntatem & meram uoluptatem tertii, cum minus sit quam habere pro derelicto, uel mandare quod proiiciantur in mari, & cum non reperiatur prohibitum censebitur esse permissum. arg. l. nec non §. primo. ff. ex quib. causis maiores. cum non sit contra bonos mores, neque ciuiles, neque naturales, quod etiam procedit in ultimis uoluntatibus, ut statim dicetur, excepta hæredis institutione. d. l. captatorias. quoniá in hæredis institutio-

ne consistit totum testamentum, & non fuit rece ptum quod testamentum suum quis ponat in uoluntate alterius mera, dictis iuribus. Nec obstat argumentatio Socin. quia ipse ex diuersis argumentatur, a quibus nõ fit illatio. l. Papinianus exuli. de minoribus. nam ipse argumentatur in terminis quando remittitur in arbitrium debitoris seu alterius ex contrahentibus, conclusio autem ista procedit quando remissio fit in uoluntate alterius tertii, & ista sunt duo diuersa capita in quibus argumentationes fiunt contrariç de cõtractibus ad ultimas uoluntates, nam in contractibus remissio fit generaliter & ualet ab initio, sed non ita generaliter ualet in ultimis uoluntatibus, dicta l. captatorias. in alio uero capite quã do fit remissio in debitorem uel unum ex contrahentibus, tunc facilius permittitur in ultimis uoluntatibus quam in contractibus, iuribus allegatis per Socci. & propterea dixi constituenda esse duo capita separata, & nos loquimur de primo.

Ex quibus habes aliam ampliationem ad regulam tex. nostri, quod remissio facta in personã tertii ualebit ab initio etiam quod remittatur in liberam uoluntatem, & in meram uoluptatem, ut uolebat Paulus de Castro, quicquid dixerit Soccinus, & sic habes generalissimam regulam firmatam hic argu. tex. nostri, quod omnes actus possunt conferri in personam alterius tertii per omnes modos conferrendi & in totum, uel pro parte, & actus ab initio ualet. fallit in hæredis institutione per dictam l. captatorias, & hæc de primo capite, cum distinctione tamẽ infra tradẽda.

53 Aliud est caput† quando disponentes remittunt actum in arbitrium uel uoluntatem debitoris, uel unius ex partibus, & istud caput recipit maiores difficultates, quoniam non ita faciliter remissio ualet, neque in contractibus, neque in ultimis uoluntatibus, in eo tamen capite Soccin. hic faciebat duas conclusiones, prima est, quod in arbitrium seu uoluntatem promissoris contractus remitti non potest, ut in dicta lege, quod sæpe. §. primo, & in lege stipulatio non ualet, supra eodẽ ubi Cuma. & Paulus de Castro assignant rationẽ, quia lex præsumit, quod stipulatio esset ludibrio cum sit credendum promissorem nunquam uelle obligari uel soluere l. si ita stipulatus fuero, sup. eodem, & facit regula l. cum de indebito. supra de probationibus, & fuit ratio Bar. in l. si Titius. supra eod. dum allegat dictam l. stipulatio non ualet, intelligendo tamen, quod nunquam promissor declarauerit uoluntatem suam, & hoc præsumit quod nunquam declarabit ne in obligationem incidat, sed si de facto ipse declararet se nolle soluere tunc posset recurri ad arbitrium boni uiri, per l. duo societatem. §. arbitrorum. ff. pro socio. & si opponatur subdit ipse, quod si de facto promissor ab initio declararet se uelle soluere, quod tunc deberet ualere stipulatio, quia posset habere effectum, respondet quod imo remaneret inutilis promissio, cum posset uariare, argum. l. si quis stipulatus sit Stichum. infra eodem, & si opponatur, quod contractus ualidus potest esse in utilitatem promissoris, & cessat ratio, quod non uellit obligari, per l. qui patitur. ff. mand. & tamẽ non ualet. respondet rationem esse, quia contractus claudicaret, & præsumitur quod eligeret partem fauorabilẽ, & damnosam ommitteret, quod non debet fieri, arg. l. Iulianus. §. si quis a colludẽte. & §. si a pupillo, supra de actio. emp. quam conclusionem ipse ampliat non tantum quando confertur in liberam uoluntatem promissoris, ut cõtractus non ualeat, sed etiam quando confertur in arbitratum & arbitrium, ut nullo casu ualeat, item dicit procedere siue totam uoluntatem contractus conferat siue unum substantiale, per dictã l. quod sæpe. & dicta lege. in ementis, in quibus etiam probatur dictam regulam procedere in contractibus ultro citroque obligatoriis.

54 Tu autem dicas† quod conclusio sua nõ habet difficultatem quando contractus confertur in uoluptatem uel in simplicem uoluntatem promissoris, quam doct. appellant liberam uoluntatem, quia tunc militarẽt rationes adductæ per eum quia est præsumptio ut eligat promissor non obligari excedendo limites rationis in quocunque actu, uel contractu, & ideo præsumptio est, quod semper efficietur inutilis. sed quando confertur in arbitramentũ seu arbitrium promissoris est magis dubiũ propter doctrinam Bar. & gloss. in d. l. 1. ff. de leg. 2. in sua secunda quæstione, ubi dicit, quod si testator grauat hæredem de aliqua re cum qualitate expressa si ipse arbitrabitur, quod ualet legatum & efficitur conditionale, ergo etiam uidetur quod ualeat contractus, & efficiatur conditionalis, cum non uideatur assignari sufficiens ratio differentiæ inter contractus & ultimas uoluntates quando remissio facit conditionem, dicta. l. 1. in secundo responso. de leg. secundo, & infra per Bar. tamẽ pro opinione Socci. facit doctrina eiusdem Bar. in l. centesimis. §. fin. infra eodem. uers. quæro cum in alterius, ubi concludit per illum tex. quod si dictum fuit si uolueris uel arbitratus fueris non attendatur in contractibus quando cõfertur tota substantia uel unum substantiale in alium, ut contractus semper sit nullus, & postea relinquit cogitandum, & allegat dictam legem quod sæpe. §. 1. quæ confundit dicta uerba dicentia quanti æquum putaueris, uel estimaueris.

55 Vnde† uidetur constituendam esse differentiã quam ponit ibi tex. si dictum fuerit, cum uoluero uel cum uolam, & quando dictum est, cum uoluero, quod tunc actus ualeat, secus autem quando dictum fuit, si uolam, uel uolueris, & ratio differẽtiæ potest esse, quia dicendo cum uoluero, præsupponit de præsenti firmitatem contractus, & executionem uidetur differre in conditionem, quæ post tempus ex natura dictionis (cum) inducitur, unde uidetur quod debeat distingui, aut cum præsupponit de præsenti firmitatem in contractu, & in futurum conferrat executionem, & tunc ualere poterit si remittitur in arbitratum, uel in arbitrium partis, sed si talia uerba proferrantur, quod de præsenti nulla firmitas inducatur, tunc remissio non ualet, per dicta iura, & ideo sequitur quod

quod si ab initio declararet se uelle soluere uel contractus appareat utilis, quod tunc remissio ualeret quamuis ipse uideatur uelle tenere contrarium, & propterea remaneat unica ratio quare contractus non ualet collatus in uoluntatem promissoris, quia presumitur quod semper faciet electionem ne ipse obligetur, sed si sunt talia uerba quæ demonstrent utilitatem suam, uel aliquã firmitatem, uel eum uelle obligari, tunc quia cessat dicta ratio, cõtractus etiam in arbitrium promissoris poterit conferri, solum autem huic distinctioni uidetur contradicere generalitas tex. in dicta lege, quod sæpe. §. primo. ff. de contrahend. emptio. & dicta lege in ementis. Ideo distinguas, ut infra.

Secundam ponit conclusionem, quod si actus uel contractus remittatur in arbitrium, & uoluntatem stipulatoris tunc remissio ualet, & obligat ipsos contrahentes, quia remittitur in uoluntatẽ creditoris quem nemo credit arbitrari, ut ipsi nullo modo debeatur, & non erit suspitio quod actus uel contractus efficiatur nullus, & facit tex. in l. si ita legatũ, §. illi si uolet. sup. de leg. 1. ꝑ quẽ tex. etiam in contractibus ita tenet Bar. in l. centesimis. in fi. infra eodem, & probatur in d. l. stipulatio non ualet a contrario sensu, & dicit communiter* sequi doct. quicquid dixerit glo. in l. a Titio. infra eodem. subdit tamen quod dicta ratio potest euitari, quia procedit in ultima uoluntate, & non sequitur, non uitiatur ultima uoluntas, ergo non uitiabitur contractus, sicut dictum fuit supra respectu debitoris, & ita uidetur postea ressidere, quod cum non teneat argumentum de ultima uoluntate ad contractum, nec etiam teneat in hac conclusione, sentiens quod nec etiam in contractibus remissio potest fieri in arbitrium stipulatoris, maxime in contractibus ultro citroque obligatoriis, ut in dict. l. in ementis. C. de contrahend. empt. Sed huic suæ argumentationi satis responsum fuit in præcedentibus, cum loquatur in diuersis terminis, & ex diuersis non fiat illatio, tamen magis obstare uidetur quod dixit Bar. in d. l. centesimis. in 4. quæstio. ubi uoluit ꝙ ualeat ultima uoluntas collata in arbitrium debitoris, & tamen non ualet contractus, ut supra dixi, & si facilius confirmatur ultima uoluntas, ergo non tenet argumentatio. Ideo melius probatur dicta cõmunis conclusio, quod contractus ualeat collatus in arbitrium stipulatoris in d. l. stipulatio nõ ualet a contrario sensu, & quia cessat ratio impeditiua in promissore, quod stipulatio efficiatur elusoria, item melius uidetur probari in. ca. cum iuramento. ex. de homici. ubi illa promissio generalis facta ab hærede (promitto quodcunque postulauerit) ualet licet multa excipiantur, ut ibi Abb. no. & Alex. in l. si ita stipulatus. in fi. col. 2. infra eod. ubi etiam Ias. & facit etiam tex. in dict. l. cum stipulatus fuero illud aut illud quod uoluero, inf. eod. Item facit & habetur in l. post dotem super 5. intellectu, sup. solut. matrimo. Tamen cõtra totam distinctionem uidetur tex. in terminis in d. l. in emẽtis. C. de cõtrahend. empt. qui dicit, quod non ualet uenditio collata in arbitrium ementis, neque uendentis, & tamen unus est debitor, & alter est creditor, & sic uidetur destruere totam distinctionem positam hic per Socci. & doct. Ruy. etiam hic multum insistit, & nihil boni uidetur dicere.

56 Quare tu†pro solutione debes aliter distinguere, & ad euitandam confusionem opportet separare contractus simplices a contractibus correspectiuis, & in unoquoq; genere dare suam theoricam separatam, & ideo dicas, Aut sumus in cõtractibus simplicibus, & facias conclusionem claram & facilem quod si stipulatio uel donatio confertur in arbitrium stipulatotis uel donatoris talis stipulatio ualebit, per tex. in dicta l. stipulatio non ualet, a contrario sensu, & per tex. in dicta l. si ita legatum. §. illi si uolet. ff. de leg. j. & est tex. in terminis in l. si libertus ita iurauerit. ff. de op. liber. & ratio est, quia præsumitur quod semper arbitrabitur ut obligatio nascatur & actus non efficiatur elusorius, sed tamen si tunc nimis sibi applauderet augendo donationem, & obligationem reduceretur ad arbitrium boni uiri si quantitas esset collata in eius arbitrio. d. l. si libertus ita iurauerit, & est glo. in spetie in dicta l. pen. ff. de arbi. quę dicit quod ualet oblatio, remitto me in manus tuas ut facias quod uelis, nam talis remissio ualet, ut ibi tenent omnes. sed intelligitur facta arbitrio boni uiri, quod ultimum non est præsentis speculationis, sed pertinet ad sequentẽ articulum principalem, ubi discutietur an possit recedi a persona, tamen quantum ad præsentem articulum sufficiat hoc, quod si remittatur actus uel contractus in arbitrium stipulatoris ualet ab initio, & stipulatore arbitrante obligabitur promissor, & non poterit recedere nisi per remediũ reductionis ad arbitrium boni uiri, quod quando possit fieri declarabitur in sequenti articulo, quod etiã procedit in ultimis uoluntatibus, per dictam. l. si ita legatum. §. illi si uolet. ff. de leg. 1. Si uero ponatur in arbitrio promissoris, & tunc regula est negatiua, quod non ualet, dicta l. stipulatio non ualet, cum aliis supra adductis, & ratio est quam posuit Paulus de Castro, quia est præsumptio, quod ipse arbitrabitur ut nihil teneatur præstare, ut efficiatur elusoria stipulatio, unde si cessabit ista ratio quia per alia uerba appareat quod uult obligari, tunc ualebit etiam in arbitrium debitoris, sed si inique arbitrabitur, tũc poterit reduci ad arbitrium boni uiri in casibus permissis, de quibus dicemus in sequenti articulo. Nec obstat ratio Socci. quod posset esse contractus utilis, quia hoc non est uerum, neque potest reperiri in contractibus simplicibus, cum solum possit euenire in contractibus correspectiuis de quibus nunc non est sermo, fallit etiam quando dictum fuit, cum uoluero, quia tunc ualebit etiã in arbitriũ promissoris, per d. l. centesimis. §. fin. inf. eo. & est ratio ut dixi, quia tunc non uidetur contractus remissus in uoluntatem, sed solũ ipsa executio, quoniam dictio (cum) denotat tempus & postea conditionem, ut ibi not. ut conditio fit

in executione,& promissio uideatur nunc facta de ipso contractu,& in hac materia multū attenditur tex.in l.nonnunquā.ff.de cond.& demonst. & l.expressa.de reg.iur.& est text.not.in l. si quis Sempronio.ff.de hæred.inst.qui dicit institutionem collatam in arbitriū alterius expressum esse captatoriam,secus si inferatur in arbitrium alterius uelatum,ut si Titius ascenderit capitolium, & ibi allegatur dicta regula expressa, & d. l. non umquam. de condi.& demonstra.

57 Secundum genus est† contractuum correspectiuorum,& in istis non potest dari distinctio an cōferratur in arbitriū debitoris uel creditoris,quia in eis uterque semper est debitor & creditor, sed solū debemus distinguere utrum totus cōtractus conferratur in arbitrium tam creditoris, quam debitoris,& non ualet d.l.in ementis. C. de contrah.emptio.& idē etiam erit si conferratur unū substantiale,seu melius si conferratur unum de respicientibus formam totius cōtractus, ut est pretium in uenditione,& tunc similiter remissio nō ualet.d.l.quod sæpe.§.1.ff.de contrahen.empt.sin autem conferreretur res ut esset in arbitrio uenditorsi dare uel non dare rem,& idem esset, quia esset collatum unum substantiale. sed *si una res promissa fuisset,qualis autem fuerit uel tradenda sit,tunc ualebit collatio ab initio,quoniam dicetur esse unum accidentale.§.sed emptio. instit. de emptio.& uenditio.& lege quod si nolit. §. si quid ita uenierit.ff.de ædi. edicto. cum licet uideatur res de substantia contractus, quia sine re nullus contractus ualet l.domum. ff. de contrah. emptio.tamen quia uelate confertur hoc substantiale, quoniam in effectu non ipsa res sed placitum ipsius rei confertur,ideo tolleratur quod ualeat,sinautem confertur aliquod accidentale cōtractus in arbitrium cuiuscunque contrahentis, tunc similiter contractus ualet.l. hæc uenditio.ff. de contrahend.emptio.ubi conditio(si reddiderit rationes)quæ non est de substantia contractus remittitur in uoluntatem domini ualet,& si dicatur quod imo ibi est substantia contractus, cum tota uenditio sit suspensa propter illam conditionem,& ea deficiente corruat totus contractus,tamen apperte non committitur in arbitrium hoc substantiale sed uellate & in quandam consequentiam,& in hac materia permittitur, per supra dicta,arg.dictæ l.si quis Sempronium,ff. de hæredibus instituendis,& dicta l.nonnunqnam. cum similibus,& hæc de contractibus.In ultimis autem uoluntatibus alia Theorica tradenda esset, quæ cum proprie nō pertineat ad legem nostram, sufficiet remissio ad notata per Bar.& Paulum.in d. l.1.ff.de leg.2.aliqua tamen statim subiiciam.

58 Habes igitur† resolutum unum articulum, & primam dubitationem respicientem materiā nostram,utrum si actus, uel contractus conferratur in arbitrium alterius an ab initio ualeat,& urget ipsas partes,in quo breuiter distinguendum duximus,aut enim confertur in arbitrium tertii, & tūc datur regula generalissima,quod ualet actus ab initio,cum multis ampliationibus traditis in prin.istius no. ut appareat quod generalior esse non potest.fallit in institutione hæredis,quia tūc uoluntas efficitur captatoria,per dictam l. captatorias.C.de milit.testam.cum similib. Sin autem actus uel contractus remittatur in arbitrium partium seu unius ex contrahentibus,& tunc distinguas inter contractus simplices, & contractus correspectiuos,& ultimas uoluntates.

Primo casu subdistingue,aut confertur in arbitrium stipulatoris, & tunc contractus ab initio ualet per dictam leg.si libertus ita iurauerit, de oper.lib.& dictū cap.cum iuramento,de homi.& per glo.in l.penul.ff.de arbitr.& dicta.l. si ita legatum.§.illi si uolet.ff.de leg. 1. tamen aliquando si inique arbitratur stipulator recurritur ad arbitrium boni uiri secundum distinctionem tradendam in sequenti articulo.Si uero confertur in arbitrium debitoris, & tunc regula constituitur, quod contractus ab initio non ualet collatus in arbitrium promissoris propter illam rationem, quia præsumitur quod actus efficeretur elusorius. fallit quando dictum fuerit, cum uoluero, quia tunc ualet,per tex. in l.centesimis. §. fin. infra de uerbo.obligatio. Secundo fallit quando sunt apposita aliqua uerba per quæ apparere potest, ꝙ debitor aliquid obligabitur præstare, & tunc ualebit omnino si conferatur in arbitrium partis debitoris,& si conferratur in simplicem uoluntatem,adhuc ualebit in casibus in quibus poterit recurri ad arbitrium boni uiri,ut in sequenti articulo,quia cessat dicta ratio quod actus efficietur elusorius. Tertio fallit, quando uellate aliquod est collatum in arbitrium promissoris,arg. eorum quæ statim dicemus.

Secundo casu istius secundæ partis,quando sumus in contractibus correspectiuis, & tunc non potest dari præcedens distinctio, qnia uterque est debitor & creditor, sed distingui debet, aut confertur totus contractus,& non ualet, per dictam l.in uendentis.C.de contrahend.emp.Idem est quando confertur pretium uel aliquod aliud substantiale,& tunc similiter non ualebit, per dictam l.quod sæpe.§.primo.de contrahend.empt. Fallit quando uellate illud substantiale confertur,ut si res ipsa conferratur,arg.l. quod si nolit. §.si quid ita.ff. de ædili. edicto. & §. sed emptio. & uenditio. Si uero confertur unum accidentale,&tunc remissio ualet ab initio si fiat super contractu perfecto.l.domum,& l.suæ rei.& l.si in emptione.ff.de contrahend.emptio. & si remittatur substantiale in actu perficiendo, adhuc etiam ab initio ualet.dicta leg.hæc uenditio.ff.de contrahend.emptio.quia efficitur substantiale per accidens,& uidetur esse remissum arbitrio boni uiri, ut ibi not.si uero remittitur res ipsa, & tunc similiter ualebit.d.§.sed emp.& d.§.si quid ita.

Tertio casu quando remittitur ultima uoluntas,& tunc si remittitur in arbitrium creditoris, similiter ab initio ualet in legato,d.l.si ita legatum.§.illi si uolet.ff. de leg. 1. & etiam institutio si uellate fiat,ut sub conditione,ut d.l.si quis Sempronium,& etiā in uoluntatem hæredis liberā. l. Corne-

Cornelius,& lege illa uerba.ff.de hæredib.instit. & aliquando efficitur conditionalis, & aliquando non, ut dicitur in dicta lege Cornelius,& no. in lege 3.ff.de lega. primo. Fallit tamen quando apperte confertur in uoluntatem liberam, quia tunc efficitur captatoria,dicta lege captatorias, & lege illa autem.ff.de hæredi. insti.si uero confertur in arbitrium debitoris & hæredis, si est legatum,& tunc si dictum fuerit arbitrio talis, semper ab initio ualet,dicta lege prima.ff.de lega. secundo, si uero dictum fuit conditionaliter, & tunc distinguitur utrum dictum sit si uolueris,uel dictum sit si putaueris, uel si æstimaueris, primo casu non ualet,dicta lege fideicommissa.§.quamquam.ff.de lega.tertio.& lege si sic.ff.de lega.primo,& habetur per Bart.in dicta lege prima.post gloss.ad quæ tamen dicta circa hunc tertium casum pro suplemento remitto. Ex quibus habes plene expeditum hunc primum, & principalem articulum istius materiæ, nunquid autem postea duret, uel annulletur est alia quæstio de qua etiam tractatur in hac lege, & infra separatim examinabo.

59 Per quem† articulum apparet quod aliquando ab initio actus remissus in personam tertii non ualet,& in omnibus dictis casibus in quibus non ualet nihil amplius habemus quærere quantum pertinet ad materiam nostram, quoniam si ab initio actus non ualet non est fundamentum, propter quod possit eo arbitrante habere effectum,quia quod ab initio non ualet non potest ex tractu temporis reconualescere, regula quod ab initio,de reg.iur.in 6. nec ipse tertius habet aliquam iurisdictionem seu notionem ut possit ualidare actum,solum autem materia nostra procedit quando ab initio contractus ualet, nam tunc obligat partes, & retinet contractu in suspenso donec arbitretur ille,& eo arbitrante perficitur in totum,eo uero non arbitrante annullatur in totum plerunque aliquando uero adhuc durat,& receditur a persona recurrendo ad arbitrium boni uiri,qui casus declarabuntur infra in alio articulo.

60 Secundo † principaliter notandum est ex isto tex.quod stipulatore existente in mora reus non potest teneri,quasi ipse moram fecerit, quæ uerba inferre uidentur,quod existente in mora stipulatore reus non potest incidere in moram, unde inducitur magna & notabilis conclusio ualde, quod mora stipulatoris impediat moram rei ut ea durante ipse in eam incidere non possit, quæ conclusio recipit duas partes, una est quando ipse stipulator perseuerauit in sua mora usque ad finem temporis,prout in tex. nostro intelligunt docto.hic facientes unum præsuppositum, quod hic contractus erat remissus in arbitratum Lutii Titii ut infra duos menses uel unum annum deberet arbitrari,prout etiam declarat Bar.infra in quarta quæstione, & nunc omnino impeditur mora Rei,cum finito tempore apposito cessat iurisdictio seu notio ipsius arbitratoris ut amplius quæstionem dirimere non possit, unde uerificatur plene consequentia, quod cum sit contractus conditionalis,eo non arbitrante, corruit in totum sicut cæteri contractus conditionales, & perinde habetur ac si nunquam fuisset factus,ut dicitur in lege fin.C.de contrahend.empt. eo enim deficiente cessat subiectum propter quod reus possit incidere in pœnam,ut dictum fuit in figuratione casus. Item cessat obligatio ipsius rei, propter quam poterat incidere in moram, item cessat promissio de restituendo,& stipulatio pœnalis, quia deficiente principali contractu deficiunt omnes clausulæ,& stipulationes accessoriæ, ut per glo.in lege si patronus.§. patronum. ff. si quid in fraudem patronorum,& cum finiatur in totum contractus non potest recedi a persona,& recurri ad arbitrium boni uiri, quia regulariter quando remittitur in arbitrium tertii non receditur a persona,ut hic,& in dicta lege fin.in finalibus uerbis, quamuis si committatur in personam unius ex contrahentibus, uel promissoris aliquando recedatur a persona, & recurratur ad arbitrium boni uiri,lege hæc conditio.ff. de conditio.& demonstratio,& l.si libertus ita iurauerit.ff.de oper.liberto. & aliquando si adhibetur super contractu perfecto, iuxta legem domum,in principio,& legem suæ rei,& l. si in emptione.ff. de contrahend.emptio.& in aliis casibus ponendis infra in suo articulo an recedatur a persona arbitratoris. Cum igitur finito tempore cesset iurisdictio arbitri item eo non arbitrante deficiat conditio sub qua factus fuit cōtractus, & omnes clausulæ accessoriæ deficiente principali deficiunt,apparet quod decisio est ualde rationabilis posita in tex.quod reus nō incidit in moram, neque teneri potest quasi moram fecerit.

61 Secunda†est pars istius conclusionis,quod etiā durāte tempore compromissi mora stipulatoris impedit reum incidere in moram, quod etiam uidetur dicere iste tex.quia si stipulator fuit negligens in comparendo coram arbitro, uel in non instruendo eum,potuit etiam esse negligens ipse reus in non comparendo, & non instruendo arbitrum,& nihilominus tex. præsupponit quod reus non incidat in moram, neque teneri possit, quasi moram fecerit, & propterea fit conclusio magna & notabilis ualde,quod mora stipulatoris impedit reum committere moram, & quod durante mora stipulatoris reus non potest incidere in moram, quam conclusionem hic admittunt communiter * docto. tamen uidetur habere difficultatem magnam, & contra eam facit tex.in dicta lege diem proferre.§.si quis litigatorum. supra de arbitris, ubi text. æqualiter dicit, quod stipulator incidit in moram, & pœnam si non comparet coram arbitro, & æqualiter quoque reus incidit in suam moram & pœnam si non comparet coram arbitro, ergo mora unius non uidetur quod possit impedire moram alterius, & hoc uidetur suadere ratio naturalis, quia sunt diuersi homines,& tenentur ad diuersa facta, & ad diuersas cōparitiones & instructiones, quę se inuicē non tangunt,unde cum nihil habeant cō-

mune inter se non uidetur ꝙ eorum cõcursus impediri possit per tex. ita argumẽtantẽ cũ materia in lege naturaliter. §. nihil cõmune. supra de acq. poss. Confirmatur & tertio per tex. in l. illud. ff. de periculo & commodo rei uenditæ, qui expresse dicit actorem, & reum committere moram, & addit quod ultima mora est illa, quæ nocet, tamẽ præsupponit, quod utraque mora eodem tempore concurrat licet ultima postea præualeat, & hoc idem habetur in lege. item illa. ff. de consti. pecunia, quæ similiter cum lege præcedenti præsupponit debitorem, & creditorem committere moram, suadetur etiam per glo. in dicta lege secunda in fin. supra si quis in ius uocatus non ierit, & in lege fin. §. sed si stipulet, supra de eo per quem factum erit, quæ dixit quod si actor citauit reum, & non comparet in tempore apposito in citatione coram iudice, nihilominus reus efficitur contumax, & sic contumacia actoris non impedit contumaciam rei, ideo idem uidetur dicendum generaliter, & propterea uidetur quod limitatio necessaria sit danda ad tex. nostrum, ut intelligatur quod solus stipulator fuit in mora, & quod reus ipse fecerit suam diligentiam, & fecerit instructiones, & alia ad quæ tenebatur, ita ꝙ ex sola culpa stipulatoris arbitramentum non fuit sequtum, alioquin si fuisset sequutum non procederet decisio tex. nostri, sed ipse reus posset ex sua mora incidere in pœnam, & prima facie hoc uidetur multum rationabile.

Nihilominus ego puto conclusionem istam tex. nostri generaliter procedere, prout etiam docto. sentire uidentur, quod si stipulator commisit moram durante tempore ipsius compromissi, reus non dicatur incidere in moram, & semper, uerificetur tex. noster si actor perseuerauit usque ad finem temporis, quamuis reus, & ipse fuerit negligens quod non possit teneri quasi moram ipse fecerit, ut probat iste text. in sui generalitate. inducens conclusionem, quod durante mora stipulatoris reus non possit incidere in moram, & ratio est, quia mora rei dependet a diligentia & instantia actoris, & actor est principium a quo causatur materia moræ. nam cum ipsa dicatur esse celatio, seu frustratio, ut habetur in lege, quod te. ff. si cer. petatur, non potest hæc frustratio esse in reo ubicunque & ipse actor frustratur. Neque reus dicitur cessare quando actor non instat.

62 Nec obstant † adducta in contrarium, & primo tex. in dicto. §. si quis litigatorum, quia ille text. non dicit quod si citatus fuit stipulator, & non compareat reus, quod ipse incidat in pœnam si stipulator non comparuit, sed uoluit, quod diuersis temporibus ipsi separatim fuere citati, & unusquisque ex sua non comparitione incidat in pœnam, potuit enim uno tempore citare arbiter actorem, & quia non comparuit ipse factus fuit contumax, & postea ad alium actum citare reum, & si non comparet efficitur contumax, & incidit in pœnam, non autem dicit, quod ex citatione actoris etiam quod uterque sit monitus ipse reus efficiatur contumax non comparente actore, & sic ille text. loquitur in diuersis terminis, non obstat quod teneantur ad duo facta diuersa quæ se inuicem non tangunt, & sunt compatibilia, argumen. dicti. §. nihil commune, quia respondetur uerum esse quando actor citatur ad unum actum, & reus citatur ad alium, quia tunc uterque potest suam moram committere, secus autem quando est unicus actus ut erat in tex. nostro, quia uterque debebat instruere arbitrum, & petere decisionem, tunc enim existente actore contumace reus non potest, & ipse esse contumax, quia tunc actus est idem, & inuicem sunt incompatibiles iste moræ, cum frustratio existens in eodem actu in stipulatore non potest facere quod sit frustratio ad eundem actum in reo, & sic procedit conclusio tex. nostri.

Non obstat lex illud. ff. de periculo, & commo. rei uenditæ, quia nec ipse dicit quod actor, & reus eodem tempore sint in mora, sed præsupponit uno tempore creditorem esse in mora, & alio tempore reum, & quod creditor ipse prius purgauerit moram suam, & succedit postea decisio ꝙ utraque mora nocet, quia prima est extincta, & propterea ille tex. potius probat contrarium, quod eodem tempore mora rei & actoris ad idem concurrere non possunt, sed una debet præcedere aliam, quo casu non contradicit tex. nostro, qui intelligitur quod mora stipulatoris durauit usque ad finem temporis, ita quod nunquam fuit purgata, & nunquam fuit locus moræ rei, quæ duæ concurrere non possunt, eodem modo respondetur ad text. in dicta lege illa, cum concordantibus, quia expresse dicit moram prius fuisse in creditore, & postea in debitore, & quod una extinguit aliam.

63 Et propterea † remanet conclusio firma, quod durante mora stipulatoris non potest esse mora in reo considerabilis, quia mora stipulatoris eam absorbet, & licet postea in alio actu reus fuisset in mora, tamen durante stipulatore in sua, illa semper absorberet moram rei, & procederet decisio istius tex. unde remanet, quod licet hæc conclusio tex. habeat duas partes, tum in utraque potest procedere, ut reus non incidat in moram finito contractu, nec etiam durante contractu ipse potest incidere in moram considerabilem durante mora stipulatoris.

64 Et ad † text. nostrum hæc sola restrictio danda est, quod compromissum erat factum cum præfixione temporis impositi ab homine uel lege, & quod stipulator perseuerauit in sua mora usque ad finem illius temporis, quia eo durante non potest in reo mora considerari, item ad illa uerba, quasi moram fecerit, datur expositio, id est, non inquiritur an ipse moram fecerit, quia etiam si commisisset moram, tamen non consideratur, quoniam mora stipulatoris eam absorbet, & expositio clara est, & naturalis, non autem debet dici, quod propter dictionem (quasi) præsupponatur quod Reus moram commiserit, quia illa denotat improprietatem, quoniam etiam denotat ueritatem, lege prima. ff. de tran-

transact. & sic sensus est, reus non tenetur ad pœnam quasi moram fecerit, quia siue commiserit, siue non, illa non est considerabilis, cum absorbeatur a mora stipulatoris.

65 Non obstant† dictæ glo. in contrarium allegatæ, quia propter dictas rationes communiter docto. ibi & hic reprehendunt eas, dicentes quod si actor non comparet in iudicio in tempore præfixo in citatione, & non accuset contumaciam rei non potest dici reus in mora, quia contumacia actoris præualet & absorbet contumaciam rei, ideo in practica semper obseruandum est, ut in tēpore præfixo compareat actor, & accuset contumaciam rei, alioquin reus non poterit dici cōtumax, & si postea ferreretur sententia per iudicem tanquam in reum non comparentem sententia esset nulla, quia non esset lata contra absentē contumacē, & cautela est, quod iudex antequā ferat sententiam dicat, uisa citatione, & uisa accusatione contumaciæ facta ab actore, ad hoc ut demonstret se fuisse certum de contumacia rei, ut declarat Bar. no. & late in l. multum interest. ff. de cōd. & demonstratio. & no. in l. consentaneum. C. quo modo & quando iudex, & arg. tex. in l. arbiter calendis, supra de arbitr. & satis ut dixi probatur ex tex. nostro.

66 Et ideo† inferebat Anchar. in consi suo 94. dicens quod si ex forma statuti pro executione instrumenti guarētigiati dicatur, quod si reus fuit peremptorie citatus & non compareat ponatur in banno & carceretur, nec relaxetur donec satis fecerit, si eueniat quod actor citauerit reū, & non comparuerit in tempore præfixo, accusando contumaciam non poterit poni in banno neque carcerari, quia reus non accusante actore non potest dici cōtumax neque in mora. sed dicetur citatio circunducta, & perinde habebitur ac si non esset facta, unde erit opus noua citatione, & hoc communiter* approbatur per doct. & in Regno Nea
67 politano passim in practica seruatur. Nam† ex ritu magnæ curiæ uicariæ est inductū, quod instrumenta liquida authentica cum iuramento de facie ad faciem, mittantur executioni, & si citatus quis fuerit trina citatione, uel una pro tribus peremptorie, cū tribus terminis, & nō cōpareat in ultimo termino ipse efficitur contumax, & ex forma illius ritus debet comparere cum sacco paratus, alioquin carcerabitur etiam existens in domo, & non relaxabitur donec satisfecerit plene, tamen opportet ut ipse actor compareat in quo libet termino, & accuset illas tres contumacias alioquin eo non comparente circumducta erit citatio, & perinde habebitur ac si non esset facta, & erit opus noua citatione, & bene per prædicta. Sed unum plus est in dicto ritu, quia contumaciā debitoris uoluit punire, disponens quod postquam fuit citatus, & carceratus quia non obtulit saccum paratum ipse incidit in pœnam decem pro centenario, quæ præstare debet regio fisco ultra plenam satisfactionem debiti, & si eueniāt, quod actor non comparuerit in istis tribus terminis, & non accusauerit contumaciam, ipse incidit in pœnam dictorum decem pro centenario, quasi illuserit curiam non comparendo postea, & accusando contumaciam rei, uel non probauit debitum a quo posset habere illa decem, & causa istius pœnæ est, quia dicta exequtio petitur sub colore quod est periurus, & incidit in pœnam manus, & ideo accusatur criminaliter de periurio, & proceditur sicut in causa criminali, tamen quia raro probatur dolus, ex usu pœna manus conuersa fuit in pœnam pecuniariam decem pro centenario, in quam etiam incidit actor ex turpilliano si desistit a dicta accusatione, non accusando contumaciam, & hac de causa opportet, quod creditor compareat personaliter, etiam ꝙ esset magna fœmina, sicut in aliis causis criminalibus, & iudex accessorie cogit Reum soluere debitum.

68 Effectus† autem est magnus, quod durante contumacia actoris non potest reus esse in mora, nā si eueniret quod interim res periret, tunc periculo ipsius actoris periret, & liberaretur reus ab eius restitutione, cum si reus esset in contumacia diceretur perire periculo ipsius rei, ut possit teneri ad æstimationem, per ea quę late habentur in lege, quod te. ff. si cer. petatur, & tangitur per Bart. infra in secunda quæstione. sed si eueniret, quod essemus in quarto casu, quando solus reus commisit moram, tūc omnimodo ipse incideret in pœnam, & res periret periculo ipsius rei, & ad eius æstimationem teneretur, quasi conditio esset adimpleta, argum. legis in executione. §. fin. infra eodem, cum aliis positis supra in quarta figuratione casus, & tunc non potest dici, quod sit extinctus contractus, seu quod fuerit extincta stipulatio cum suis clausulis, quia cum fingatur arbitramentum latum fuisse in fauorem ipsius actoris, contractus dicitur esse impletus, & tenetur ad executionem sicut si arbitrator arbitratus fuis-
69 set, & quamuis† illud arbitramentum quale fuerit dicatur apud nos incertum, & quale precium in uenditione constitutum fuerit, tamen cum fingatur a lege latum fuisse quæ certa est de iis quæ sunt in rerum natura arbitramentum tanquam certum reputabitur & ut manifestetur hominibus, erit necessarium recurrere ad iudicem, qui in claritatem illud reducat, declarando modum & qualitatem illius arbitramenti ut infra dicetur.

70 Et si dicatur† quare stipulatore non cōmittente moram ipsa conditio non habetur pro impleta, ut executionem contractus habeat, respondetur, quod illa regula, quod si per eum stat conditio habetur pro impleta, habet locum tantum quando quis tenetur aliquid facere impleta conditione, & in eius pœnam adimpletur, secus autem est, quando nihil tenetur facere, sed solum potest agere, quia sufficit, quod contractus non habeat effectum, & ipse priuetur actione sua, propter illum contractum sibi competente quam nunquam amplius habebit, ut careat commodo contractus, & satis punitur ipse stipulator propter moram suam quod

priuatur commodo contractus, & frustra laborauit conficiendo eum, quia negotium remanebit in suo statu perinde ac si nunquam cõtractus ille factus fuisset, & sic stipulator habet pœnam, quod priuatur commodo contractus,& frustra laborauit,reus uero quando solus commisit morã habet pœnam quod tenetur adimplere contractum perinde ac si adimplementum esset interpositum,& tenetur soluere pœnam. sed si ipse stipulator quoque aliquid promisisset facere,& pro eo promisisset pœnam,& tunc etiam in ipso stipulatore,quia in hoc capite esset promissor, ex mora sua haberetur conditio pro impleta,& teneretur adimplere & soluere pœnam.arg.dicti. §. si quis
71 litigatorum. Vnde†in contractibus correspectiuis a quacunque parte committatur mora conditio communis habetur pro impleta, & agitur semper ex illo contractu,ut est tex.in dicta.l.hæc uenditio.in fi.principii.ff.de contrahend. empti. ibi,conditio impleta est,& ex suo contractu agitur nisi forsan alter pro parte sua implesset, uel offerat legitime, iusta l. Iulianus §. offerri. ff. de actio.empt.cum sua materia.& quando pœna est promissa,cõtractus in totum finitur, quia illa absorbet totum actum,per l.diem proferre.§.si quis litigatorum.ff.de arbitris,& l.si duo. §. semel.eo. titulo.& argumento.l.si pacto. §. rescripto. ff. de pact.& sentit Ias.hic in tertio no.nisi sit apposita
72 †clausula(rato manente pacto)quia tũc soluitur pœna,& adhuc agitur ex contractu,ut in dicto.§. semel dicitur.& si eueniret quod interesse excederet pœnam,tunc in illo pluri posset agere etiã ad interesse,iuxta not.in lege prædia.ff.de actio. emp.& plene habetur in l.quod te.ff.si cer.peta.
73 Tertio†notandum est in uersi.quid ergo,quod si per arbitratorem stat quominus arbitretur,ipse moram committit, & reus non tenetur quasi moram fecerit,& per consequens sicut mora stipulatoris impedit reum committere moram, ita & mora arbitratoris facit quod reus non potest incidere in moram, & eadem ratio uidetur, quæ assignata fuit quod reus non potest dici frustrari,& cessare si non est iudex coram quo agat, ut de actore in precedenti notabili dictum fuit, & fortius etiam militat,quoniam iudice non interueniente,ut possit procedi in causa non potest esse principium a quo mora possit descendere, & procedit non tantum postquam ipse arbitrator lapso tempore desiit habere potestatem,sed etiã durante potestate cum tempore, sicut etiam dictum fuit de stipulatore.
74 Sed ut plenius†appareat,dubium est quomodo iste arbitrator possit esse in mora,cum ille nõ possit cogi arbitrari,l.fi.§.sed & si quis.C.communia de lega.& le. 3.§.1.responso.1. ff. de arbitris. sed tu resoluas distinguendo, si non acceptauit, & labatur annus dicitur esse in mora non acceptandi quasi noluerit,non ut ipse puniatur, sed ut contractus tanquam defectus conditione annulletur,sin autem acceptauit, tunc poterit esse in plena mora non arbitrando infra tempus, & non assignando diem in quo partes debeãt comparere,dicta lege,diem profere.& leg.sed & si cõpromissum.ff.de arbi.uel interpellatus non fecit copiam sui,ut posset recipere informationes, & tunc quoniam acceptauit non finitur tempus per cursum unius anni,ut in præcedẽti casu,sed durat potestas arbitrandi non obstante mora, & aliud remediũ fuit inductum, quod hac de causa possit cogi a iudice arbitrari,iuxta tex. in dicta leg. 3.§.1.primo responso, supra de arbitris, & per mulctam etiam puniri.
75 Sed tamen†quantum ad propositum text. nostri, siue negligat acceptare,siue acceptauit,& negligit capere informationes usque ad finem temporis æqualiter dicitur esse in mora, quia tunc conditio deficit,& contractus remanet nullus, & corruit etiam stipulatio pœnalis, quæ est eius accessoria,dicta l.si patronus.§.patronum.ff.siquid in fraudem patronorum. nec potest impleri per bonum uirum,quia non receditur a persona, ut dixit tex.in dicta l.fi.§.fi.C.de contrahend.empt. quamuis in aliis contractibus correspectiuis si remittitur ad arbitrium partium eo non arbitrante recedatur aliquando ut dictum fuit in præcedenti notabili.
76 Sed tamen†remanet dubium,an tunc arbitrandi potestas finiatur interueniente dicta mora, & tex.hic uidetur innuere,quod sic,cum præsupponat contractum nullum habere effectum, sed tamen glo.in l.illud.ff.de peri.& commo.rei uenditæ,presupponit,quod non finiatur arbitrandi potestas,& hanc opinionem tenet hic Socci. uolens quod arbitrandi potestas sit perpetua.sed Bar.infra.in quarta quæstione uidetur sentire, quod finiatur per annum, ego uero ultra alios ibi,dicã, quod siquidem arbitrator non acceptauit tunc finitur per uoluntatem seu propter negligentiam suam per annum,dicta l.fi.§.sed & si quis.C.communia de le.& l.si mater.§.primo.ff. ad tertullia. sed si acceptabit tunc nõ finitur nisi per cursum temporis appositi in compromisso, & si nullum tempus est appositum durat perpetuo argumento. tex.in d.l.sed & si compromissum,cum glo.fi. ff.de arbitr.& ibi Bar.no. dicens in hoc differre compromissum a iudicio, quia iudicium finitur per triennium post litis contestationem,l. properandum.C.de iudici. sed compromissum durat perpetuo saltim usque ad triginta annos,nisi forsan essent arbitri iuris, qui assimilantur iudicibus,l.cum apertissimi.&.l.fin,& ibi Bart. C.de iudici.unde semper durante dicto tempore poterit ipse arbitrator post suam moram adhuc notificare partibus quod ipse est paratus se informare,& decidere in causa, & ita purgare moram suam,arg.l.item illa.ff.de consti.pec.& tunc contractus non erit finitus,& poterit habere effectũ suum & reus incidere in moram sicut si nunquã ipse commisisset moram,cum purgatio moræ restituat contractum ad priores terminos perinde ac si nõ fuisset commissa,ut infra dicemus super glo.2.unde hoc casu nõ procederet iste tex.quod conditio haberetur pro defecta & contractus esset annullatus,& ideo in hoc tex. præsupponitur quod

quod tempus fuisset appositum ad arbitrãdum, ut etiam dictum fuit in præcedēti articulo de sti pulatore,& quod ipse arbitrator stetit in mora usque ad finem temporis, quo casu conditio dici tur esse plene defecta, & contractus remanet nul lus cum esset finita arbitrandi potestas.

77 Quod procedit†etiam si sub nomine dignitatis factū esset compromissum,quia moriente præ senti iudice non reccurritur ad successorem secū dum Ruy.hic per tex.in cap.fi. de officio delega ri.& per Bar.in l.qui liberis. §. hæc uerba. ff. de uulg.& pupill.& ad capitulum quoniam abbas. de officio deleg.respondet quod loquitur quan do committitur iurisdictio secus quando committitur aliquod factum personale causatum ab industria speciali,ut per Inno.in d. cap. fi. putarem tamen quod si partes non cognoscerent per sonam quod non uiderētur se restrinxisse ad cer tam personam, cum non haberent maiorem con fidentiam in præsenti iudice quam in successore, & ideo sequens posset arbitrari,quasi esset idem, & eo non arbitrante non recederetur a persona iudicis illius dignitatis, & sic non esset commis sum arbitrium boni uiri,& contractus esset conditionalis, sicut incerta persona quæ nunquam moreretur,quādo autem eligitur certa persona, tunc quia eligitur industria personæ non poterit delegare istam potestatē.cap.fi.§.j. de officio de leg.l.prima.ff.de offi. eius cui mand. est iurisdictio,& est tex.in terminis in capit.is cui. de officio delegati.in 6.& capi.quoniam apostolica.de offic.delega.in antiquis.& l.inter artifices.ff. de solu.de hoc tamen an possit fieri delegatio. in fra alibi ponam.

78 Quinto†notandum est in l.sequenti, in uerbo (omnino)secundum expositionem docto. qui di cunt,quia mortuus est uel aliter impeditus arbi tratore non arbitrante quia non potuit,quod ad huc Reus non tenetur quasi moram fecerit,& ratio est apparens,quia nō existente iudice qui de claret qualitatem restitutionis, Reus non potest committere moram, nec curatur an moriatur in fine temporis uel in medio, cum semper extinguatur potestas,quia non receditur a persona, si tamen esset occupatus pro parte temporis tunc posset esse in mora,& non procederet iste tex.sed opportet distinguere,ut in secundo casu,dum au tem docto.hic uolunt quod arbitratore moriente Reus non incidit in morā, colligitur quod arbitrandi potestas non transit ad hæredes arbitra toris,quia si transiret duraret potestas in eis, & Reus posset incidere in moram,& est ratio, quia hic contractus fit ex confidentia quā habent par tes in arbitratore,quæ cessat in eius hærede.facit

79 l.in cōpromissis.ff.de arbitr.Quod† procedit ēt ut dixi quod esset successor in officio,uel esset de legatus,ut dixit expresse tex.in l.cum stipulatus sim mihi a Proculo.in fi. principii. infra eodem, sed in contrarium facit text. in leg. si stipulatus fuerim illud aut illud quem uolam. ubi dicitur quod illa potestas eligendi transit ad hæredes licet non transeat in dominum, Barto. ibi pro solutione dat longam distinctionem, sed summa est,quod aut contractus est perfectus, & super contractu perfecto datur parti potestas a rbi trandi propter interesse suum, quod tunc etiam transit ad hæredes sicut ipse contractus ne remaneat incertus,secus autem ubicunque apponitur super contractu perficiendo, & in arbitrium tertii,quia tunc est cōditionalis,&eo non arbitran te extinguitur,ut hic in tex. facit quod dicit Ias. in 4.limitatione de eo qui stipulatus fuerit fossam fodi arbitrio stipulatoris,& uilla sit uendita,transibit ad emptorem hæc potestas,quia datur propter interesse,unde transit ad eum ad quē uadit dominium rei seu interesse,ut per eum, & ratio rationis est,quia tunc non consideratur ut particularis persona sed ut generalis persona ha bens dominium & interesse,& non uidetur mutari propter interesse,cui haberet arbitrādi pōtas.

80 Sexto notandum est†iu uer.stipulatio non ualet,iuncta ratione doctorum,quod quando datur potestas arbitrandi tertio contractus efficitur cō ditionalis,& statim ualet sub illa conditione, ut dicitur in dicta l.fi.C.de cont.emp.& l.si merces. ff.locati.ibi, stare contractum sub illa conditione(si arbitrabitur ille)unde eo non arbitrāte,uel per casum,uel quia non luerit,corruit contractus sicut quilibet alius contractus corruit deficiente conditione,siue casu,siue uoluntate deficiat.l. 2. & l.legata sub conditione.ff.de cond.& demons. & l.j.§.sinautem sub conditione.C. de cad.tol.in quibus locis non tantum ipse actus corruit, sed etiam omnia accessoria,& ideo sic etiam non tan tum corruit ipse contractus, sed etiam efficitur nulla stipulatio pœnalis,ut nec ipsa cōmitti pos sit,& in istis consistit medula istius decisionis, & ratio decidendi,prout ego tetigi in omnibus figurationibus casuum.

81 Et ideo sequitur†secundum Bal.in l.si diuersa. C.de transactio.quod si aliquis qui obtinuit sen tentiam fecit compromissum in tertium,& renū tiauit rei iudicatę,si arbitrator non arbitrabitur remanebit sententia firma,& renuntiatio ei non obstabit,quia ipsa efficitur nulla perinde acsi nō fuisset facta,per regulam istius legis, quia sicut compromissum eo nō arbitrante annullatur,etiā illa clausula renuntiationis,per tex.in l.fi.sup.de cōsti.pec.quem pro singulari allegat idēBal.in l. si habentes. C.si cer.pe.& facit glo.in d.l.si patronus.§.si patronū.in uerbo.fauiana.ff.si qd in fraudem patroni.sicut etiā si alienatio feudi fiat saluo assensu Regio, contractus totus cum suis clau sulis efficitur conditionalis, & non secuto assensu remanet nullus cum omnibus clausulis accessoriis.c.imperialem.cum ibi no.per And.&alios. de prohi.aliena.per Federi. & hic per Socci.

82 Vltimo†notandum est ex isto tex. in omnibus partibus,quod si arbitrator non arbitratur non receditur a persona,neque fit transitus ad arbitrium boni uiri,sed in totum annullatur contractus.facit dicta l.fi.C.de contrahend. emptio. & l.si merces.in principio.ff. locati. & ratio est sæpius,dicta,quia efficitur conditionalis & deficiē

te conditione annullatur, cum remaneat incertus, nec sit persona quæ possit illum certificare & complere. Ex quo† sequitur a contrario, quod si
83 recederetur a persona, & recurreretur ad arbitrium boni uiri, quod contractus non annullaretur, quia esset persona quæ illum perficeret & certificaret, quod contingit plærunque quando remittitur in arbitrium alicuius ex cõtrahentibus aliquod accidentale. ut l. hæc uenditio. ff. de contrahend. emptio. & l. domum. & l. si in emptione.
84 eodem titulo. Vel quando† remittitur in arbitriũ stipulatoris, & glo. in l. pe. ff. de arbitr. uel aliter lex uult quod intelligatur remissum arbitrio boni uiri. & l. si libertus ita iurauerit. ff. de oper. lib. imo tunc contractus non est conditionalis uere, sed factus sub conditione præsentis uel præteriti temporis quæ non annullat actum. §. conditiones. insti. de uerbo. obliga. & secundum legem in continenti est certus, quia ipsa habet scientiam illius quod bonus uir arbitrabitur, & cognoscit quod est bonum & æquum in illo actu, licet sit incertum apud contrahentes, ut dicitur in dicto. §. conditiones. & probatur in l. j. ff. de leg. 2. & l. cũ post. §. gener. ff. de iur. dotium. & le. 3. C. de dotis pro. & l. fideicommissa. §. quamquam. ff. de leg. 3. & dicta l. hæc uenditio. ibi, in arbitrium domini uidetur collata uenditio. Vnde eo non arbitrante remanet contractus in suo uigore. Tamẽ† quia
85 est incertum apud contrahentes quale sit illud arbitrium, recurritur ad iudicem qui citatis partibus illud declarat, itaquod ille non dicitur arbitrari sed arbitriũ latũ declarare, sicut in crimine læsæ maiestatis uel hæresis, per quod incontinenti fit priuatio bonorum ipso iure per legem quãdo commissum fuit, recurritur postea ad iudicẽ qui citatis partibus se informet, an ille commiserit illud crimen, & declaret reum incurrisse illud crimen & fuisse priuatũ bonis, non autem de præsenti condemnat eum neque priuat. l. quisquis. C. ad l. Iuliam maiestatis. & plene per Bar. & doct. in l. post contractum. ff. de dona. & habetur in c. pastoralis. in glo. ex. de caus. posses. & proprieta.
86 Et ex eo† quod contractus remanet hic incertus, inferebat Ruy. quod de iure canonico non seruabitur hæc decisio, quoniã ex æquitate ipsius semper receditur a persona, & semper contractus certificatur per arbitrium boni uiri, per dictum Archidiaconi in cap. sunt non nulli. prima quæstio. 1. quem refert & sequitur Butr. in cap. ex parte. de decimis. & Fely. in cap. 1. de pact. & Alex. in l. ita stipulatus. magna. inf. eodem. sed ipse respondet dictas doctrinas procedere quando non est electa industria personæ, secus quando est electa ut hic, quæ responsio non est necessaria, quia illud dictum Archidiaconi non procedit generaliter sed habet locum in casu suo quando sumus in spiritualibus, uel in notorio fauore religionis, secus in aliis casibus, quia de iure canonico etiam procedit decisio tex. nostri. & contractus eo nõ arbitrante annullabitur, & sic limitatio non est uera ut infra plenius post Socci. dicetur. alias limitationes ponit hic Ias. quæ sunt ueræ, sed imperfectæ, & plenius ponit Socci. infra cùm aliis doctò. post oppositiones Barto. & totam eius distinctionem, ubi referam, & examinabo quia hic non cadunt.

87 Glo. prima † ponit duo exempla ad istum tex. pro themate in figuratione casus. Primum est, quod hic stipulator locauerat fundum uel æquũ, & quia finita locatione res ueniebat restituenda stipulatus fuit locator fundum uel æquum sibi restitui arbitratu Lutii Titii secundum naturã contractus locationis, & sic præsupponit quod hæc stipulatio fuit fortior contractus locationis, quæ tamen solet interponi post contractum locationis perfectum cum sit res interuenienda post finitum tempus locationis. ex quo exemplo iuncto tex, colligitur quod quando aliquid accidentale seu naturale contractus remittitur in arbitrium tertii, licet de se uideatur perfectus sine illa stipulatione, tamen totus contractus efficitur conditionalis, ut eo nõ arbitrante annulletur totus cõtractus locationis cum illa obligatione de restituendo arbitrio tertii, & quod in toto contractu non receditur a persona, quod est contra unam generalem conclusionem glossatorum & docto. facientium regulam, quod quando arbitrator assumitur super contractu perfecto, uel aliquo accidenti, seu naturali, licet ille non uellit arbitrari, tamen semper recurritur ad arbitrium boni uiri pro perfectione ipsius contractus, ut per Bar. infra in duabus quæstionibus, quas hic refert Socc. & examinat, tamen quia turbat totam materiam & docto. sequuntur alium ordinem, ego reseruo eas examinandas post oppositiones Bar. ubi ipse ponit pro limitatione tex. nostri. sed quãtum ad tex. nostrum ipse uidetur tenere quod arbitratore non arbitrante super ista restitutione non annullatur contractus hic locationis, sed tantummodo annullatur ipsa stipulatio & remanet contractus ualidus cum sua natura, ut nihilominus locator ex natura contractus possit agere actione locati ad restitutionem rei, & cõsequatur suã exequtionem propriam, perinde acsi non fuisset apposita ipsa stipulatio, & solum conductor liberabitur ab actione ex stipulatu sed non ab actione locati, & simpliciter sine aliquo arbitratu Lutii Titii cogetur restiturre rẽ ipsam, taliter quod plus consequetur locator ex actione de locato, quia rem libere consequetur, quam ex actione ex stipulatu, quia non posset consequi rem nisi interueniente arbitratu Lutii Titii. & cum modificatione ab eo posita, & ipsemet Socci. ad fundamẽta Bar. super quæstionibus conatur respondere demõstrãdo casum tex. nostri differre a casu Barto. in dictis suis quæstionibus, quæ responsio continet cauillum, & est contra generalitatem text. nostri, qui uidetur præsupponere quod totus cõtractus annulletur secundum intentionem eorũ, ut tamen docto. euitent istas difficultates uolentes quod omnino arbitratore non arbitrante totus contractus corruat, ipsi ponunt in hoc themate glos. aliud exemplum, dicentes uerum esse stipulationem de qua in tex. nostro fuisse appositã

super

super hoc accidentali seu naturali contractus locationis, tamen præsupponunt quod ipsa fuit apposita super contractu perficiendo antequam ipse contractus locationis esset habitus pro absoluto, taliter quod propter commixtionem cum substantia contractus efficitur unum totum cum eo, ut in effectu totus ipse contractus uideatur esse remissus in arbitrium Lutii Titii, per legem lecta uersi. dicebam.ff.si cer.peta.& ideo eueniet quod non arbitrante arbitratore totus contractus locationis annullatur, & perinde est acsi non esset factus, & nulla remanet actio neque locationis, neque stipulationis ipsi locatori, & ita constituunt duo exempla, unum quando hæc stipulatio apponitur super contractu perfecto, & tunc procedunt argumenta Soccini ut nō annulletur ipse cōtractus locationis sed remaneat sua propria actio, Aliud quod apponatur hæc stipulatio super contractu locationis perficiendo antequam esset habitus pro absoluto, iuxta formā positam in.§.j.insti.de emptio.& uenditione. & tunc quia hæc stipulatio efficitur portio substantialis contractus, per dictum, uersi.dicebam.dicitur unicus actus, & totus contractus efficitur conditionalis, ut eo non arbitrante totus contractus corruat, & perinde sit ac si nunquam contractus locationis factus fuisset, & iste est communis intellectus quem ipse Bar. sequitur infra, & Alex. hic in summario ponit, & alii sequentes eum præsupponentes quod hic stipulatio fuit apposita super contractu perficiendo, & faciunt unam conclusionem ex intentione eorum, quod quando super uno accidentali uel naturali contractus fit remissio in arbitratum tertii tempore quo perficitur contractus totus contractus efficitur conditionalis & totus uidetur esse remissus in arbitriū tertii ut eo non arbitrante totus corruat perinde ac si non esset factus, & non receditur a persona.

88 Sed tamen † licet iste intellectus communiter teneatur, nihilominus ut dixi in præmissis nō est uerus ad istū tex. priuatiue eum ponendo, quod hunc solum casum determinet quando apponitur stipulatio super contractu perficiendo, attento quod tex. non curauit an ipse contractus totus annulletur uel illud accidentale, neque hoc cogitauit decidere, solum enim cogitauit decidere de ipsa stipulatione, quæ remissa fuit in arbitratum Lutii Titii, & ideo in tex. in l. sequenti, solum dixit, quod stipulatio ipsa non ualet, & de cōtractu nullum uerbum fecit, neque cogitauit facere, quia est alia quæstio quæ non pertinet ad hāc legem, sed solum per docto. potest examinari, cum casus possit contingere, & ideo cum ratione Iurisconsultus non assignauit causam propter quā facta fuisset ipsa stipulatio de restituendo, quoniam ipse intendebat generaliter determinare, utrum actus remissus in arbitratū Lutii Titii eo non arbitrante possit habere effectum uel potius debeat corruere, an autem ista stipulatio sit portio alterius contractus, uel sit principalis de per se non curauit determinare, quia non facit ad rūbum quæstionis principalis, an eo non arbitrante cōtractus debeat habere exequtionem uel nō, & ideo etiam habuit intentionem determinandi, non autem casum præsentis stipulationis, sed omnes casus contingentes super restrictione rei, atque etiam omnes casus qui possint determinari per stipulationes, faciendo generalem conclusionem, quod ubicunque stipulatio seu alius contractus simplex remittitur in arbitrium tertii eo non arbitrante uel propter moram stipulatoris uel propter moram arbitratoris uel propter casum quod semper contractus dicatur esse nullus & reus tanquam commiserit moram non possit cogi eum seruare, sed perinde habeatur acsi non esset facta ut nō possit recedi a persona, & accedi ad alium iudicem qui debeat eum complere, & certe ista opinio docto. fuit una mera fantasia ad istum tex. & sine causa difficultauerunt hanc materiam augendo eius difficultates præter intentionem Iurisconsulti. Præterea quod iste intellectus non sit bonus, apparet ut etiam dixi in præmissis, quia reddit decisionē inutilē & de raro cōtingentibus, cū raro euenire poterit quod ille q habet domum uel fundum quietum cum pacifica possessione uellit alteri locare, & possessionem suam quietam uellit ponere in compromissum ut debeat restitui arbitratu Lutii Titii, quod nullus sanæ mentis facturus erit, uel ex causa rarissime contingenti, & ita frustra laborasset hic Iurisconsultus, quod non est admittendum. l. nam ad ea.ff.de legi.

Rursus etiam docto. moti fuere ad ponendum hunc intellectum, ex eo quia uidetur sibi inconueniens quod stipulatio efficiatur nulla, & nihilominus duret contractus qui habeat suam perfectionem, ideo uoluerunt totam quæstionem annullari. sed ipsi non aduertunt quod nec etiam ipsi determinant totam quæstionem, quia si uolunt quod contractus locationis annulletur eo non arbitrante ipsi faciunt quod conductor remaneat in possessione ipsius rei locatæ ad quam non possit conueniri neque ex contractu locationis neque actione ex stipulatu, & sic remaneat in possessione rei cum maximo præiudicio locatoris, qui tenebitur intentare possessorium, & non habebit uerum dominium, quoniam l. si quis conductionis. C. locati. non poterit adaptari, quæ loquitur in possidente ex contractu locationis, & ita efficietur simplex possessor, & poterit rem retinere licite, allegando se dominum donec locator probauit intentionem suam super dominio, iux.§.commodum.insti.de interdictis, & sic apparet quod cum isto suo intellectu nihil boni inducunt neque in facto neque in intellectu legis, & omnino non est tenendus. solum autem saluari potest ut possit contineri in hac lege tāquā unus casus in quo solet interponi stipulatio de restituendo, & seruiat pro uno exemplo cumulatiue rarissime contingenti, & propterea primū exemplum magis uidetur adaptari, quod super contractu perfecto apposita fuerit hæc stipulatio, & ipsa sola efficiatur nulla, & remaneat contractus cum sua actione naturali, tamen seruiet etiam tantū-

modo pro uno exemplo contingenti,non autem quod priuatiue hunc casum solum determinet, sed simul cum aliis determinetur cũ sua natura.

89 Ideo ego†supra in præmissis dedi aliud exemplum,faciendo quod hæc stipulatio non est portio contractus locationis,sed fuit per se sola apposita ex noua causa superuenienti,quia post locationem perfectam ex interuallo durante tempore ipsius cognouit quod iste res erant suæ, & quod eas possidebat pater uel auus suus, unde incepit cogitare de non restituendo, & cum finita locatione propter hanc causam noua lis esset incepta,uolentes amicabiliter procedere deuenerunt ad conuentionem & stipulatus est locator rem sibi restitui arbitratu Lutii Titii,quod tamẽ exemplum bonum est cumulatiue non priuatiue ut hunc solum casum determinet,quia & istũ casum simul cum aliis in generalitate uerborũ uoluit comprehendere,& fit conclusio,quod in hoc tex. determinatur de stipulatione de restituendo,siue ipsa sit principalis & de per se,siue sit portio alterius contractus, siue ponatur super cõtractu perfecto,siue super contractu perficiendo. Et addi potest alius casus qui continetur in secũdo themate glo.quando quis ædificauit in præiudicium uicini,& facta nuntiatione noui operis, deuenerunt partes ad conuentionem ut ille stipulatus sit opus destrui arbitratu Lutii Titii, itẽ potest addi quintus casus, quãdo esset discordia inter hæredem & fideicommissariũ,quia hæres negaret fideicommissum ualere & uolentes amicabiliter se gerere deuenerunt ad conuentionem, quia ille stipulatus est sibi restitui fideicommissum arbitratu Lutii Titii,quibus casibus possunt addi uiginti alii similes in quibus potest contingere quod aliquis stipuletur rem sibi restitui. nã omnes isti comprehendũtur in generalitate uerborum, ut dixi in primo notabi. & quamuis posuerit exemplum de stipulatione rem restitui,tamen hoc euenit in contingentia facti, & posuit Iurisconsultus hanc totam materiam restitutionis pro uno exemplo, sentiens stipulationes ex aliis causis factas posse etiam contineri in hac decisione,ut generaliter dicatur, quomodocunque contingat stipulationem remitti ad arbitrium tertii quod illa efficitur conditionalis,& promissore existente in mora,uel arbitratore,uel etiam propter casum non arbitrante,contractus reddatur nullus,& nõ recedatur a persona. Et hæc quoque sunt de intentione doct.qui non tantum illud uolunt seruari in contractu stipulationis sed etiam in aliis contractibus tam bonæ fidei quam stricti iuris,dum allegant legã finalem. C.de contrahenda emp.& l.si merces. & l. coita. ff. locati cum multis concordantibus.

Propterea tu ponas intellectum generalem ad istum tex.quod hic fuit quæsitum in contractibus simplicibus quid iuris sit quando remittitur in arbitratum alterius,Quamuis tamen intellectus communis non sit bonus ad istum tex.ut dixi, nihilominus discussio illius casus est rationabilis, & requirit considerationem separatã, ut nos sciamus quid operetur stipulatio quando est portio contractus & est apposita super contractu perficiendo,uel quando est apposita super contractu perfecto.de quarum quæstionum effectu late disputant hic Socci.& Bar.in duabus quæstionibus & ibi nos dicemus,quia melius cadit ne augeamus difficultates in peruertendo ordinem.

90 Glo.secunda remouet † tacitum contrarium, & postea de materia se remittit ad notata in le. fi.C.de contrahenda emp.Cum enim tex.dicat, quod stipulatore committente morã promissor non tenetur quasi moram fecerit præsupponit, quod mora stipulatoris impediat promissorem posse in mora constitui,unde contradicit tex. in l.illud.supra de periculo.& commod. rei uenditæ.cum aliis, supra allegatis in secundo notabi. sed ibi data fuit responsio,quod loquũtur de mora in diuersis subiectis,& quod in tex.nostro debet subaudiri quod tempus erat appositum a lege uel ab homine in ipso arbitratu,& quod perseuerauit in mora usque ad finem temporis, & idem dictum fuit procedere quando arbitrator fuit in mora in 3. notabi. & etiam additum fuit idem esse quando arbitrator fuisset occupatus. nam si mora cessasset durante tempore stipulatoris arbitratoris, uel occupatio, tunc posset esse quod purgaretur mora,& reus solus posset committere moram, & non procederet iste tex. per dictam legem illud.& l.item illa.ff.de consti. pecunia.& dum dicitur quod stipulator & reus simul non possunt committere moram, intelligitur in eodem subiecto, sed in diuersis subiectis, ut quia stipulator promisisset soluere pœnã,tunc & ipse incideret in pœnam.dicto.§. si quis litigatorum. & declarat hic Socci. & quod dicitur hic in tex.de pœna, intelligitur de ea quæ fuit promissa a promissore,de qua etiã loquitur tota ista lex,ut etiam hic declarat Socci. unde sequitur ꝙ per solam moram stipulatoris nõ finitur contractus neque arbitrandi potestas, nisi tempus esset appositum & duraret usq; ad finem temporis, & idem procedit in mora arbitratoris ut dictum fuit in notabilibus.

Tertio colligitur ex ista glo.per Socci.hic.uersi.secundo,quod stipulatore committente morã promissor teneri potest quasi moram fecerit,quę directo est contra istam literam. sed tamen debet declarari ut supra,si stipulator non perseuerauit usque ad finem temporis & purgauit moram,quia tunc si reus potest incidere in moram & teneri ad pœnam,quia mora stipulatoris præcedens non impedit sequi moram rei, dicta.l.illud.& l.item illa.ff. de constitu.pecun.Roma.tamen† dicebat quod imo gloss. uidetur destruere 91
tex.& reddere rationem fatuam,si dicimus reum non committere moram, quis enim potest dubitare si reus nullam moram commiserit, quod ipse non potest teneri ad pœnam, quoniam dolus stipulatoris non potest nocere alteri,argumẽto regulæ non debet,de reg.iur.in 6. ideo ipse intelligit quod hic reus cõmisit moram, sed tamẽ fingitur propter dolum stipulatoris eam nõ fuisse com-

se commissam, & hoc demonstrat dictio (quasi) quæ denotat improprietatem, & ideo ipse expo nebat tex. ut sit sensus, quod dolus stipulatoris facit ut liberetur promissor & fingatur non com misisse moram, & probat istum sensum, quia con ditio fingitur impleta in damnum impedientis. l. quibus diebus. ff. de condi. & demon. ubi qui uo lebat implere conditionem ut ascenderet capi- tolium, & consequeretur legatum ab hærede, si impediretur a tertio non punietur. si per eũ non stat quominus agendo eum summoueat, non im- putatur hæredibus. glo. ibi dicit agendo ꝙ iusse- rat testator, & sic quando creditor est causa non adimplendi per negligentiam, non remouendo obstaculũ, & committendo moram in agendo, il lo suo legato priuatur, & per consequens libera- tur debitor, quia sicut debitore morante fingitur arbitramentum latum ad obligandum debitorẽ, ita morante creditore fingitur arbitramentum latum ad liberandum debitorem, ut contrario- rum eadẽ sit disciplina, ex quo intellectu destru- untur omnes restrictiones ex dicto glo. supra po sitæ, quia generaliter uerum est, quod contractus annullatur perpetuo, & potestas arbitrandi per- petuo extinguitur, & quod nunquam promissor tenebitur, & quod promissor nõ poterit commit tere moram amplius cum sit in totum liberatus, quem intellectum uidetur tenere Soccin. contra quem tamen postea opponit, dicens quia in casu legis nostræ quando habens æquum locatum ꝓ- mittit restituere arbitratu Lucii Titii. stipulato- re committente moram liberaretur conductor qui & promissor erat, & sequeretur quod ipse nõ teneretur amplius, & quod lucraretur illum æquũ ex sola mora stipulatoris, quod uidetur iniquissi mum, tamen ipse Socci. respondet defendendo in tellectum, & fatetur contrarium, dicens imputa- ri stipulatori qui sua culpa habuit damnum, re- gula damnum. de reg. iur. in 6. uel secundo respõ de quod ista liberatio non fit de toto contractu, sed solum fit de pœna, quæ promissa fuit in stipu latione pœnali, cum æquitas militet de pœna, & in liberatione a contractu tantummodo succede ret iniquitas & non esset fundamentum fingendi, & ita residet ipse.

Sed uere iste intellectus est absurdus ualde, & durum est quod sola mora stipulatoris liberet debitorem a contractu, & quod extinguat cõtra ctum, ac contradicit illa regula generalis posita in dicta l. illud. in qua fundant istum intellectũ, dum dicit quod ultima mora nocet, cum suis cõ cordan. Item alia regula, quod durat arbitrandi potestas, nec enim est de effectibus moræ quod ex tinguatur contractus, & quod extinguatur arbi- trandi potestas, solum enim facit quod liberetur reus perempta re post moram, & quod alter te- neatur ad usuras, & ad alia similia posita in lege quod te. ff. si cer. pe. imo est opus quod sequatur postea peremptio rei. Item tenendo hunc intelle ctum est exponere album pro nigro, dicendo, nõ tenetur quasi moram non fecerit, idest liberatur, item illa uerba (quasi moram fecerit) nõ conueni rent & redderent literam magis fatuam. Præte- rea intellectus est impossibilis, quia uult quod reus per morã creditoris fingatur liberatus qui nunquam fuit obligatus per contractum condi- tionalem, contra legem decem infra eodem. & fa cit lex quotiens. inf. de nouationibus. conditio enim suspendit omnem contractum. §. sub condi tione. insti. eodem. & si sequatur adimplementũ, habet effectum, & si non sequatur, annullatur. d. §. sub conditione, & l. merces. sup. locati. sed quan do stipulator est in mora nunquam contractus produxit obligationem, & non sequto adimple- mento deficit conditio, ergo non potest dici li- beratus, per tex. in terminis in dicta l. quotiens. inf. de nouationi. nec est uerum quod per moram stipulatoris fingatur arbitramentum sequtum, quemadmodum fit per moram promissoris in eius damnum dicta l. hæc uenditio, & dicta l. iu- re ciuili. quia illud procedit quando stipulator, & ipse ad aliud tenetur, itaquod sit debitor, ut in casu dictæ l. hæc uenditio. & generaliter in omni bus contractibus correspectiuis in quibus unus- quisque est debitor & creditor. nam tunc semper uerificatur quod stat per debitorem quominus conditio impleatur, & fingitur impleta. Sed in cõ tractibus simplicibus si stat per stipulatorẽ quo- minus impleatur conditio non fingitur arbitra- mentum latum, quia tunc confirmaretur contra ctus etiã in damnum debitoris. sed sufficit quod annulletur ut stipulator perpetuo priuetur actio ne & utilitate illius contractus perinde acsi non esset factus, ut contingit in cæteris contractibus conditionalibus. Non obstat di. l. quibus diebus. cum sua glo. quia ibi illa conditio erat apposita creditori, qui uere eam tenebatur adimplere, ut censeretur legatum ei si commisit moram in non agendo, ut posset ascendere nulla interuenit fi- ctio in damnum stipulatoris seu creditoris, sed uere deficit conditio, & legatum conditionale ex sua natura deficit, & Reus liberatur, seu me- lius non obligatur, non autem propter negligen tiam, & moram creditoris liberatur, hic uero uo- lunt quod mora stipulatoris faciat induci nouũ arbitramentum liberatorium quod non uenie- bat ex natura, & sic non facit. item loquitur quã- do creditor aliquid tenebatur facere, hic uero sti pulator nihil tenebatur facere, ut supra dictum fuit, & sic opinio ista, neque intellectus procede re potest. Vnde probabilius posset dici quod fin gitur conditio perpetuo deficere ut nunquã am plius stipulator posset habere spem actiones na- scituras, quod uerum esset si tantum duraret mo ra quod extingueretur arbitrandi potestas, quia totus contractus concurreret, sed si potestas arbi trãdi duraret posset tunc extingui mora per pur gationem, qua purgata uel posset arbitrator ar- bitrari & haberet effectũ contractus & produce- ret actionẽ, uel reus cõmitteret morã, & fingeretur arbitramentũ latũ in damnũ debitoris, & actio competeret stipulatori ad plenam exequtionẽ.

92 Quare teneas † intellectũ communem qui om- nino uerus est, & supra posui in figuratione casus

& notabilibus, quod nulla inducatur fictio ad liberandum reum, sed quod solum per moram stipulatoris reus non incidit in moram, neque potest teneri ad nouam obligationem, ad quam teneretur si ipse incideret in moram, & ideo sensus est, nõ tenetur quasi morã fecerit, idest in pluri quam teneretur si moram fecisset, quoniam mora sua non consideratur durante mora stipulatoris. non tamen tex. uult quod nullo modo teneatur, sed præsupponit remanere contractũ in sua natura perinde acsi ipse reus nunquam commisisset moram, & cum ministerio Iurisconsultus utitur illis uerbis (quasi moram fecerit) quia uoluit excludere tantũ obligationes nasci turas per moram, non autem extinguere aliter contractum, & & cum per moram teneretur ad pœnam, uult ꝙ in eam non incidat. Item cum per moram confirmaretur contractus, quasi latum esset arbitramẽtum, uult quod non debeat firmari, neq; fingi ad implementum, sed tantummodo uoluit contractum remanere in sua natura conditionali, ut deficiente cõditione corruat, & si nõ deficiat conditio, ut qa purgetur mora, ꝙ contractus remaneat in sua habilitate ut possit confirmari per subsequens arbitramentum si postea superueniet.

93 Et propterea† habes tex. nedum clarũ sed ualde rationabilem, & cum ministerio probatur, & non potuisset Iurisconsultus melius loqui quam dicere quod non tenetur quasi moram fecerit, nõ tamen negando quod alio modo non possit teneri, & subsequitur sensus alius apparens, idest non inspicitur utrum reus commiserit morã uel non, quia si non commiserit moram liberatur ex natura contractus conditionalis, & si moram commiserit ille non habetur in consideratione, quia mora stipulatoris eam absorbet, & facit ut non possit considerari, & ita teneas.

94 Et ideo† distinguas complectendo omnia supra posita, Aut tempus est appositũ in cõpromisso seu cõtractu, & stipulator commisit morã quæ durauit usq; ad finem temporis, tunc nunquã amplius poterit teneri, quia extinguitur ipse cõtractus remissus, & etiam arbitrandi potestas, & omnes conditiones ipsius contractus, d. l. fi. C. de cõtra. emp. si remissus fuit totus contractus uel unũ substantiale, sed si esset remissum unum accidentale, tunc remaneret totus contractus pręcedens, si fuisset perfectus, & si esset perficiendus posset dici quod & ipse extingueretur, & idem dicendum est in mora arbitratoris uel eius impedimẽto usque ad finem temporis uel per eius mortem. d. l. si merces. ff. locati, Aut uero non fuit appositum tempus, uel si esset appositum adhuc durat, & tũc si stipulator ad aliquid tenetur & promisit pœnam, similiter per moram stipulatoris finitur cõtractus, quia pœna absorbet eũ. l. diem proferre. §. si quis litigatorum. & l. si duo. §. semel. ff. de arbit. iuncta l. rescriptum. §. si pacto. ff. de pact. & l. ita stipulatus. in fi. inf. eodem. si uero stipulator nihil debet facere & non promisit pœnam, tunc durante eius mora adhuc durat arbitrandi potestas. arg. l. sed & si compromissum. ff. de arbi. & supra tetigi. Ideo non potest dici contractum annullari, sed remanet adhuc suspensus. unde si eueniat quod ipse purget moram, & postea promissor incidat in eam, ut arbitrator non arbitretur, & ipse tenebitur quasi moram fecerit. d. le. illud. de periculo & commo. rei uend. cum suis concordanti. & ita procedit opinio glo. quod etiam erit si pœna a stipulatore fuisset promissa apposita illa clausula (rato manente pacto) quia tunc cũ pœna non absorberet contractum sed duraret. lege qui fidem. ff. de transactioni. & dicta l. si duo. §. semel. posset reus purgata mora a stipulatore & ipse incidere in morã durante tempore compromissi, quæ postea sibi noceret, & faceret quod incideret in pœnam perinde acsi nunquam stipulator eam commisisset. dicta. l. illud. Aliud etiam colligunt docto. quod mora promissoris facit ut recedatur a persona, & examinat Soccin. & Alex. tamen melius cadit super sequenti glo. super. 3. oppositione.

95 Glo. tertia in uerbo† non receditur, primo allegat iura concordantia quæ probant regulã tex. nostri, postea allegat iura contraria quibus respõdet, sed quia diminute loquitur, plenius Bar. opponit. intendens declarare hunc principalem articulum quomodo & quando recedatur a persona & recurratur ad arbitrium boni uiri qui difusus est & inuolutus ualde. Ideo primo opponit de lege societatem. §. arbitrorum. coniuncta. l. unde si Neruæ. ff. pro socio. Respondet Bar. quod ibi arbitramentum erat secutum & iniquum, unde postea recurritur ad iudicem qui illud corrigat, & & purget reducendo ad iustitiam & ad arbitriũ boni uiri. Vnde datur una limitatio ad istum tex. qui præsupponit quod a persona non recedatur, ut non procedat quando arbitramentũ fuit secutum iniquum, & rationem assignat, quia sequuto arbitramento contractus est perfectus propter conditionem adimpletam, unde adest actio, & est inductum fundamentum super quo potest firmari officium iudicis in reducendo ad æquitatem & corrigendo iniquitatem. quando aũt nullo modo est arbitratus deficit contractus & deficit obligatio & actio & subiectum in quo officiũ iudicis possit deseruire.

96 Ruy. autem† reprehendit hãc rationem dicẽs assumptum esse falsum quod uideatur adimpleta conditio, quoniam arbitrator eligitur sub qualificata cõditione (si arbitratus fuerit iuste) non aũt sub simplici conditione (si arbitrabitur qualitercunq;) ideo iniq; arbitrando nõ uidetur adimplere conditionem appositã, & per consequens contractus nõ uidetur esse adimpletus pro ut præsuponit Bar. & probatur in l. si libertus iurauerit. ff. de oper. liberto. & no. oẽs in c. quintauallis. de iureiu. & paria sunt non iudicare, uel nullum iudicare. l. 4. §. condemnatum. ff. de re iudi. cũ concor.

97 ibi adductis per Ial.† Ideo ipse aliter respondet, quod in d. l. societatẽ, remissio non fuit facta sub conditione si arbitrabitur, sed sub modo (ut arbitretur) modus autem non impedit contractũ in continenti producere actionem, sed solum facit

resolui

resolui eum si modus non adimpleatur, ut est textus & ibi nota. omnes in lege quibus diebus. §. Thermilius. ff. de conditionibus & demonstrationibus. Ideo cum contractus ab initio produxerit actionem, merito ei potuit adhærere officium iudicis ad corrigendum iniquitatem. Et ad
98 textum† in dicta lege si libertus. qui uidetur uelle quod arbitramentum latum corrigatur, respondet quod ille textus non dicit eius arbitramentum esse ualidum & quod corrigatur, sed uidetur dicere quod eius arbitrium sit nullum, & patrouus ex suo defectu careat actione, quæ non potuit nasci, & libertus est liberatus, & hæc opinio ante eum fuit Soccin. hic ad aliud propositum, dum facit differentiam an in liberum arbitrium uel arbitrium boni uiri committatur nume. 25. qui concordando legem si coita. cum leg. societatem. dicit quod in lege si coita. fuit societas facta sub conditione, ideo eo non adimplente annullatur. sed in leg. societatem cum. §. arbitrorum. & sequenti. fuit facta societas sub modo, quo casu non committitur substantia contractus uel qualitas eius, ideo statim producit actionem, & potest super eo procedi ad arbitrium boni uiri, & ideo infert quod ibi etiam si nullo modo fuisset arbitratus recurreretur ad arbitrium boni uiri, & in hoc textu etiam si inique fuisset arbitratus non recurreretur ad aliud, neque recederetur a persona, ut clare dicit text. in dicta lege fina. C. de contrahenda emptione. qui dicit, eo arbitrante omnino stare contractum secundum eius determinationem, & §. pretium. institu. de emptione & uenditione. & in dicta lege si merces. ff. locati. & dicit esse notabile in disputatione, licet postea in iudicando non sit recedendum a communi quam opinionem tu potes confirmare ex fine dictæ legis fina. quæ expresse reiicit opinionem illorum qui uolebant esse recurrendum ad arbitrium boni uiri, quod dictum cum sit ultimum. refertur ad utranque determinationem, siue quando nullo modo est arbitratus, siue inique arbitratus, propter uerbum (omnino) quod est præcisum, ut est tex. in cap. primo. de successione feudi. & late per Roman. post Benedictum in l. stipulationes non diuiduntur. uersi. celsus. in undecima regula. infra eodem. & ad tex. in l. hæc uenditio. de contrahenda emptione. in quo late insistit Ruyn. dicens quod ibi nullum fuit arbitramentum, cum satis prius lex fecerit, & non erit conditionalis contractus ut statim dicit. potes etiam respondere quod procedit quando remittitur in arbitrium unius ex contrahentibus, ut declarabit in 3. oppositione.

Et pro hac opinione, quod iniquum arbitramentum non ualeat neque adimpleat conditionē, facit quod uoluit Barto. in l. diem proferre. §. stari. ff. de arbi. ubi dixit quod cōpromissum ibi fuit ut arbiter iudicet secundum ius & si erit iniquum, tunc arbitrium erit nullum, ergo similiter arbitramentum iniquum erit nullum, & illā opinionem Bar. licet habeat multos contradictores,
* approbat Abb. & dicit communem* in cap. dilecta. de arbi. & Fely. in c. causam quæ. de re iudi. & hic Ruy. uel si uis ualere, non recedetur.

Ex qua opinione possunt inferri aliquæ pulchræ conclusiones. Prima est, quod omnes cōtractus remissi in arbitrium tertii in uim modi, hoc est per dictionem (ut arbitretur) semper ab initio ualent, sicut quilibet alius actus modalis, & producit obligationem, di. §. Thermilius, & nascitur statim actio, & in eo semper recurritur ad arbitrium boni uiri, siue arbitretur inique, siue nullo modo arbitretur, quia semper est actio & obligatio pro subiecto cui possit officium iudicis adhærere, & ita procedit tex. in d. l. societatem. §. arbitrorum. cum sequenti. ff. pro socio. Secunda est quod quando contractus remittitur in arbitriū tertii per modum conditionis (si arbitrabitur) tunc ab initio efficitur conditionalis & nullam producit obligationem & actionem ab initio, sicut est natura contractus conditionalis, & remanet nullus siue nullo modo arbitretur, siue etiam arbitretur inique, quoniam semper deficit côditio quæ fuit (si iuste arbitrabitur) & contractus remanet nullus. d. l. si libertus. uel si uis ꝙ ualeat, nō est opus quod recurratur ad arbitrium boni uiri, quia omnino standum est eius decisioni, per d. l. fi. C. de cont. emp. cum suis conco. sed semper permanebit siue iusta siue iniusta sit. arg. dicti. §. stari. Tertia est conclusio, quod tex. in l. si coita. continet remissionem contractus sub conditione (si partes declarabuntur) & d. l. societatem continet remissionem factam sub modo, ideo recurritur ad arbitrium boni uiri.

99* Ruy. tamen ipse postea† tenet communē* opinionem, quod imo post arbitramentum recurratur ad arbitrium boni uiri indistincte, per d. l. societatem. & l. unde si Neruæ. nec obstat quod non sit adimpleta conditio, quia imo dicit adimpletam esse, quoniam, in illis uerbis (si arbitratus fuerit) sunt duæ conditiones, una si arbitrabitur, & alia si iuste arbitrabitur, quæ est tacita ex mente contrahentium. arg. l. celsus. j. ff. de arbit. & quando arbitratur adimpleta est conditio expressa, & contractus perficitur, sed suspenditur postea exequtio per aliam conditionem (si iuste arbitrabitur) unde cum contractus sit firmatus competit actio cui adhæret officium iudicis, ut dicit Bar. & sequta secunda conditione fiet exequtio. nā suspensio exequtionis differt a suspensione substantiæ, ut per Bar. in l. j. col. 2. ff. de cond. & demonst. quæ opinio probatur in d. l. si ita coita. cum. l. sequenti. cum in l. si ita coita. ponitur exemplū sub conditione, ibi, partes quas Titius arbitrabitur, & postea in fi. dicit, quod ut Titius arbitretur, per quæ uerba apparet quod nō est differentia an dicatur, si Titius partes arbitrabit, uel partes quas Titius arbitrabitur, uel ut Titius arbitretur. Confirmatur, quia in dicta l. societatem. dicitur, ea cōditione, & sic capiendo uerbum in propria significatione ibi erat remissio facta sub conditione, & tamen postea dicitur quod receditur a persona, præterea tex. in §. arbitrorum. generaliter di

cit quod in arbitramento semper recurritur ad arbitrium boni uiri, nec distinguitur an per conditionem, uel per modum. sicut nec in arbitrio, idem probatur per tex. in dicta l. si libertus. ff. de operis libertorum. & dicta l. hæc uenditio. non uiolando literam. non obstat dicta lex fina. in uerbo (omnino) quod est præcisum. cap. primo. qui successores teneantur. respondet Bald. ibidem in colum. 2. quod dictio (omnimodo) recipit etiam restrictionem & iustam expositionem legis, per legem si quis stipulatus sim Damam. infra eodem, glo. in clemen. prima. de uita & honestate clerico. tex. in l. 4. §. ex hoc ædicto. ff. naut. caup. & stabul. quē in simili allegat Aret, in l. prima. columna prima. de lega. primo. Non obstat ille finis dum reprehendit recursum, quia intelligitur quando non fuit arbitratus, sed si fuit arbitratus & inique, ille tex. non negat recursum, solum autem posuit uerbum (omnino) ad finem ut non sit in potestate alterius infringere contractum, quasi non ualuerit illa remissio, non autem negat quin possit recurri ad arbitrium boni uiri, cum satis omnino habeat effectum cōtractus, quia ualet & habebit exequtionem. Quare remanet conclusio, quod limitatio Barto. est uera, & est generalis, non facta differentia an uerba remissionis contractus sint modalia, uel conditionalia, & fundatur per rationem adductam per eum, quod contractus est confirmatus, ac etiam quod in utroque casu arbitramentum ualebit, & reuocabitur si erit iniquum per iudicem ad quem, & nullo sequto arbitramento contractus utroque modo remanebit nullus per istū tex. cum concordantibus allegatis in gloss. Nec obstat tex. in d. l. cum ab eo. ff. de cont. emptione, quia ibi non erat remissus contractus in arbitriū tertii, sed erat alia conditio & modus accidentalis.

100 Et istam opinionem ego puto omnino ueram & tenendam, quæ confirmatur ultra prædicta, quoniam ille modus faciendi remissionem cum clausula conditionali (si arbitrabitur) uel cum clausula modali (ut arbitretur) non bene in facto potest adaptari ad practicam istius remissionis contractus, quoniam non bene conueniunt uerba si dicatur remittimus contractum in Titiū (si arbitrabitur) uel (ut arbitretur) alias enim formas magis usuales tradunt iura, quoniam lex nostra dicit arbitratu Lutii Titii, & lex finalis dicit, quanti Titius estimauerit, & idem replicat lex si merces. ff. locati. & in l. si coita. dicitur, ex partibus quas Titius arbitratus fuerit, & in lege prima. ff. de lega. secundo. dicitur arbitrio tutoris, & in lege hæc uenditio, arbitrio domini, & in lege cum post. §. gener. arbitratu soceri, & in summa omnes leges ponunt aliam formam remittendi separatam ab illis uerbis (si arbitrabitur) uel (ut arbitretur) & tamen iura dicunt, quod per tales formas contractus stat sub illa cōditione. d. l. fi. C. de cont. emptio. & dict. l. si merces. ff. locati:

101 Ideo apparet quod hæc remissio conditionalis non consistit in forma uerborum, sed consistit in interpretatione legis, quæ uult quod ubicunque certa persona est nominata semper remissio intelligatur conditionalis per quæcunque uerba fiat, & propterea talis differentia supra tradita neque in se est uera, neque probatur iure, quæ determinant totum contrarium, & semper fit conclusio generalis, quod remissio facta in arbitrium tertii semper reddat contractum conditionalem, & procedat tex. noster. Confirmatur & secundo per dictam legem finalem. in. §. fina. qui dicit, quod nulla coniectura est admittenda quod uideatur facta in arbitrium boni uiri, & & sic per uim modi, sed semper interpretatio fiat quod sit conditionalis in certam personam, imo dicit impossibilem esse talem coniecturam, & sic de directo & uerbis expressis destruit hanc opinionem, & remanet conclusio Bart. & communis, quod solum debeat distingui, utrum nullum sequatur arbitramentum, & tunc non receditur a persona per istum textum cum concordantibus, uel sequtum sit arbitramentum, & tunc recurratur ad arbitrium boni uiri, quia contractus est confirmatus, cum declaratione supra tradita.

102 Sed tamen ultra docto. contra tex. nostrum uidetur esse tex. in l. in testamento. la prima. ff. de cond. & demonst. quam multi credunt allegasse glo. pro concordanti, sed uere expresse contradicit tex. nostro. nā ibi testator mādauerat sub pœna ut fieret monumentum ad exemplum monumenti Lutii Septimii in illa uia existentis, & postea non reperitur illius personæ sed alterius, determinatur ibi quod si apparet errorem fuisse in uerbis, seruetur uoluntas. Si uero non constat de uoluntate, tunc hæres non incidit in pœnam, tamen monumentum est ædificandum secundum conditionem testatoris, & sic arbitrio boni uiri, unde tex. probat quod deficiente arbitramento receditur a persona & recurritur ad arbitriū boni uiri etiam nulla existente mora arbitratoris, & quod est de directo contra textum nostrum, & conclusionem firmatam. sed defendendo potes respondere, quod ille tex. non loquitur in terminis nostris, sed loquitur quando mandatum fuit ut fiat monumentum ad exemplum, quo dispositio non est conditionalis sed est pura cum declaratione adiuncta, & nulla est ibi remissio in arbitrium, nimirum si non existente exemplo postea uoluntas seruatur. & hoc modo intelligendo non datur limitatio ad legem multa. eodem titulo. quam allegat gloss. quia illa loquitur de remissione in arbitrium, dicta uero lex in testamento. loquitur. de præcepto ut monumentum fiat ad exemplū alterius iam existentis in rerum natura, unde sequitur quod in dicta lege multa. nullo modo monumentum esset fiendum. Secundo respōdetur quod ille tex. loquitur in ultimis uoluntatibus, in quibus remissio uidetur facta arbitrio boni uiri, & ibi tenet gloss. & Bar. & tunc limitaret dic. l. multa. & faceret quod nulla esset bene allegata per gloss. cum disponant recedi

recedi a persona & actum remitti ad arbitrium boni uiri,& opportuisset dare solutionem quam postea dedit ad legem finalem.§.sed & si.C.communia.de legatis. & hæc secunda æquior est, tamen prima in puncto iuris uidetur uerior,&ideo dicendum est,quod glo.allegauit legem in testamento. quæ sequitur.eodem tit.de cond.& dem. ad probandum quod deficiente conditione deficit totus actus.

103 Secundo†opponit Barto.de lege libertus si ita iurauerit. de operis libertorum. ubi recurritur ad arbitrium boni uiri,soluit ipse simul cum glosa, quod ibi fuit male arbitratus, ideo contractus confirmatur, & recurritur ad arbitrium boni uiri, prout dictum fuit in alio contrario. sed Ruynus & Soccinus supra dixerunt quod ille textus non contrariatur, ex eo quia ibi non dicitur quod recedatur a persona, sed solū dicitur quod arbitrium patroni non est ratum, idest contractus remanet in totum nullus, ex eo quia deficit conditio, cum male arbitrans non dicatur ad implere conditionem,ut subdit ille tex. qui uult quod semper remitentes uideantur cogitasse de iusto arbitramento, unde male arbitrando libertus uidetur in totum liberatus deficiente cōditione, sed tamen per ista non est recedendum a communi intellectu Bartoli. & aliorum, quod ibi arbitratus fuit patronus, & male nimias operas iudicando sibi deberi, & uerbum (non est ratum) intelligitur per officium iudicis qui reduxit ad æquitatem, & maxime quia non est uera illa differentia an sit dictum (si arbitratus fuerit) uel (ut arbitretur) cum tex. in dicto. §. arbitrorum generaliter dicat quod sequto arbitramento recurritur ad arbitrium boni uiri,quoniam in principio dicit quod in arbitriis statur laudo siue bene siue male iudicauerit, in arbitratoribus uero recurritur ad arbitrium boni uiri, & sicut dictum de arbitris intelligitur siue fiat per conditionem siue per modum, ita illud secundum dictum intelligitur generaliter quibuscunque uerbis fiat, & necessarius est intellectus ut declaraui supra per multas leges, & ideo ibi probatur quod sequto arbitramento semper recurritur ad arbitrium boni uiri, & ita tenendum est in dicta lege si libertus. per eandem rationem, quoniam quando fit remissio semper contractus stat sub illa conditione (si arbitrabitur, & non sequto arbitramento deficit, & sequto adimpletur, licet propter aliam tacitam conditionem quod arbitretur iuste suspendatur & reuocetur donec reducatur ad æquitatem, & iste intellectus etiam suadetur, quia esset iniquum quod ex iniusto arbitramento patronus priuaretur suis iustis operis debitis, & leges uolunt multum fauere patrono ut eas habeat, ut probatur in lege si ita stipulatio, eodem titulo. ideo tenendus est omnino intellectus, quod ibi patronus fuit male arbitratus, & quod receditur a persona, & recurritur ad arbitrium boni uiri, & probat distinctionem communem supra firmatam.

104 Prædicta tamen† omnia procedunt tenendo principia a,Bar.tradita, quod tota hæc materia determinetur ab illo principio, an contractus sit nullus,uel fuerit firmatus ut semper ipse præsupposuit, & sequuntur communiter docto.Sed tenendo aliud principium quod ego dicam in puncto iuris uerius infra super intellectu legis hæc uenditio.de contrahenda emptione. & in quarta oppositione, tunc hæc conclusio non erit uera simpliciter, quia quando contractus remittitur in certam personam arbitratoris,& inique arbitratur, non receditur a persona, per dicta iura. quæ clare hoc dicunt,& ibi late demonstrabitur.

105 Sed dubitatio†alia succedit, quod remedium competat ad reducendum laudum ad arbitrium boni uiri, & textus in dicto. §.arbitrorum. & in lege unde si Neruæ, quæ sequitur, dicit quod cōpetit officium iudicis in bonæ fidei cōtractibus, & idem dicit Bar.procedere in contractibus stricti iuris per illum textum. sed tamen Imola, & Raphael contradicebant, uolentes quod in contractibus stricti iuris non competit officium iudicis, sed competat actio de dolo uel exceptio doli, iuxta tex.in lege si quis cum aliter. supra hoc titulo nostro, coniunctis nota. in lege secunda.C.de rescindenda uenditione.nam in dicta l. secunda.si læsio sit ultra medietatem iusti pretii, in contractibus bonæ fidei rescisio fit per actionem ex illo contractu, uel per officium iudicis, dicta lege secunda. sed quando læsio est in stipulatione quæ est stricti iuris,rescisio fit per actionem de dolo uel exceptionem,per dictam legem si quis cum aliter. ergo eodem modo idem dicendum est in hac rescisione quæ fit reducendo ad arbitriū boni uiri. Ias. uero hic dicebat quod imo communis opinio uidetur uerior, ut quantum ad hoc remedium nulla sit differentia inter contractus bonæ fidei & stricti iuris,ut dixit glo. in dicta lege in proposita.ff. pro socio. dum allegat dictam legem si libertus. & comprobat Iason per textum illum qui dicit eo magis quia est iudicium bonæ fidei, ergo fortius illud remedium competit in bonæ fidei iudiciis, sed comparatiuum præsupponit positiuum. ergo uult idem esse in contractibus stricti iuris, licet fortius admittatur in bonæ fidei. qui tamen text. posset euitari, ex eo quia dictio (magis) aliquando stat electiue non comparatiue ut habetur in lege quod si nolit. digestis de acquirenda possessione. Item quando læsio est re ipsa competit actio de dolo. dicta lege si quis cum aliter. & eandem opinionem contra uerba sua hic tenuit idem Bartol. in dicto.§. arbitrorum. tertia columna. qui distinguit inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris quantum ad ista remedia, & Iason uidetur dubitare, & non firmare pedes.

106 Tu autem†potes saluare utranque opinionem, considerando quod actio de dolo non potest cōpetere nisi ubicunque est dolus re ipsa, Dolus autem re ipsa non reperitur nisi quando est læsio ultra medietatem iusti pretii,ut dixit Bar.in dicta

dicta le. secunda. C. de rescindenda uenditio.& lege si quis cum aliter. ubi omnes ponunt. & propterea distinguendum est, aut in arbitramento est læsio ultra medietatem iusti pretii, & tunc in contractibus stricti iuris poterit competere actio de dolo uel exceptio doli ad faciendum talem reductionem,& officium iudicis in contractibus bonæ fidei, & ita procedat opinio Bar.in dicto.§.arbitrorum. si uero fuit læsio minor medietate iusti pretii,quę sufficit ad reuocationem, ut uoluit Bar.in dicto §.arbitrorum.& tunc non potest cōpetere actio de dolo,quia non inest dolus re ipsa,ergo solum poterit competere officiū iudicis tam in contractibus bonæ fidei quā stricti iuris,& ita procedat opinio glo.cum suo tex. in dicta.l.in proposita.& opinio Bar. hic. Vnde concludas quod non sit differentia inter contractus bonæ fidei & stricti iuris quantum adhoc ut detur officiū iudicis,quia semper æqualiter pro omnibus competit,ut hic per Bar.& alios. sed si eueniat quod sit læsio ultra medietatem iusti pretii in contractibus stricti iuris poterit competetere illud remedium actionis uel exceptionis de dolo cumulatiue & non priuatiue,item communis opinio etiā est uera,quod nulla sit differentia inter dictos contractus quantū adhoc ut nō sequto arbitramento contractus annullentur in totū, & sequto arbitramento ualidentur, tamen potest recedi a persona æqualiter recurrendo ad arbitrium boni uiri.

107 Tertio† opponit Bar.de lege hæc uenditio. ff. de cont.emp.ubi uenditio fuit facta arbitrio domini si reddiderit rationes arbitrio domini,&dicitur quod contractus est conditionalis,tamen illa conditio non continet certam personā domini sed arbitrium boni uiri,& ideo domino nō arbitrante recurritur ad arbitrium boni uiri,& sic receditur a persona,contra istum tex. soluit glo. quod ibi dominus inique fuit arbitratus,&sic cōtinetur in alia regula,& non contradicit, sed Barto.reprehendit, quia ille text. ponit duos casus, unus est quando dominus uoluit accipere reditionē rationis & fuit in mora non accipiendi, & nullum fuit sequtum arbitramentum. Alium casum ponit quando recepit redditionem rationū, tamen fingebat se non recepisse iustas, & tūc male arbitratus fuit, ideo licet in hoc secundo casu solutio glo.possit procedere, tamen in primo casu remanet contradictio,quia uult non sequto arbitramento nihilominus recurratur ad arbitriū boni uiri,ideo Bar. dat secundam solutionem, quod ibi sumus in contractibus correspectiuis,& remissio fuit facta in personam promissoris,quia dominus promiserat dare seruum sub illa conditione,& cum steterit per ipsum quominus adimpleatur conditio fingitur adimpleta contra ipsum.p.l.iure ciuili.ff.de cōd.& dem.& l.inexequtione.§.fi.inf.eo.& ideo contractus uidetur firmatus sequto arbitramento ficto per leg.& imputari debet ipsi domino,& non illi per quem nō fuit factū quod existat conditio, regula imputari. de reg.iur.in 6.intelligendo tamen subdit Barto.ꝙ unum accidentale fuerit remissum in arbitriū debitoris,prout fuit ibi, quo casu ualet contractus ab initio,secus autem esset si aliquod substantiale esset remissum, quia tunc contractus ab initio non ualeret.l.quod sæpe.§ j.ff.de cont.emp.& ita residet intelligendo dict.l.hæc uenditio,quod decidat duos casus.glo.tamen ibi uidetur sentire, quod decidatur unus casus tantum,& ꝙ in utroque dicto dominus fuit male arbitratus,quia quā do nolebat accipere dicebat scripturas non esse ueras uel non pertinere ad negotium, & sic in effectu male arbitrabatur, sed tamen communis intellectus clarior uidetur, quia illa uerba (uel non accepit) simplicia sunt & generalia & secundum intellectum glo. opportet restringere ad casum spetialem,quod negabat scripturas esse ueras uel non pertinere ad negotium, quod est diuinare & uiolare illa uerba, sed tamen contra communem intellectum ita declaratum unum uidetur obstare, quia continet repugnantiam,nam in primo dicto secundum Bartolum fuit arbitramentum fictum contra dominum,in secundo casu fuit arbitramentum iniquum in fauorem domini,& tamen uult quod in utroque casu recurratur ad arbitrium boni uiri, quod est ineptum, & absurdum, ut arbitramentum latum a lege sit iniquum & reuocetur, Vnde uidetur necessarius intellectus gloss. quod ibi fuit unicus casus, & quod in utroque dicto male dominus fuit arbitratus, & ideo receditur a persona, & rescinditur, & ideo non est necessaria solutio Bartoli, quod ibi erat contractus remissus in arbitriū debitoris,sed per solutionem glo. tollitur totū contrarium illius legis.

108 Ad istud tamen † absurdum tu potes respondere ex mente docto.fatendo quod in uno casu est arbitramentum iniquum, in alio casu est arbitramentum iustum latum a lege, & quod tamen in utroque recurratur ad arbitrium boni uiri, sed tamen diuersis modis, ex eo quia quando arbitramentum est iniquum tunc recurritur ad arbitrium boni uiri, qui corrigat iniquitatē & reducat ad æquitatem. argumento dicti paragraphi arbitrorum.& lege unde si Neruæ. dig. pro socio. sed quando arbitramentum est iustū a lege fictū iuxta dictam legem iure ciuili. tunc recurritur ad arbitrium boni uiri, non ut corrigat, quia iustum est, sed ut declaret illud, quoniam incertum est apud contrahentes, & non potest fieri exequtio contractus, nisi per iudicem declaretur quale lex arbitramentum finxerit. nam licet sit certum apud ipsum, & ideo ualeat, iuxta legem cum post.§. gener. de iure dotium. tamen est incertum apud contrahentes, & ideo opportet recurrere ad iudicem qui citatis, & auditis partibus illud declaret examinando merita causæ ut possit apperire uoluntatem legis, & appellatur hoc arbitrium improprium apud ipsos contrahentes, quia ignorabant, tamen uere non est arbitramentum neque correctio, sed dicitur esse declaratio, sicut in simili habetur in crimine læsæ Maiestatis, & hæresis, in quibus

quibus statim fit condemnatio a lege, & priuatio bonorum, sed tamen postea per iudicem citatis partibus declaratur hæc sententia iudicis, & priuatio bonorum retro facta, ut habetur in l. quisquis.C.ad legem Iuliam Maiestatis. & cap. cum secundnm.ff.de reg.iur.in 6.cum similibus. & propterea cum quantum ad ocularem inspectionem uideatur arbitrium nouum, satis potest dici quod receditur a persona, & recurritur ad arbitrium boni uiri, & sic decisio illius legis potest uerificari in utroque casu, siue arbitramentū sit iniquum, siue iustum, cum illa tamen declaratione quod in uno casu corrigatur & in alio declaretur, & ad oculum uideatur nouum arbitriū, & ideo effectualiter potest dici quod solutio glo. sit uera, quod ideo ibi receditur a persona, quia ibi arbitramentum fuit latum, cum in uno casu sit latum ab homine in alio a lege, & Bar. solutio non discrepet a solutio glo. nisi in maiori declaratione, & distinctione.

109 Tu uero† potes addere nouam declarationem, & dicere quod ibi interuenit unicus actus, sed alio modo quam considerat gloss. quia illa dicit quod in utroque casu dominus male fuit arbitratus, sed melior uidetur opinio quod ibi dominus in utroque casu nullo modo fuit arbitratus, ut patet, quia dicit, aut non accepit, aut finxit non accepisse, si finxit non accepisse negat redditionem factam, non autem dicit eam male factam, & propterea non arbitratur inique, sed nullo modo arbitratur, sed tamen quia stetit per ipsum quominus arbitretur, fingitur arbitramentum latum a lege in utroque casu, & recurritur ad arbitrium boni uiri, & hoc uidetur sentire ille tex. dum dicit, in utroque casu impleta est cōditio, & agitur actione ex empto. Dicas igitur, aut tenes quod ibi in utroque casu dominus male fuit arbitratus, & tunc solutio glossæ est bona & tenenda & conuenit perfecte, si uero tenes quod in nullo casu dominus fuit arbitratus, & tunc necessaria est solutio Barto. quod ibi arbitramētum fingitur latum, quia stetit per promissorem quominus arbitretur, & recurritur ad iudicem ut declaret non ut corrigat. Si uero tenes quod ibi in uno casu dominus arbitratus fuit, & in alio non fuit arbitratus, tunc utraque solutio danda est, illa gloss. quatenus male fuit arbitratus. & illa Bartol. quatenus non fuit arbitratus, & stetit per eum, & tunc recurritur ad iudicem diuerso modo, quia quatenus fuit male arbitratus recurritur ut corrigatur, & quatenus non fuit arbitratus recurritur ut declaretur, quæ tres declarationes cumulatiue possunt procedere in illo text. & in practica erunt utiles, quia poteris resoluere multas quæstiones contingentes.

110 Secunda colligitur† conclusio ex dictis Barto. quod ualet remissio contractus in arbitrium debitoris, per illum tex. quia præsupponitur quod dominus fuerat ille qui uendiderat & erat debitor serui & arbitrator, unde in contrarium facit lex. quod sæpe. §. primo. eodem titulo. quæ dicit, quod non ualet remissio, soluunt docto. ibi & hic concordando hæc duo iura, & dicunt quod ibi remissum fuit unum substentiale in personam debitoris, & ideo non ualuit, & rationem posuit tex. in dicta lege hæc uenditio. quia non debet esse in arbitrio debitoris quod ipse sit obstrictus, in dicta uero lege hæc uenditio. remissum fuit unum accidentale, scilicet quod reddat rationes, cum pretium esset certum, & tunc fieri potest in personam debitoris, & hæc est communis solutio passim approbata.

111 Sed tamen† medulitus considerando, hæc solutio destruitur per illum tex. qui præsupponit quod imo sit remissum unum substantiale, scilicet an uelit uendere uel non uendere, & ideo textus ibi præsuppouit quod remissio iu persona dicti debitoris in illo casu non ualet, quia non debet esse in arbitrio rei an ipse sit obstrictus, ut clare patet in litera, & æquiparat illū casum, ac si dictum fuisset, uendo si ego uolam, & ratio potest esse, quia si in uoluntatem domini remittitur hæc conditio reditionis rationis, in effectu remittitur totus contractus in eius uoluntatem, cum hæc duo æquiparentur. lege prima. in primo responso.ff.de lega. secundo. & hoc uidetur urgens contrarium. unde ipse subdit, ut euitetur quod illa remissio non fuit facta in certam personam. sed ut in bonum uirum, & ideo ualet, cum omnes boni uiri uidentur electi arbitri, sed defendendo communem potes dicere, quod ibi tex. non decidit hoc præcise sed argumentatur tantummodo, & argumrntatio fuit generalis & non spetialis, cum substantiale possit remitti in arbitrium debitoris ubicunque uoluntas sua est uelata, ut probatur in dicta le. prima. de leg. secundo. & clarius in l. si quis Sempronio. ff.de hęred.insti. ubi si instituatur hæres (si uoluerit) captatoria est institutio. sed si instituatur (si ascenderit capitolium) institutio ualet, quia licet effectualiter dependeat ab eius uoluntate, tamen quia uelata fuit sub nomine conditionis, actus ualidatur, per regulam ibi traditam, quod aliquando expressa nocent & non expressa nō nocent, ut supra etiam declaraui in primo notabili in principali articulo an ualeat remissio facta in tertium, & ideo dicas quod ibi remissio ualet per rationem quod est unum accidentale. & dicta lex quod sæpe. §. primo. loquitur de substantiali, uel si uis dicere quod imo etiam est substantiale in dicta lege hæc uenditio, soluas quod est substantiale uelatum, & potest committi, & textus postea addidit solutionem ad oppositionem generaliter factam, non tamen negando quin aliis modis potuisset ualere remissio, quæ declaratio etiam potest procedere in contractibus simplicibus quando remissio fit in personam debitoris, quia licet regulariter remissio non ualeat. lege stipulatio non ualet. supra eodem. tamen si remittitur unum accidentale, uel etiam remitteretur in uoluntatem uelatam, potest ualere argum. §. sed emptio. insti. de emptio. & uenditio. & l. centesimis. §. si, infra eodem. dum

distinguitur, si uolam, uel cum uoluero, & arg. di ctæ l. si quis Sempronio. quæ fortius procedit in contractibus simplicibus, & hæc omnimodo tenē da uidentur & sunt ex mente docto. infra in. 4. q. Bar. super intel. l. quod si nolit. §. & quia ita. ff. de ædil. ædict. ubi tangam.

112 Tertiam† posuit conclusionem Bar. quod in di cta. l. hæc uenditio. si per promissorem steterit fin gitur arbitramentum, & recurritur ad arbitrium boni uiri, & etiam pertranseunt docto. tamen in contrarium uidetur esse ille text. destruens hanc opinionem, qui dicit adimpleta conditio est, & agitur actione ex empto, ut uenditor teneatur da re, & sic tex. præsupponit quod per legem adimpleatur conditio in totum & confirmetur contra ctus, & sine aliquo recursu ad iudicem ipse contractus in totum mittatur exequtioni, & ideo uidetur somnium supplere ibi quod recurratur ad iudicem, & hanc opinionem tenebat Ruynus hic nume. 10. qui confirmabat per tex. in l. si pater. §. si Sticho. ff. de fideicommiss. libertati. ubi relicta fuit libertas sub conditione (si reddiderit rationes domino, & si ille dominus latitat ut non possit ei reddi, tunc libertas ei præstatur in totum, quasi eas reddidisset, unde demonstrat quod actus libertatis habet plenum effectū, nec est opus recurrere ad arbitrium boni uiri, nec ualet consideratio quod opportet recurrere, quia est incertum quale fuerit arbitramentum, quia procederet quando contractus esset incertus, ut quia pretium sit declarandum, quod est uariabile, secus in rationibus declarandis quæ di cuntur secundum eum habere certitudinem, & fortius hęc opinio procederet si teneremus quod in utroque casu ibi dominus non fuit arbitratus & non potest allegare dominus iniquitatem lau di, quia allegaret turpitudinem suam leg. alias. cum ibi nota. de iureiurando. & uidetur hæc opi nio multū palpabilis & conueniens uerbis utriusque text.

113 Tamen† ex ea insurgit unum absurdum quod facit me dubitare. nam si nullo modo recurreretur, eueniret, quod seruus esset liberatus a redditione rationum, & si haberet multa reliqua illa iniquissime lucraretur contra uoluntatem domi ni, ideo ne admittamus tantam iniquitatem, necessarium est supplere ad dicta iura quod compe tit libertas, uel agitur ex empto præcedente tamen declaratione facta a bono uiro qui uiderit an bene redditæ fuerint, & iudicauerit quæ reliqua sint soluenda, & tunc postea fiat plena exequ tio ipsius actus, & ad illud quod redditio rationis est certa, respondet quod imo non potest esse certa, attēto quod si erat discordia inter dominum & seruum, erat incertitudo de negociis, quæ incertitudo ex fictione legis non potuit innotescere ipsis contrahentibus nisi interuenisset declaratio ipsius iudicis, unde opinio communis tanquam æqua tenenda est, licet in puncto iuris prædicta opinio uerior uideatur, cum iniquitas possit tolli, ut nō opponatur exceptio ad exequtionem actus uel cōtractus, sed tñ pōa remaneat domino directa actio ad petendā dictā redditio nē rationis & reliqua soluenda, tñ æquius est ut euitemus illū circuitū, & ꝙ non fiat exequtio do nec declaratum fuerit illud arbitramentū legale, & unicuiq; simul relinquatur quod suū est. l. iu stitia. ff. de iusti. & iur. Quare habes in effectu, ꝙ qñ fingitur arbitramentū recurritur ad arbitriū boni uiri, ut declaret, per rationem positā in tex. uel si arbitramentum fuit iniquum recurritur ut corrigatur, & est communis declaratio ad illum tex. & duplex solutio.

114 Potes† etiā dare tertiā declarationem ad illū tex. & introducere nouā solutionem quatenus re gulæ tex. nostri contradicit, considerando quod ibi tex. præsupponit in illa remissione de qua in illo tex. personā domini nō fuisse naturaliter cō sideratā sed legaliter tanquā incertus homo cōprehensus inter alios bonos uiros, & hoc patet expresse, quia dubitat an uideatur remissus contractus in personā domini naturaliter considera tā, an uero uideatur remissio facta in personā do mini legaliter consideratā, tanquā sit unus bonus uir, & ibi determinat ꝙ remissio fuit facta in ipsum non tanquā dominum naturaliter sed tan quam bonū uirum, & ideo contractus non dicitur conditionalis restrictus ad certā personam, sed dicitur esse potius modalis, ac si remissio facta fuisset in oēs bonos uiros, & si dominus non arbitretur non deficit remissio ipsa, quia remanent alii boni uiri in quos remissio facta fuit qui poterunt decidere, & ideo habes nouā solutionē ad dictā legem, quod illa loquitur in diuersis ter minis, nā tex. noster cum suis concor. determināt quod non recedatur a persona certa expressa in compromissis, quia tunc est conditionalis respiciens illam solam personam. in tex. uero illo remissio facta fuit in personam incertam, & in oēs bonos uiros, unde non potest intelligi restricta ad certā personā, ideo eo non arbitrante ex culpa sua contractus non redditur nullus, quia non fuit factus sub conditione, & hæc uidetur clara solutio ad illum tex. & generalis ad totam materiam, & ad infinitas leges infra declarandas. ut

115 distinguamus† an remissio sit facta in certam personam, & procedat iste tex. An uero sit facta in personam incertam seu generalem, & tunc procedat ille tex. cum suis concordan. & si dicatur, quomodo cognoscemus quod remissio sit facta in certam personā spetialem uel in illam generalem, responde quod in dubio præsumitur in certā personā, per l. fi. C. de contra. emp. & l. si merces. ff. locati. cum concor. Fallit tamē quādo equitas aliter suadet ne actus pereat, & una causa ponitur in d. leg. hæc uenditio. fundata in fauore, ut actus potius ualeat quam pereat. l. quotiens. ff. de reb. dub. alia est fundata in fauore ultimæ uoluntatis, di. le. j. ff. de lega. secundo. cum materia. alia est fundata in fauore patroni qui dedit tantum munus libertatis, dicta lege si libertus. & multæ aliæ similes in uariis iuribus considerantur, ut nos dicemus in sequenti oppositione Bar. ubi clarius apparebit hæc solutio, & resol-

uet

uet multas inculcationes,in quas Bar.& doct.incurrunt,ut ibi patebit.& hæc quantum ad intellectum d.l.hæc uenditio,super qua bene cogita.

116 Viterius † postea Socci.hic nu.19.& 20. instabat circa illam conclusionem, quod ubicunque stat per promissorem quominus arbitramentum feratur quod tunc fingitur arbitramentum & recurritur ad arbitrium boni uiri, quæ conclusio defensata fuit & firmata in casu dictæ l. hæc uenditio. quando in personam debitoris remissio facta fuit, & stetit per ipsum debitorem qui est arbitrator quominus arbitretur, tamen difficultas remanet de alio casu pertinenti ad istum text. quando remissio facta fuit in arbitrium tertii, & per promissorem qui nõ est arbitrator stetit quo minus arbitretur, quid agendum sit, an recurratur ad arbitrium boni uiri uel potius mittatur exequtioni contractus, quasi conditione impleta,& Bar.hic uidetur sentire quod recurratur ad arbitrium boni uiri, propter rationem suam generalem quod contractus confirmatur, & remanet actio super qua possit exerceri officium iudicis. Cuma. uero hic quem refert Socci. in dicto nu. 19. tenebat contrarium, quod imo non recurratur ad arbitrium boni uiri, sed quod incontinenti contractus mittatur exequtioni,quia impleta est conditio,& probatur argumento tex.in dict.l.hæc uenditio.& tex.in dicta.l.si pater.§. Stichum, & per tex.in dict.l.libertus si ita iurauerit. ibi, ratum non est arbitrium, & est ratio, quia hoc sufficit quod ei obiiciatur, conditio contractus est adimpleta, soluas quod debes,dicta;l. in exequtione.§.fi.supra eo.sed Alex.defendit communem, quod imo recurratur ad bonum uirum, & ad contrarium, quod conditio sit adimpleta, respondet, quod secundum leges est adimpleta, tamen est incerta apud contrahentes, & ideo ut certificetur, & appareat qualiter fienda sit exequtio est necessarium quod per iudicem hæc qualitas declaretur,& manifestetur. Sed inquit Socci. quod Alex.non bene refert uerba Cuma. qui distinguebat,aut contractus est certus, & tunc omnino debent mitti exequtioni, ex eo quia sufficit quod adimpleta sit conditio, & per eam remanet certus,& nihil impedit quod plene executioni mitti non possit,ut patet in exemplo tex. nostri.quando quis promisit restituere rem, sed si eueniat, quod contractus sit incertus,tunc potest militare ratio Alex.& ideo in illo casu dicit concludẽdum esse ut statim subiicietur, taliter quod concludit quod in contractu certo non procedit opinio Bar.quia non recurritur ad arbitrium boni uiri,sed contractus totus mittitur executioni.

Tu autem dicas quod etiam in contractu certo opinio Bar.uerior est & tenenda, quia nunquam potest uerificari assumptum Cumani, quod contractus sit omnino certus, attento quod si compromissum fuit, quod restituatur arbitrio Lutii Titii,erat discordia inter partes de modo restituendi, quæ discordia per fictionem legis non fuit clarificata,unde adhuc remanent dubia iura partium quæ omnino sunt certificanda ut possit mitti executioni contractus,alioquin induceretur maxima iniquitas quod ille stipulator lucraretur iniquissime in præiudicium rei, ideo æquior est opinio quod antequam fiat exequtio recurratur ad arbitrium boni uiri qui declaret illam dubietatem,& eodem tempore unicuique ius suũ tribuatur & circuitus euitetur, ut dictum fuit in pręcedenti casu,& hoc suadetur per dictam.l.hęc uenditio,quæ frustra dixisset quod remittitur in arbitrium boni uiri, cum attenta illa opinione frustratoria fuissent illa uerba.

117 Sed aliud † dubium remanet,quid si contractus incertus sit remissus in arbitrium tertii,ut in casu legis finalis.C.de contrahen.emptio.& l.si merces.ff. locati. ubi prætium quod est incertum remittitur in arbitriũ tertii,& de præsenti nulla est certitudo cum sit sua natura uariabile,& Bar.hic uidetur sentire quod remissio ualeat, per dictam generalem regulam, etiam quod postea ex mora rei non fuerit arbitratus, & fingatur a lege arbitramentum, nam uerum est semper quod cõditio ficte extitit,& confirmatus est contractus,& competit actio super qua datur officium iudicis,& uidetur probari ex isto tex.a contrario sensu,quod colligitur æqualiter, stãte opinione quod fuerint duo casus diuersi. Bal.tamen & Roma. uolebant quod promissore existente in mora non obligaretur,sed cõtractus remaneret nullus, quia cum sui natura esset incertus,& prætium uariabile,& arbitramentum fictum, incertum non posset fingi secutum fuisse ut confirmet cõtractum.arg. l.si merces. in principio. supra locati. quæ generaliter uult locationem non ualere quasi nulla constituta mercede,& idem dicitur in dicta l. fi.de contrahend.emptio.sed Alexan. hic tenet quod imo etiam hoc casu contractus confirmabitur & ualebit ac si arbitramentum uere fuisset latum, quod dictaret pro iusto prætio rem fuisse uenditã, per l.si fundus, in fi. supra de pignori. ubi si quis dedit pignori fundum pro debito soluendo infra annum, & si non soluat infra tempus quod res dicatur empta pro prætio tunc declarando, & ibi dicitur quod pactum ualet,& illa uenditio mittetur exequtioni,nec considerabitur quod prętium sit incertum, Sed Socci. tenet opinionem Roma. quod imo contractus remanebit nullus, quia dicta.l.si merces generaliter dicit non ualere.& ad l.si fundus.respondet quod est speciale in illo casu,sed tamen quia hæc responsio est refugium miserorum, melius potest dici quod ibi uenditio erat facta de futuro, & prætium, quoque differtur in futurum tempus, tamen eodem tempore postea complentur, sed in casu nostro uenditio fit de præsenti, cum pacto quod soluatur pecunia de præsenti incerta, sed in futurum declaranda, unde non uidetur quod iste contractus possit sustineri,& eo non declarante uenditio remanebit nulla,sed si stat per reum declaratio etiam remaneat nulla, & sic adhuc non uidetur probare conclusionem Bar.& quod possit teneri contractum esse omnino nullum,propter dictam plenam incertitudinem.

118 Tamen solutio † potest dici eadem cum præcedentibus, quod incertitudo precii non debet impedire quin contractus ualeat, & ex mora debitoris confirmetur, quoniam parum interest quod sit una uel duplex incertitudo, attento quod lex de omnibus inducit arbitramentum certum, & sicut quando remittitur restitutio in arbitratum, dubietas de iuribus partium non impedit contractum ualere, & tex. in dicta lege, in executione. §. fi. & dicta l. iure ciuili, generaliter dicunt conditionem esse impletam, & etiam hoc replicat tex. in dicta. l. hæc uenditio, apparet quod generaliter contractus confirmatur, & continet arbitramentum certum cum iusto precio tacite implicato, sed tamen quia illud est incertum apud contrahentes est opus postea quod recurratur ad iudicem qui declaret, quod poterit facere, siue sit una incertitudo siue plures, & declaratione facta apparebunt iura partium, & qualiter executio de contractu fienda sit, super ista tamen conclusione Socci. hic multum insistit argumentando pro utraque parte, ut uere uideatur semetipsum, & alios confundere, finaliter tamen ipse uidetur * stare cum ista communi* opinione quod contractus ualeat ab initio & confirmetur ex ficto adimplemento, & recurratur ad declarationem boni uiri, & est opinio uera & in practica tenenda tã quam æqua, & fundata in generali ratione legis quotiens. ff. de reb. dub. & ideo habes declarationem ad l. si fundus, quod ibi contractus ualebit, & debitore existente in mora precium erit constitutum a lege, declarandum tamen postea per iudicem citatis partibus.

119 Ex quibus † habes duas opiniones in hoc articulo quando per debitorem stat quominus impleatur conditio, una est, quod si contractus est certus confirmetur per adimplementum legis, declarandum postea per iudicem, & in hac conueniunt omnes. Alia est, quod ubicunque contractus est incertus, & tunc discordant docto. nam * communiter* tenent quod etiam debitore existẽte in mora confirmetur contractus, & non obstante pluri incertitudine confirmetur per adimplementum legis, quod tamen per iudicem declarabitur ante executionem. Alia fuit Cuma. quod quando est contractus incertus si stetit per promissorem remaneat contractus omnino nullus, & non confirmetur per adimplementum legis, stante duplicata incertitudine, & ideo in ea procedat decisio tex. nostri, & limitatio tradita in quarta figuratione casus restringatur ad contractum certum, quam tamen opinionem nos supra reprobauimus faciendo generalem conclusionẽ, quod semper confirmetur contractus per fictum arbitramentum legis, & ita tenendum est. Nota tamen illos quatuor casus Socci. qui dicit quando est contractus locationis, uel nullus contractus, uel contractus incertus, & quando dicitur pro eo precio estimando, uel pro precio quod declarabit Sempronius, & tunc est uenditio uel locatio secuta declaratione, & ante declarationem adhuc est uenditio uel locatio suspensa conditione si remittatur in arbitrium tertii, & si res non est integra, quia non fuit facta executio, agetur ex æquitate, dicta l. quoties, de præscript. uerbis.

120 Ex quibus † statim positis ut supra habes decisum quid operetur mora stipulatoris, item quid operetur mora promissoris, quid autem operetur mora arbitratoris non ponunt in specie docto. sed implicant eum in casu quando stipulator est in mora, unde uolunt quod mora implicatur cum casu quando stipulator est in mora, unde uolunt quod mora arbitratoris operetur defectum conditionis, & quod contractus remaneat nullus, quod uerum est & tenendum quando stipulator commisit moram & non tenebatur aliquid facere, sed si esset obligatus aliquid facere, uel promisisset pœnam, tunc aliud esset in stipulatore, quia incideret in pœnam quæ absorberet totum contractum, dicta l. diem proferre. §. si quis litigatorum, uel si essemus in contractibus correspectiuis quibus uterque est stipulator & debitor, unde hæc quæstio de mora arbitratoris separari debet aliqualiter a mora stipulatoris, & determinari quod mora arbitratoris semper inducat defectum conditionis, & quod contractus remanet nullus quando summus in materia contractuum, & quid in ultimis uoluntatibus in sequenti oppositione dicemus, hoc tamen debes omnino addere, quod omnes istæ dictæ personæ, si non est arbitramentum finitum, possunt purgare moram, & reuocare eam, & tunc considerabitur qui postea existat in mora, dicta lege. Item illa, de constit. pecu. & lege illud. de peri. & commo. rei uendi. cum simi.

121 Quarto opponit Bar. ingrediendo materiam ultimarum uolũtatum, de lege fin. §. sed & si quis. C. communia de leg. ubi legauit seruum quem Titius optabit uel eliget, si Titius per annum noluit uel non potuit optare receditur a persona & transfertur potestas eligendi in ipsum legatariũ arbitrio boni uiri. soluit gloss. quod ibi sumus in ultimis uoluntatibus, in quibus est speciale, ꝙ possit recedi a persona, quæ solutio secundum Bar. est nimis generalis, quia præsupponit, quod semper recedatur a persona, ideo ipse plenius declarat & dicit, aut remissio fuit facta per uerbum arbitrio tuo, uel arbitratu tuo, & tunc in contractibus actus efficitur conditionalis, & non receditur a persona, per l. fi. C. de contrahenda emptio. sed in ultimis uoluntatibus illa uerba exponuntur modaliter (ut arbitretur) & actus non efficiatur conditionalis, & recedatur a persona. l. prima ff. de leg. secundo. sed si remittatur legatum per conditionem expressam tunc efficitur conditionale. per dictam l. j. ff. de leg. secundo in primo responso. & no. in l. si quis hæres. iuncta glo. magna. ff. de acquir. hæredi. & potuit allegare tex. in l. si ita legatum. §. illi si uolet. ff. de leg. primo. in quibus locis non receditur a persona, sed huic distinctioni obstat tex. in l. si sic. ff. de leg. primo. & l. fideicommissa. §. quanquam. ff. de leg. tertio. ubi legatum fit per expressam conditionem (si uolueris, uel si putaueris, uel arbitratus fueris) & tamẽ recedi-

receditur a persona. Soluit Bart. quod ibi illud non euenit ex natura conditionis, sed quia remissio facta fuit in personam debitoris, & per eum stetit quominus arbitretur. unde ex alia regula quod sequto arbitramento ficto actus ualidatur & potest tecurri ad arbitrium boni uiri habet locum in illo tex. Secundo irerum contra aliam partem distinctionis, quod uerbum (arbitratu tuo) stet conditionaliter non autem modaliter in ultimis uoluntatibus, opponit de lege multa. de conditio. & demonstrationibus. ubi arbitratore non arbitrante non committitur pœna, & non receditur a persona. soluit Bar. quod ille tex. procedit quantum ad hoc ut hæres incurrat pœnam ut non recedatur a persona, sed bene quantum ad substantiam legati receditur a persona, quia monumentum eo non arbitrante adhuc hæres tenebitur facere secundum conditionem personæ & sic in effectu circa ultimas uoluntates ponit regulam, quod remissio in uoluntatem alterius facta per uerba (arbitrio tuo, uel arbitratu) non intelligitur conditionaliter, & potest recedi a persona. Ampliatur procedere etiam si dictum fuit, si arbitratus fueris, uel putaueris, & stetit per debitorem quominus adimpleretur arbitrium, dicto. §. quanquam, & ampliatur procedere in casu. d. legis multa, etiam quod in pœna non recedatur a persona. fallit ubicunque remissio facta fuit per expressam conditionem, quia tunc non receditur a persona, dicta l. prima. ff. de leg. secundo. & dicto. §. illi si uolet. & ita resfidet.

122 Ex cuius† dictis colligitur primo, quod tex. in dicta l. fi. §. sed & si quis. contrariatur materiæ nostræ. sed contrarium tenuit Raphael, ut hic per Ias. & Socci. quia ibi non tractatur de legato remissio in arbitrium alterius, sed de ipsa electione seu optione quæ differt a materia nostra. Saluabat Alex. quia imo ibi est casus pertinens ad materiam, cum legatum in effectu dependeat ab arbitrio Titii, & recurratur ad arbitrium boni uiri, cum nō possit ille legatarius eligere nisi mediocrē, ut ibi dicitur, sed tamen Ias. dicit ex alio non facere, quia Bart. præsupponit infra in distinctione quod ibi substantia legati remittatur in arbitrium, quod tamen non est uerum, quia est sola electio seu optio quæ remittitur, & legatum est purum, maxime attento iure nouo, quo dispositum fuit, ut legatum optionis non sit conditionale, unde tenet quod ille tex. loquitur in diuersis terminis, & mihi placet, quia ibi agitur de materia optionis & electionis in qua potestas transmittitur ab ipso tertio in ipsum legatarium iuxta formam positam in l. legato generaliter. ff. de leg. primo. & ideo uere ille tex. non potest allegari in materia.

123 Secundo† etiam contra conclusionem Bart. quod imo uerbum (arbitrio tuo) stet conditionaliter, opponitur de lege cum tale. §. rescriptum. ff. de conditio. & demonstra. ubi legatum fuit relictū mulieri si nupserit arbitrio Titii, & tamen dicitur quod est conditionale legatum, sed postea remittitur, quia continet impedimentum matrimonii. soluit Ias. quod ibi non est simplex uerbum (arbitrio Titii) sed præcedit dictio (si) quæ facit legatum conditionale totū & satis placet.

Tertio opponitur, quia in ultimis uoluntatibus ablatiui absoluti resoluuntur in conditionē. l. a testatore. ff. de conditio. & demonstratio. & lege acceptis. supra ad l. Falcidiam. sed respondetur, quod ablatiui absoluti resoluuntur in conditionem quando interuenit participium, quo casu possunt facere orationem perfectam, sed si nō interuenit participium non possunt resolui in conditionem quia non possunt facere orationem perfectam. sed illa uerba (arbitrio Titii uel arbitratu Titii) non habent participium, ideo non resoluuntur in conditionem, & non faciunt actū conditionalem.

124 Quarto† instatur quod in dicta l. fi. §. sed & si quis. erat conditio, quia relatiuum facit conditionem. l. Stichus qui meus erit, de leg. primo. soluit Ias. quod doctrina Bar. procedit quando est apposita conditio expressa, secus quando est tacita, quia tunc per remissionem talem non efficitur legatum conditionale, & sic apparet quod distinctio Bar. potest procedere, & remanet defensata ab omnibus obiectis, & adducit Ias. rationem quare si est apposita conditio expressa non receditur a persona, quia illa debet adimpleri in forma specifica. l. qui hæredi. & l. Meuius. de condi. & demonstrationibus. & ex ea colligi-
125 tur intellectus † ad l. multa. de condi. & demonstratio. quod ibi hæres Titio non arbitrante cogitur facere monumentum, quod tamen non dicitur in illo tex. & uidetur diuinatiuum, sed tamen satis potest sustineri coniungendo eum cū l. in testamento. la prima. eodem titulo quæ uult quod si non reperitur exemplum expressum a testatore nihilominus tenetur facere monumentū
* arbitrio boni uiri, & hæc est communis * opinio docto. hic & in dicta l. multa. & lege in testamento. & satis æqua est ne testator remaneat sine monumento.

126 Item † ex eisdem dictis colligitur intellectus ad l. primam. ff. de leg. secundo quod procedat quando remittitur in arbitrium, secus autem est quando remittitur sub conditione, & ita concordatur principium cū fine. Socci. uero dicit quod ille tex. in principio uult legatum posse conferri in liberam uoluntatem, & tunc sit conditionale, item posit conferri in arbitrium boni uiri, & tunc sit purum, & sic principium loquitur quando confertur in liberum arbitrium, & finis quando confertur in arbitrium regulatum, quod appellatur arbitrium boni uiri, & quod principiū loquatur de libero arbitrio, probat, quia simpliciter dicit de arbitrio, & exemplificat in uerbo (si uolueris) quod denotat liberam uoluntatem & expressam, & si ascenderit in capitolium, liberam uoluntatem tacitam, ut dicit tex. in l. si quis Semproniū. ff. de hæredi. insti. secunda uero pars quod loquatur de arbitrio boni uiri probat, quia tex. exprimit & dicit non facere conditionale legatum, & quod in dubio testator uidetur uelle re

linquere arbitrio boni uiri, licet possit in liberā
127 uoluntatē cōferre, ut hic latius per eū. Ex quo† in fert, quod ibi differrentia an legatum sit conditionale uel non sumitur ab hoc principio, an conferratur in liberum arbitrium uel in arbitrium boni uiri, non autem ut dicebat Bar. an sit per uerbum (arbitrio) uel dictionem (si) & quod si in liberum, est conditionale & si in regulatum, non est conditionale, & talis est differentia an sit dictum, si uoluerit, uel si arbitratus fuerit, quia imo illa uerba, si arbitratus fuerit, faciunt legatum remissum in arbitrium boni uiri & non conditionale, nec etiam est uera differentia an dicatur arbitratu Titii, uel si arbitrabitur, cum illa uerba (arbitratu Titii) potius faciant conditionem quia ablatiui absoluti resoluuntur in condicionem, dicta l. a testatore.

128 Tu autem † dicas quod reprehensio Bar. in illa differentia inter dictionem (si) & dictionem (arbitrio uel arbitratu tuo) non est uera ut ipse dicit & statim probabo, tamen nec ipse cepit bonum principium ad cognoscendum an sit legatū conditionale uel non conditionale, cum potius sit effectus quod conferratur in liberam uoluntatem, uel uideatur collatum in arbitrium boni uiri, non autem causa. item præsupponit unum ꝙ plærunque est falsum, ut legatum possit conferri in liberam uoluntatem tertii uel hæredis, ut probatur in dicta. l. fideicommissa. §. quamquam. ibi, uolueris, quia est captatoria uoluntas. l. captatorias, & lege illa institutio, & l. ille autem. ff. de hæredi. insti.

129 Et ideo† tu plenius examinando articulum, cōsidera primo, ꝙ conclusio Bar. ut uerba (arbitrio & arbitratu tuo) faciant cōditionem in cōtractibus, non est firma nā aliquando non faciunt, ut probatur in l. hæc uenditio. ff. de contrahend. emptio. & l. si libertus ita iurauerit. de oper. libert o. & l. cum post. §. gener. ff. de iur. dotiū. & l. 3. C. de dotis promissio. cum similib. Secundo dum ipse uult quod in ultimis uoluntatibus non faciāt conditionem, istud nec etiam probatur iure, cū imo ex natura sua faciant conditionem, ut probatur in dicta. l. multa. in eo quod pœna euitatur. item ista uerba sui natura important conditionē ut supra probaui per decem iura, & ideo idem debet esse in ultimis uoluntatibus, donec contrariū probetur. Tertio dum uult quod quando remissio fit per dictionem (si) expressam legatum efficiatur conditionale contradicit de directo text. in dicta l. fideicommissa. §. quamquam. ubi denotant arbitrium boni uiri, nec ualet responsio Bar. quod ibi fuit remissio facta in personam debitoris, & stetit per eum quominus arbitraretur, ita quod propter fictum arbitramentum recurritur ad arbitrium boni uiri, nam istud est contra illum tex. qui dicit quod ab initio testator hoc uidetur facere, non autem uult expectari moram & negligentiam hæredis, ergo necessario istud est ex propria natura uerborum, non autem ex illo accidenti quod steterit per eum, & hoc confirmatur, quia idem esset in uerbo (si uolueris) ut eo committente moram reduceretur ad arbitrium boni uiri, & sic apparet quod tota theorica Bar. falsa est.

130 Quare† tu aliter ordina istam materiam reiectis omnibus aliis distinctionibus docto. & dicas generaliter tam in contractibus quam in ultimis uoluntatibus quod distingui debet, Aut remissio sit in certam personam expressam, Aut sit remissio in generalem personam legaliter consideratam. Primo casu non potest recedi a persona, & actus efficitur conditionalis, quoniam intentio disponentium est ut restringatur illa dispositio ad illam certam personam, unde eo non arbitrante, ex uoluntate corruit totus actus tam in contractibus ut omnes consentiunt, quam etiam in ultima uoluntate, ut probatur in l. j. de leg. secundo & in l. si ita legatum. §. illi si uolet. ff. de leg. j. & in l. Cornelius. ff. de hæredi. insti. & solum in hoc casu quando remittitur in certam personam in ultimis uoluntatibus attēditur an ualeat, quia distinguitur si remittatur in personam debitoris certam, & tunc non ualet, dicto. §. quamquam. in uerbo (si uolueris) sed si remittatur in arbitrium creditoris tunc ualet, dicta l. si ita legatū. §. illi si uolet. ff. de leg. primo, & l. Cornelius. ff. de hæredi. insti. nec distinguitur an remittat in liberam uoluntatem uel uoluptatem illius personæ, uel in arbitrium regulatum, quoniā in casibus in quibus remissio ualet permittitur ut dependeat a libera uoluntate & uoluptate, d. §. illi si uolet, & d. l. prima. in princi. ff. de leg. secundo.

131 Et si quæratur † quomodo cognoscemus quod sit remissio facta in certam personam uel in personam generalem legaliter consideratam tanquā bonus uir, dicendum est quod cognoscetur ex regula, quia regula traditur quod quando certa persona exprimitur remissio dicitur facta in certam personam, quia hoc denotant uerba, & uidetur in dubio electa, tanquam de ea magis confidant disponentes, fallit tamē ex uariis causis propter fauorem subiecti uel personarum, quæ causæ debent exprimi a lege, & nisi heamus legem hoc dicentem nos stabimus regulæ, & in contractibus habemus unum exemplum in. l. hæc uenditio. ubi tex. assignat spetialem rationem, ne actus pereat & per illum tex. possumus dare regulam generalem, quod quando actus remittitur in arbitrium debitoris, ne pereat, semper uidetur facta remissio in illam personam generaliter consideratam tanquam bonum uirum, non autem tanquam in certam personam, Aliud exemplum ponitur in l. si libertus ita iurauerit. generaliter intelligendo, siue fuerit arbitratus patronus, siue non fuerit arbitratus, ut in dubio uideatur remissio facta tanquam in bonum uirum, idem dicitur in l. cum post. §. gener. ff. de iur. dotium. & l. 3. Co. de dot. promissio. cum aliis similibus quas inquirendo poteris adducere. nec obstat tex. in fine, qui uidetur coniecturam istam reiicere in d. l. fin. C. de contrahen. empt. quia respondetur ut infra.

132 Quæ† omnia etiam dicemus in ultimis uoluntatibus, quod ubicunque certa persona est expressa in du-

in dubio reputabimus actum cōditionalem qua si de illa sola persona confisus fuerit testator, sed tamen ab illa regula receditur ex aliquibus causis fauorabilibus. Et primo quando remittitur in arbitrium debitoris, tunc ne actus pereat præsumitur quod illa certa persona sit expressa generaliter tanquam bonus uir, dicta l.j.in secundo responso.ff.de leg.secundo.& dicta l.fideicommissa §.quamquam, quam tamen interpretationem facimus nisi uerba expresse repugnent, ut quando dicitur (si uolueris) dicto.§.quamquam.item etiā ex alia causa fauorabili interpretabimur, ut in casu.l.multa.iuncta.l.in testamento.ff.de conditio.& demonst. ad finem ne actus ultimæ uoluntatis pereat cui in dubio leges fauent.

133 Et prædicta † procedunt non facta differentia an sit dictum arbitrio tuo seu arbitratu, uel sit apposita dicto (si) faciens expressam conditionem, dicto.§.quamquam. nec ut dixi an remittatur in liberam uoluntatem uel in arbitrium regulatum & in casibus in quibus certa persona est expressa naturaliter considerata ea non arbitrante actus efficitur nullus, & non receditur a persona, quia cōfidētia fuit de ea, & quia cōditio debet impleri in forma specifica. dicta.l.qui hæredi.& l.Meuius.ff.de conditio. & demonstratio. si uero persona expressa est considerata legaliter tanquam quilibet bonus uir, & tunc actus non efficitur cōditionalis sed dicitur purus, quia non restringitur ad illam personam nominatam, dicta.l.j. secundo responso.supra de leg.secundo, & ideo eo non arbitrante uel male arbitrante receditur a persona & recurritur ad alios bonos uiros, in quos etiam uidetur facta remissio ex intentione disponentis, quæ nota & bene cogita, quia uidebis quod forsan nulla melior distinctio dari potest neque solutio ad contraria. in legato uero optionis spetialis distinctio tradenda est, quæ ponitur in dicto.§.sed & si quis.& in l.legato generaliter, de leg. primo.

134 Ex quibus apparet † resolutio ad tria correlaria tradita hic per Socci.num.22.& primū quod in dicta l. prima fiat differentia an conferratur in liberam uoluntatem, & tunc legatum sit conditionale, an uero conferratur per uerba quæ possunt denotare arbitrium boni uiri, & tunc importet arbitrium boni uiri, & per consequens differentia Bar. non sit uera, quoniam licet differentia Bar. non sit uera ut supra etiā ego demonstraui, tamē nec etiam sua consideratio est uera, quia principalis causa decisionis illius legis non est per rationem quam ipse assignat, quoniam quando legatum remittitur in certam personam non consideratur per quæ uerba sed semper efficitur conditionale, & restrictum ad dictam certā personam, & generaliter est uerum quod nunquā receditur a persona siue dictum sit arbitrio uel arbitratu, siue si arbitratus fueris, & siue uoluerit remittere in meram uoluntatem suam siue per uerba denotantia limitationem potestatis, quoniam sufficit quod se restrinxerit ad ipsam certam personam, a qua non est recedendum, per dictam. l, fin.C.de contrahen.emptio.cum aliis decem concordanti.supra adductis, quæ non considerāt formam uerborum.item apparet resolutio alterius correlarii, dum uolebat circa intellectum.l.fideicommissa.§.quamquam.quod ille tex.non intelligatur prout uolebat Bart. ut promissor fuerit in mora adhoc ut recedatur a persona, quoniā text. generaliter lquitur.nam uerum est quod ille tex. non habet restrictionem quam dedit Bart. quia ille tex. generaliter loquitur, & uult quod ab initio statim quod testator fecit legatum cum uerbis ibi expresis uideatur remissum in arbitrium hæredis taxatum, non in liberam uoluntatem ab initio, & ideo probat contra intentionem Bar. ꝙ per uerba conditionalia inducatur legatum conditionale, quoniam ibi illa uerba sunt conditionalia, & tamen non faciunt legatum conditionale ab initio, sed semper remissum fuit in arbitriū hæredis tanquam bonum uirum, non autem tanquam certam personam, ut clare dicit, & uerba ipsius cauillari non possunt. sed tamen nec etiam istud est propter rationem Soccini quod remiserit per uerba denotantia arbitrium regulatum, cum tex.non considerauerit hanc differentiam, sed solam intentionem ipsius testatoris an uoluerit remittere in heredem tanquam bonum uirum & intentio sua demonstratur, quia hæres erat debitor, & considerando eum tanquam certā personam legatum efficeretur elusorium declarante eo semper nolle deberi.

135 Item † etiam est resolutio ad tertium correlarium, dum uolebat intellectum Bar. ad l.primam de leg.secundo non esse uerum, quod ille tex. denotat spetialitatem in testamentis, & quod uerba (arbitrio Titii) non resoluantur in ultimis uoluntatibus in conditionem. nam uerum est quod Bar. non bene loqutus fuit, sed tamen nec etiam intellectus suus fuit bonus, dum distinxit an conferratur in liberam uoluntatem uel arbitrium regulatum, quoniam uerus intellectus illius text. est, quod in prima parte uoluit conferre legatum in arbitrium certæ personæ naturaliter consideratæ & in secunda parte uoluit conferre legatum in arbitrium personæ legaliter consideratæ, tanquam boni uiri, & ideo cum non sit restrictum ad personam nominatam non efficitur conditionale, sed statim debetur cum qualitate ut estimetur secundum arbitrium boni uiri, & sic summa est, quod tota hec materia distinguitur, utrum testator remiserit legatum in certam personam naturaliter consideratam, & tunc efficitur conditionale tanquam restrictum ad illam personam a qua recedi non potest, an uero remiserit in personam legaliter consideratam tanquam bonum uirum, & tunc non efficitur conditionale, cum non sit restrictum ad certam personam, & quilibet bonus uir uideatur electus arbiter, ideo nominata persona non declarante uel inique declarante receditur a persona, quando autem hæc diuersitas intentionis innotescat, dixi regulam esse quod præsumitur certa persona electa. fallit quando legatum efficeretur elusorium, ut si remittitur in per-

sonam debitoris uel alterius grauati,& hoc idem procedit quando remitteretur in personam creditoris ut hęredis instituti uel legatarii,quia tūc si remitteretur in liberam eorum uoluntatē tunc esset electa certa persona. l. Cornelius. supra de hęredibus instituendis.& l.si ita legatum.§.illi si uolet.ff.de leg.primo. sed si quantitas legati uel institutionis esset remissa in liberam uoluntatem hæredis uel legatarii, tunc præsumeretur testator considerasse eorum personam legaliter tanquam bonos uiros, quia esset semper suspitio ne immoderate arbitrarentur, argumento tex.in l. si libertus ita iurauerit. ff.de oper.libertorum. & l.cum post.§.gener.ff.de iure dotium,qui cum sua ratione procedunt etiam in ultimis uolūtatibus.

136 Verumtamen † quia ex prædictis oppositionibus uidetur generari quædam confusio,ideo Bar. pro pleniori declaratione posuit distinctionem generalem tam in ultimis uoluntatibus quam in contractibus, & primo in ultimis uoluntatibus distinxit inter uerba(arbitrio Titii) uel uerba cō ditionalia, & inter substantiam legati & incursum pœnæ,faciendo quatuor conclusiones.Prima est, quod si relinquitur legatum arbitrio Titii, tunc legatum erit purum,quia uidetur remissum in arbitrium boni uiri & non intelligitur conditionaliter,& ideo receditur a persona. Secunda est,quod quando legatum fit per uerba denotantia conditionem expressam ,dicendo relinquo si arbitrabitur,&tunc uidetur remissum in liberam uoluntatem, & legatum est conditionale, si ille erat tertia persona, argumento legis primæ. in princi.ff.de leg.secundo. Tertia est,quod quando relinquitur in arbitrium ipsius debitoris ut hæredis uel alterius grauati efficitur conditionale ab initio,tamen postea eo non arbitrante propter moram suam,uel arbitrante,receditur a persona dict.l.fideicommissa.§.quamquam,&l.si sic. Quarta est.quod ubicunq; tractatur de commissione pœnæ non receditur a persona ad finem ut per alterius declarationem incurratur pœna,per l.multa.ff.de conditio.& demonstr.quas quatuor conclusiones nos defensauimus in præcedētibus ab obiectionibus docto. quia communiter tenentur,& in practica seruarentur,tamen in puncto iuris aliter sunt declarādę quam faciāt doct.ut sup.

Et contra primam conclusionem faciebat illud,quod ablatiui absoluti resoluuntur in conditionem, & etiam tex.in l.cum tale.§.rescriptum ff.de conditio. & demonstrationi. sed responsio data fuit ut supra. Tertio faciebat, quia solum fundatur in dicta l. prima. in secundo responso. qui tex.non probat, cum se non fundet in ratione de uerbo(arbitrio)sed per rationem generalē quod in ultimis uoluntatibus quando dispositio est collata in arbitrium alterius intelligitur de arbitrio boni uiri,quæ ratio procedit siue sit dictum arbitrio tutorum,siue conditionaliter.dict. l.fideicommissa.§. quamquam.& dicta l.si sic. sed Bar.dedit responsum quod in dictis iuribus erat remissum legatum in arbitrium debitoris, quo non arbitrante uel male arbitrante conditio est adimpleta,& confirmatum est legatum.unde potest postea recedi a persona per regulam positam in dicto.§.arbitrorum.unde satis procedere potest. Soccinus uero ex alia ratione reprehendebat,cui etiam dedimus responsum,sed tamē ego supra dixi eam non esse ueram, quoniam iura non considerāt istam differentiam in modo proferendi uerba, sed tantummodo considerant an testator habuerit intentionem remittendi in certam personam naturaliter cōsideratam, an uero in personam tanquam bonum uirum consideratam,ut supra.

137 Secunda † est conclusio Bart. quod quando dictum fuit(si arbitratus fuerit tertius) legatum efficitur conditionale,quia remissio fuit facta per uerba denotantia expressam conditionem, l.j. in primo responso.de leg. secundo,& tunc non receditur a persona,& ualet si est expressa quantitas, alias non ualet, & quando ualet oportet quod arbitretur ne pereat, sed in contrarium secundum Ias.facit dicta.l.si.§.sed & si quis. C.communia de legatis, ubi fuit remissio facta conditionaliter propter relatiuum, l. Stichus qui meus erit. ff.de leg. primo. & tamen receditur a persona, sed ipsemet soluit quod Bar. intelligitur de uerbis facientibus expressam conditionem,non autem uelatam,quia in hac materia multum consideratur lex nonnunquam. ff. de conditio.& demonstrationi.item responsio alia fuit data,quod ille tex. loquitur in materia electionis & legati optionis, quod legatum de iure antiquo erat conditionale,§.optionis.insti.de leg.hodie uero non est conditionale, ut ibi no.& in dicto. §. sed & si quis.in quo Iustinianus uoluit quod seruetur, ut ibidem dixit,ut eo non arbitrante per annū potestas eligendi transeat ad ipsum legatarium,sed tamen ex alio postea dicta conclusio non est uera, quia hæc differentia inter uerba non probatur iure,& obstat text.in.l .multa. ff. de condi. & demonstrationi.ubi apparet legatum esse effectū conditionale etiam per uerba(arbitratu tuo)quā tum ad sui substantiam. licet postea pontificali authoritate monumentum fieri debeat,ut declarauit glo.in dicta l.in testamento.in fi. de conditio.& demonstratio. & confunditur etiam per dictum.§.quamquam.in sui generalitate. ideo melior est resolutio, quod in tertio non distinguatur inter modum proferendi uerba, sed tantummodo an fuerit remissum legatum in eum tanquam in certam personam,uel potius in eum tanquam bonum uirum, ut si remittitur tanquam in certam personam per quæcunque uerba legatum sit conditionale, & eo non arbitrante non receditur a persona, si uero remittatur in tertiū tanquam bonum uirum tunc receditur a persona, & hæc secunda interpretatio facilius præsumitur propter fauorem ultimæ uoluntatis.

138 Tertia † est conclusio, quod quando remittitur legatum in arbitrium debitoris, ut hæredis uel fideicommissarii grauati,& tunc fit conditionale ab initio tamen postea eo non adimplente tanquam existat conditio, receditur a persona, per dictum

dictum. §. quanquam. ad quem Bart. dedit talem responsionem, & intellectum, cui tamen obstabat unum allegatum per Soccin. quod imo legatum non sit conditionale, cum lex prima. ff. de lega. secundo dicat non esse conditionale, & quod dum dicit simpliciter quod legatum debetur, nõ habet moram, quia arbitrium boni uiri est certum ut ibi dicitur, & repetitur in dicta lege si sic, & in dicto §. quamquam, nec contrarium dicit tex. in dicto §. quamquam, quia imo probat contrarium dum simpliciter dicit deberi, nec obstat quod dicit, in illo tempore, quia intelligitur quantum ad efficaciam, quoniam debebitur statim sed non efficaciter nisi declarata, & certificata uoluntate, argumento, legis cedere diem, & legis debitor. ff. de uerborum significatione, & ad legẽ hæc uenditio. respondet quod ibi uenditio est conditionalis. propter uerbum (si reddiderit, non propter uerbum arbitrio, ut hic per eum, sed tamen pro opinione Bar. facit dicta lex fideicommissa. §. si sic fideicommissum, & dictus §. proinde, ubi tex. dicit quod legatum est conditionale, & tamen recurritur ad arbitrium boni uiri, præterea multum facit tex. in lege si ita legatum. §. illi si uolet. ff. de leg. primo. & si illud procedit in creditore in quo præsumitur uoluntas propter lucrum, quanto magis procedit in debitore, uel tertio in quo non est talis præsumptio uoluntatis, & idem replicatur in lege si ita expressum. ff. de conditio. & demonstratio. prẹterea præsuppositum Soccini, quod quando in arbitriũ alterius confertur legatum quasi sit remissum in arbitrium boni uiri, & propter hoc recedatur a persona, non uidetur esse uerum simpliciter nec generaliter, quia nos habemus regulam in contrarium, quod in arbitriis non receditur a persona. lege in compromissis, supra de arbitris, Et
139 propterea † uidetur quod opinio Barto. uerior sit, licet fundamenta Socci. uideantur probabilia aliqualiter, tamen uidetur distinctionem Barto. ualde rationabilem esse in omnibus dictis suis, & primo dum dicit. quod illa uerba (arbitratu Titii, uel arbitrio tutorum) non faciunt legatum conditionale, recte dicit, quia hoc non est contra regulas iuris, quæ faciunt dispositionem effici cõditionalem, cum in eis non sint ablatiui absoluti, sed solum simplices ablatiui, unde potius potest dici qood sit speciale in contractibus quod faciant conditionem quam quod uelimus in ultimis uoluntatibos specialem induncere, ut dispositio non efficiatur conditionalis, cum ablatiui sicut cæteri casus ponantur in oratione, ut qualificent eam uel eam suspendant in totum uel in parte secundum mentem disponentium, & receptum fuit quod in contractibus determinent totam orationem, & faciãt eam conditionalem ex legis dispositione potius generali quam speciali, taliter quod in ultimis uoluntatibus est potius secundum regulam & naturam terminorum quam quod specialitas aliqua inducatur, similiter, quod illa uerba, si arbitratus fuerit, uel si nupserit arbitrio Titii, faciant conditionem, est regulare, & secundum naturam uerborum propter regulas positas in l. 1. ff. de conditio. & demonst. unde hæc distinctio tota, quod in primo casu non sit conditionale legatum, & in secundo casu conditionale, est secundum regulas communes, & receptas, & non est opus alia probatione, tamen adhuc probatur ex dicto §. si sic fideicommissum, & dicto. §. proinde, & dicto. §. illi si uolet, inducendo ut supra. similiter quod quando arbitrium ponitur in personam debitoris, quod regulatur ad arbitrium boni uiri est regulare, cum si arbitratur inique secundum communem regulam recurritur ad arbitrium boni uiri. dicta lege societatem. §. arbitrorum, & si non arbitratur, tunc quia stetit per debitorem quominus conditio existat, fingitur adimplementum ac adimpleta conditio, & per consequens recurritur ad arbitrium boni uiri, argum. dictæ leg. in executione. §. fin. saltem ad finem ut declaretur arbitramentum legis incertum apud contrahentes ex communibus regulis positis in §. conditiones. inst. de uerb. oblig. cum concordanti. & quia in omni executione legis requiritur sententia declaratoria, dicta l. post contractum, de donatio. & plene per glo. ordinariam, & alios in cap. imperialem. §. callidis, in uerbo reuertatur, de prohi. feudi alienatio. per Federi. cum similib. & sic opinio Bar. redditur confirmata & fundata in regulis communibus, & solum remanet difficultas quare in d. l. 1. secundo responso legatum ab initio nullam moram requirat, & non expectetur arbitrium, in aliis autem casibus positis in princi. illius legis, & aliis iuribus dispositio recipit moram, & expectatur arbitrium, sed tu potes dare rationem diuersitatis, quod in dicta l. 1. secundo responso legatum non erat conditionale, & in principio, & aliis iuribus legatum erat conditionale, & totum ex regula communi, & propterea doct. tenent opinionem Bar. & ego confirmaui, ex eo quia in practica seruaretur.

140 Sed tamen † in puncto iuris ego puto opinionẽ Bar. non esse uerã, & quod non distinguatur inter uerba arbitrio, uel arbitratu, uel si arbitrabitur. per dictam l. si sic, & l. fideicommissa. §. quamquã. non uiolando literam, qui expresse dicit ab initio legatum non esse conditionale, & quod ab initio testator remisit in arbitrium boni uiri, & idẽ probatur in l. multa. non uiolando literam de cõditio. & demonstratio. quæ demonstrat quod nõ incurrit moram, quia non extitit conditio, & dispositio erat conditionalis, & si non fuisset conditionalis, pœna committeretur. unde tenenda est resolutio quam supra tradidi, quod aut remissio est facta in certam personam naturaliter consideratam, & tunc legatum sit cooditionale, per quæcunque uerba factum sit, quoniam tota dispositio restricta est ad dictam personam, qua deficiente deficit tota dispositio. si uero remissio facta fuit in personam legaliter consideratam tanquam bonum uirum, tunc legatum non sit conditionale, ut expresse dicitur in dicto. §. quamquam, & in dicta. l. 1. secundo responso. de leg. secundo, & est

ratio, quia non restringitur legatum ad illam personam, sed continentur omnes boni uiri, & cum arbitrium boni uiri apud legem sit certũ, non est opus differre legatum, ut dicitur in d.l.1. secũdo responso. merito est purum, & receditur a persona, & solum est inspiciendum quando uideatur considerata certa persona, in quo dictum fuit regulam esse quod semper sit considerata ut significant uerba, fallit quando ex aliqua causa spetiali contrarium in iure reperitur, ut sæpius dictum fuit.

141 Quarta † est conclusio Bar. quod in pœnis non receditur a persona, per dictam l. multa, & lege in testamento. ff. de cõditio. & demonstratio. sed tamen ipse non assignat rationem differentiæ, & præsupponit quod si esset remissum legatum in arbitrium boni uiri uno non arbitrante, quod pœna non committatur, quod est contra no. per omnes in dicta lege societatem. §. arbitrorum. unde ratio quare in dictis iuribus non incurritur in pœnam, est, quia legatum est restrictum ad certam personam, & deficiente arbitrio certę personæ annullatum est legatum, unde non potest propter legatum nullum incidere in pœnam, imo plus potest dici, quod nec etiam quantum ad legatum recurritur ad bonum uirum, sed remanet extinctum, tamen ex pontificali authoritate ex solo officio nobili iudicis propter honestatem testatoris cogitur postea facere monumentum, ut habetur in dicta lege in testamento, in glo. magna. argum. not. in lege Quintus. ff. de annuis legatis, & in summa licet cõclusiones Bar. sint communiter approbatæ, & in practica tenendæ, tamen in puncto iuris non sunt ueræ, quoniã non præsupponunt causas ueras a quibus inducãtur dictæ distinctiones, & in puncto iuris uerior est opinio ut totam hanc materiam distinguamus, an remissio sit facta in certam personam uel sit facta in personam generaliter consideratam, ut sup. & hæc de ultimis uoluntatibus.

142 Subiicit † postea Bar. distinctionem in contractibus distinguendo, aut est subsequutum arbitrium, & semper recedatur a persona, aut uero non est sequutum arbitrium, & remissio sit facta in debitorem, & similiter recedatur a persona, aut uero remissio est facta in tertium, & sic si super toto contractu non receditur a persona, sed si super accidenti contractus & fiat in contractu perficiendo similiter non receditur a persona, per istum tex. si uero fiat super accidenti super contractu perfecto, & tunc receditur a persona, ut hic per eum faciendo in effectu in materia cõtractuum quinque conclusiones.

143 Prima est † quod ubicunque sequutum est arbitramentum semper receditur a persona, per rationem quod contractus fuit confirmatus, ex quo nascitur actio uel obligatio, super qua tanquam subiecto potest uersari officium iudicis, & sequũtur communiter* doct. Ruy. tamen & Socci. ut retuli supra tenebant aliam opinionem, quod imo etiam sequuto arbitramento non recedatur a persona, & ego ibi defensaui communem opinionẽ, ex eo quia nec ipsi afferrebant distinctionem recte resoluentem contraria, tamen in ueritate opinio sua non potest procedere, quia etiam subsequto arbitramẽto & iniquo non potest recedi a persona, ut dixit clare tex. in d.l. fi. C. de contrahen. emptio. quæ uoluit quod quando sequutum est arbitramentum omnino debeat stare cõtractus, & persolui pretium, & deueniri ad traditionem rei, & idem replicat tex. in. §. pretium. insti. de emptio. & uenditione, ubi refertur dicta constitutio quod distinguatur, an sit arbitratus, uel nullo modo arbitratus, & si est arbitratus, omnimodo procedat contractus, pretium persoluatur, & res tradatur, & si non fuit sequtum quia noluit, uel non potuit contractus pro nihilo habeatur ac si non esset factus, & sic apparet quod tex. ponit duos casus tantum, unum, quando est arbitratus, & semper contractus habeat effectum, si uero non est arbitratus sit nullus, & si tu uis quod eo arbitrante inique recedatur a persona addis unũ tertium casum ualde dissimilem uerbis literæ, & non uerificarentur uerba quod omnimodo stet contractus, & soluatur pretium, & tradatur res, quia oporteret expectare quod bonus uir decideret quæstionem, quod est contra intentionem Iustiniani ibi, qui allegauit rationem quod sub hac conditione stat contractus, ut ille determinet, quia restrictus fuit ad illam certam personam, & eo arbitrante omnimodo stari debet, & si considerasset differentiam an iuste, uel iniuste declarasset, addidisset hoc minimum uerbum iuste, dicendo, si iuste declarauerit, & si non addidit, noluit apponere, lege prima. §. sin autem ad deficientis. C. de caducis tollend. nec est mirum, quod uoluerit stari eius iniquæ sententiæ, quia hoc est regulare in omnibus arbitris electis, per legẽ diem proferre. §. stari. ff. de arbitris, propter illam rationem, quia certa persona fuit considerata a qua non est recedendum. l. in compromissis. ff. de arbitris, & suadetur per finem illius legis quæ omnimodo repellit, ut interpretatio fiat, quod recurratur ad arbitrium boni uiri, dicendo talem interpretationem non esse admittendam, imo ipse text. dicit impossibilem esse illam interpretationem, ex eo quia si considerata fuit certa persona, eius dicto uoluerunt stari, non autem uoluerunt recurri ad alium bonum uirum. nec obstat ratio considerata per Bartol. quod contractus sit firmatus, & sit subiectum super quo potest uersari officium iudicis, quia hoc non sufficit ut recedatur a persona quando est certa persona electa, ut probatur in dicta lege, in compromissis. iuncta dicta lege diem proferre. §. stari. ff. de arbitr. ubi arbitrium fuit latum, confirmatus contractus, & tamen non receditur a persona, neque recurritur ad arbitrium boni uiri.

144 Et sic apparet † quod Bartol. fundauit totam hanc materiam super fragili fundamento, & falso, & necessario plæraq; eius dicta in hac quæstione, an recedatur a persona, corruere debent. nec obstat dictus. §. arbitrorum, quia ille text. loquitur

tur de arbitratoribus simplicibus qui uidentur in dubio electi tanquam boni uiri, & merito ab eorũ persona receditur, & hoc probat text. in d. §. arbitrorum, qui distinguit duo esse genera, unũ eorum quorum sententiæ standum est etiam ꝙ sit iniqua, & aliud eorum a quibus recurri debet ad bonum uirum, & est sensus, quod arbitrorum duo sunt genera, unum est eorum quorum certa persona est naturaliter considerata, ideo eorum decisioni standum est, quoniam a persona recedi non potest, dicta lege in compromissis, supra de arbitris, aliud est eorum quorum persona non est naturaliter recepta, sed tanquam bonorum uirorum, & tunc ab eis receditur recurrendo ad bonos uiros, & ideo responsio, & solutio spetialis datur ad dictum. §. arbitrorum, quod procedit quando remissio fuit facta in nominatam personam tanquam bonum uirum, tex. autem iste loquitur quando remissio fuit facta in certam personam naturaliter consideratam, quia tunc totus contractus restrictus est ad eam, & ab ea recedi non potest quamuis inique arbitrata fuerit.

145 Secunda est conclusio† quod ubicunque contractus remittitur in arbitrium unius ex contrahentibus, quod tunc receditur a persona d. l. hæc uenditio, quæ loquitur in debitore, & dicta l. si libertus ita iurauerit, quæ loqtur in creditore, & ratio est, quia si stetit per ipsum conditio est adimpleta, dicta lege iureciuili, & confirmatus est contractus, ideo est subiectum super quo potest uersari officium iudicis, & sequuntur communiter* doct. & hanc declarationem posuit in tertia oppositione, & in quinta oppositione, & in quæstione de promissore. sed tamen eius opinio licet sit uera quantum ad effectum, tamen non est uera per rationem suam, ex eo quia uult quod ideo recedatur a persona, quia fingitur arbitramentum latũ per leg. & ideo cõtractus sit firmatus, hoc autem non est uerum, ut declarabo infra super quæstione ubi est locus suus, sed ratio principalis assignatur in dicta lege hæc uenditio. quia ab initio remissio fuit facta in ipsum tanquam bonum uirũ, non autem tanquam certam personam, quia si fuisset facta in certam personam contractus non ualuisset per rationem quam ibi adducit text. ꝙ non debet esse in arbitrio rei, ut sit obstrictus. unde ratio Bar. magis conueniret quando remittitur in arbitrio tertii, & stat per eum quominus adimpleatur, quia tunc bene ab initio contractus est conditionalis, & per moram promissoris compleatur ex ficto adimplemento legis, & recurritur ad arbitrium boni uiri qui declaret, & ideo Bart. hunc casum debebat separare ab illo casu, quando remittitur in arbitrium unius ex contrahentibus, quoniam ratio sua bona est tenenda quando remittitur in personam tertii. nam tunc contractus ab initio est conditionalis restrictus ad illam personam, & cum per eum steterit quominus arbitretur, lex fingit arbitramentum, & adimpletam conditionem, merito contractus debet habere effectum suum, sed tunc non recurritur ut corrigat, quia iustum est, sed, ut declaret, ut sæpius dictum fuit, ubicunque uero remittitur in arbitrium debitoris tunc non est opus expectare moram ipsius, neque fictum arbitramentum ut confirmetur contractus, quia ab initio statim ex præsumpta mente contrahentium remissio fit in eum tanquam bonum uirum, & contractus est purus, & certus secundum legem, & eo nõ arbitrante uel arbitrante male recurritur ad bonum uirum ex intentione ipsorum contrahentium, dicta lege hæc uenditio, & quando fuit in mora fingitur impleta conditio ut ibidem dicitur, quod etiam procedit quando ab initio remittitur in personam stipulatoris respectu quantitatis, quia ex mente contrahentium uidetur esse electus tanquam bonus uir, ut ex mente ipsorum possit recedi a persona, dicta lege si libertus ita iurauerit, de oper. liberto. qui uerbis clarissimis hoc dicit, quoniam est absurdum, ut quantitas debiti sit in eius arbitrio, cum immoderate semper arbitraretur. sed si esset in eius personam remissa uoluntas sola an uelit contractum habere effectum, tunc efficeretur conditionalis, & eo non arbitrante annullaretur, quia esset electa persona sua naturalis, per tex. in lege si ita legatum. §. illi si uolet. ff. de lega. secundo, & lege Cornelius. ff. de hæredi. institu. etiam quod esset uoluntas uelata, si ascenderit in capitolium, dicta lege prima, in primo responso, de lega. secundo. & lege si quis Sempronium. digest. de hæredi. institu. quæ iura clara sunt. unde apparet quod Bart. nimis breuiter determinauit hunc casum, & opportebat distinguere utrum remitteretur in personam tertii, uel remitteretur in personam debitoris, uel in personam creditoris respectu quantitatis, uel respectu uoluntatis, ut dictum fuit, & docto. propter difficultatem materiæ pertransiuerunt cum Barto. non plene aduertentes, & semper si recte consideretur sit solum illa distinctio an remissio sit facta in certam personam naturaliter consideratam, uel consideratam tanquam bonum uirum.

146 Tertia† est conclusio Bar. ꝙ ubicunque remittitur totus contractus in personam alterius, ꝙ tũc eo non arbitrãte annullatur, & procedit iste tex. cuius conclusio uera est, quando remittitur in arbitrium tertii, prout loquitur iste text. cum suis concordanti. & hac ratione docto. pertranseunt cum eo, sed ubicunque totus contractus remittitur in personam debitoris, tunc regulariter non ualet, l. stipulatio non ualet, sup. eo. cum suis concordantibus, nisi dictum fuerit (cum uoluero) d. l. centesimis. §. fi. infra eodem, uel sit aliqua spes, quod ipse reus uelit obligari, sed tunc opportet dicere quod remissio ualet in eum tanquam bonum uirum, nõ autem tanquam certam personã. sin autem remittitur in contractibus correspectiuis non ualet d. l. in ementis, & lege quod sæpe. §. primo. de contrahen. empt. Si uero remittitur in personam creditoris, & tunc si respectu uoluntatis remissio ualet, & contractus est conditionalis, ut statim dictum fuit. sed si remittitur

respectu quantitatis non efficitur conditionalis contractus, quia ab initio uidetur creditor electus tanquam bonus uir, & receditur a persona, dicta.l.si libertus ita iurauerit,de oper. liber. ut dixi in præcedenti conclusione. unde oportebat etiam hanc conclusionem Barto. distinguere ut aliam.& non poterat ita faciliter procedere.

147 Quarta†est conclusio Bar.quod ubicunque remittitur unum accidentale contractus super ipso perficiendo, quod tunc totus efficitur conditionalis,& arbitratore non arbitrante totus annullatur.per tex.nostrum hic secundum communem intellectum quod stipulatio rem restitui facta sit super contractu locationis factæ.nã eo non arbitrante totus contractus locationis corruit, quod tamen dictum uerum est in se,quia tunc totus cõtractus annullatur & probatur in hac lege cumulatiue non autem restringendo eam ut hũc tantummodo casum possit decidere, cum & aliũ casum,quando stipulatio tota est de se & principalis, pro ut in alio themate gloss. & in themate Ias.& etiam admittunt docto.item etiam tex.noster procedit quãdo super contractu perfecto locationis est apposita stipulatio de restituendo, ut statim declaratur, hæc tamen conclusio uera est & tenenda quando remittitur in arbitriũ tertii,sed si remittitur in arbitrium debitoris, tunc contractus non efficitur proprie conditionalis, quoniam præsumitur electus tanquam bonus uir ut clare dicit tex.in dicta l.hæc uenditio. in principio. quæ loquitur de accidenti remisso in arbitrium debitoris in contractu perficiendo,quia totus contractus remissus fuit, ut ibi dicitur.unde hoc dictum Barto.non procedit in illo casu quia recurritur ad arbitrium boni uiri ex mente ipsius, & idem est quando remitteretur in arbitriũ stipulatoris, ut uideretur electus tanquã bonus uir, ut contractus non esset conditionalis, & eo non arbitrante recurreretur ad arbitrium boni uiri, nisi esset remissa sola uoluntas, dicto. §. illi si uolet.& dicta.l.Cornelius.ff. de hæredi.insti.& sic etiam hæc conclusio restringi debet ut superiores, & solum procedit quando remissio fit in arbitrium tertii.

148 Quinta†est conclusio,quod quando accidentale remittitur super contractu iam perfecto, & tunc eo non arbitrante recurritur ad arbitrium boni uiri,& tertiam personã, & receditur ab expressa,per tex.in l.domũ,& in l.suæ rei, supra de contrah.emp.per illam rationem, quia cõtractus est firmatus,& remanet subiectum super quo officiũ iudicis potest uersari,quæ tamen ratio fragilis est,ut ego declaraui in prima cõclusione, quoniã etiam ꝙ contractus sit firmatus, & producat actionem,nihilominus non receditur a persona quando remissio facta fuit in certam personam, per tex.in d.l.si.C.de contrah.emp.& §. pretium. inst.eodem.inducẽdo ut ibi, & super ista conclusione multa essent dicenda, & quia Barto. ponit istas duas quæstiones,super ea, & tertiam addũt docto.declarabitur super dictis quæstionibus ne sæpius replicetur.

149 Prædictas†quoque conclusiones Bar.Socci.hic ex aliis terminis præsuppositis per eum infringere conatur, & pro præmissis instat super intellectu l.1.ff.de lega.2. in quo ipse addidit nouum intellectum a quo assumpsit unam distinctionem per quam ipse præsupponit omnes dictas conclusiones Bar.infringere tam in contractibus quam in ultimis uoluntatibus, & quoniam ille text. in ultimis uolũtatibus ponit unũ dictũ in primo responso,& aliud in secundo,ipse declarando eũ distinguit,án legatum remittatur in liberum arbitriũ seu simplicẽ uoluntatem,& tunc legatum sit conditionale,ut arbitratore non arbitrante annulletur,& nõ recedatur a persona,& ita procedat prima pars illius text. si uero legatũ remissũ fuit in alium tanquam in arbitrium regulatum,& tunc legatum sit purum,& possit recurri ad arbitrium boni uiri,&recedatur a persona,per tex.in d.l.2.in secundo responso.& ita concordabat, & intelligebat totam illam legem, quam distinctionem uolebat procedere etiam in contractibus,ut distinguatur an ipsi remittantur in liberum arbitriũ,seu simplicem uoluntatem,& tunc sit contractus cõditionalis,& non recedatur a persona, & hoc modo intelligit hanc legẽ,& d.l.si.ff.de cõtrah.emp.& l.si merces.ff.locat.si uero remittitur contractus in arbitrium regulatũ alterius, & tũc uideatur remissum in arbitrium boni uiri,& contractus sit purus,& recedi possit a persona, & ita intelligit omnes alias leges, quæ in contrarium adducuntur ad istam legem per distinctionẽ positam in d.l.2.quam extendit etiã ad contractus, ut sæpius replicaui in tota hac lege,sed quia tex. in d.l.hæc uenditio contradicere uidetur, cũ ibi remittatur in arbitrium,& tamen est conditionalis contra suam distinctionem,respondet quod ille tex.loquitur quando remittitur in arbitrium unius ex contrahentibus,quo casu non ualet nisi ponantur in arbitratũ, & necessario intelligitur de arbitrio,cum in liberam uoluntatẽ debitoris non possit conferri,ut ibi dicitur,nimirum si habet aliud nouum ut sit cõditionalis.Item ibi propter arbitrium non efficitur conditionalis cõtractus,sed propter conditionem (si reddiderit rationes)Secundo obstare uidetur tex.in l. si coita, sup.pro socio.ubi per uerbum(arbitratus) remittitur in arbitrium boni uiri,& tamen est cõditionalis.Item in l.societatẽ. dicitur quod illa societas remittitur in arbitrium,& tamen est cõditionalis,per dictam l.si coita.Soluit ipse quod imo in d.§.arbitrorum. societas non est conditionalis sed modalis, quia dictum fuit, ut ille Nerua amicus determinaret partes per dictionem (ut) prout habetur in lege unde,quæ sequitur.propterea contractus erat perfectus, antequam Nerua partes determinaret, ideo concordat, quod non sit conditionalis, & propterea remittitur ad arbitrium boni uiri, & receditur a persona, nec dicta lex si coita. probat secundum eum in dicta.lege si societatem esse conditionalem,quia illa loquitur in diuersis terminis qñ sublãtia cõtractus erat collata in liberã potestatem, ideo ex sua

sua regula efficitur cõditionalis,ut hic latius per eum, qui tamen obscure loquitur ut subtilitatis suæ fundamentum liquidum haberi non possit, Ex qua sua theorica alteratur tota communis doctrina,& dictæ conclusiones Bar.alterantur & restringũtur,ut sit opus noua declaratione,quã nos referremus singulariter ut operiãt cõfusiones suę.

150 Prima† est igitur conclusio Bar.quod qñ arbitrator iniq; arbitrat̃ semper receditur a persona, quia firmatus est contractus, per dictũ.§.arbitrorũ,& sequunt̃ cõmuniter* docto.ut dictũ fuit.sed Socci.cũ prælegata sua theorica in uersi. secũdo infertur, restringebat eã ut procederet solum qñ contractus esset remissus in arbitrium regulatum & per consequens in arbitriũ boni uiri,quia tunc ex regula cõmuni recurritur ad arbitriũ boni uiri,& actus est purus,per dictam.l.j.secundo respõso.de leg.ij. secus autem quando remittitur contractus in liberam uoluntatem, quia tunc est conditionalis,& non receditur a persona etiã eo arbitrante,per istũ tex.& dictã l.fi.& dictã.l.primã. in primo responso.de leg.ij.sed hęc sua restrictio non bene probatur iure.& tex.in d.l.prima loquitur de ultimis uoluntatibus,& non faciliter possumus inferre ad contractus, ut ipsemet supra dixit in primo notabili.item intellectus ad dictam. l.primã per ipsum datus est falsus,quia facit præsuppositũ falsum,ꝙ legatũ remissum in liberã uoluntatem alterius ualeat,quod omnes negãt,cum sit captatoria uoluntas.l.nonnunquam.ff.de conditio.& demonstra.& l.illa institutio. & l.captatorias.& l.ille autem. ff. de hæredi. insti. Tertio præsupponit quod contractus possit remitti in liberam uoluntatem,quod ipse negauit in primo notabili tenendo contra Paulũ de castro.Quarto contradicit tex.in.§.arbitrorum.qui generaliter loquitur & in utroque casu recurritur ad arbitriũ boni uiri,quia tex.non facit hanc differentiã,per rationem,ut iniquitas tollatur,solum facit differentiam quod si remittitur in liberam uoluntatem habet latiores habenas in iudicando, & non faciliter potest dici cur ita facis,secus quando remittitur in arbitrium regulatum, seu arbitrium boni uiri,unde conclusio Bar.uerior uidetur, & apparet tenenda non obstante theorica sua,ut arbitratore inique arbitrante recedatur a persona, per dictum.§. arbitrorum. etiam in contractibus stricti iuris. dicta l.si libertus ita iurauerit. ff. de oper.liberto.

151 Secunda† fuit conclusio Bar.quod quando contractus remittitur in arbitrium unius ex contrahentibus quod tunc recurratur ad arbitrium boni uiri Siue arbitretur,per primam conclusionẽ, siue non arbitretur, quia fingitur adimpleta conditio,per dictam.l.iure ciuili.& l.in exeqution e. §.fi.infra eodem. & sequuntur doct. hic, & quia est imperfecta ut dictum fuit, quia debet distingui utrum remittatur in personam debitoris uel in personam creditoris, opportet has partes separare,& prima pars habet tres casus, unus est, quando debitor arbitratur inique,& in hac omnes conueniunt quod recurratur ad arbitrium boni uiri,ex regula primæ conclusionis quæ fortior est hoc casu.Secundus casus est, quando ipse noluit arbitrari, & tunc similiter recurritur ad arbitrium boni uiri ex communi regula quia fingitur arbitrari,& ideo habetur pro impleta, dicta l.in exequtione.§.fi.& in dicta l.fin.& in iis duobus casibus non est difficultas secundum communem theoricam.

Tertius casus est,quando ipse debitor non potuit arbitrari, uel quia impeditus,uel quia mortuus,& tunc est difficultas an contratus annulletur, cum non cadat dicta fictio, & non recedatur a persona, uel potius recurratur ad arbitriũ boni uiri,quem casum nõ ponit Bar.hic neq; docto. clare.est tamen ualde dubius. ꝙ cõtractus annulletur fortiter stringit, quia uidetur conditionalis,ut arbitratore non arbitrante pro nihilo habeatur per istũ text. cum sua ratione. sed tñ quia ꝙ cõtractus ualeat facit, quia uidetur assumptus tanquã bonus uir, & quando remittitur in bonũ uirum actus non uidetur conditionalis, d. l. prima.secundo responso.de leg. secundo. & de hoc Socci.infra post Cuma. insistit ubi dicetur.

152 Et hæc secunda† opinio ꝙ cõtractus habeat effectũ,& non sit conditionalis mihi magis placet, quia quando remittitur in debitorẽ semper considleratur persona regulata & tanquã bonus uir, quo casu dispositio non est conditionalis, quoniam continentur omnes boni uiri, & incontinẽti arbitrantur, licet apud nos incertum sit, d. l. prima.ff.de leg.secundo,& quod contrahẽtes habeant hanc mentem probat tex. in dicta l.hæc cõditio.quæ dicit expresse quod in uoluntatem debitoris remitti non potest neque in eius arbitrium.l,stipulatio non ualet. supra eodem. ergo ut ualeat opportet dicere quod fuit assumptus tanquam bonus uir in genere, nec distinguitur an per uerba (arbitrio talis seu arbitratu) uel per uerba conditionaliter formata, quia lex dedit hanc interpretationem ut semper uideatur remissio facta in eum tanquam bonum uirum,dicta l.hæc conditio.quamuis tenendo communem theoricam distinguatur in legatis, an conditionaliter uel per uerba simplicia,& in hanc partem tandem incurrit ipse Cuma.& Socci.ut inf.dicit. Sed Alex.dubitare uidetur, ubi respondet ad dictã.l.si merces. supra locati. quæ dicit quod non potest committi arbitrium in personam incertã, ut infra ego respondebo, igitur fienda est conclusio adhærendo opinioni Bartol. quod quando contractus remittitur in arbitrium debitoris, quia regulariter non ualet, intelligitur assumptus tanquam bonus uir in genere, ad hoc ut ualeat & non efficiatur conditionalis, sed statim succedit arbitrium boni uiri ad quod semper recurritur, siue arbitretur siue non, quod est ualde notandum, & non bene hucusque declaratum, & concordat cum opinione mea quam supra posui, & non fundatur in ratione Bartol. neque Soccin. & confirmatur per dictam legem cum post.§.gener. digest.de iur. dotium,ut infra dicetur, nec obstat quod in dicta. l. hæc uendi-

tio. dicatur contractum esse conditionalem, quia cōditio ibi fuit in illis uerbis, si reddiderit rationes, non in illis uerbis, arbitrio domini, & hoc modo etiam debet intelligi tex. in l. si in lege. supra loca. ubi arbitratu domini debet fieri opus, qui dominus propter prætium erat certo modo debitor, & dicta conclusio etiam procedit in cōtractibus correspectiuis, per dictam. l. hæc uenditio. in quibus uterque est debitor & creditor, atque etiam procedit in contractibus simplicibus, sed cum maiori difficultate, quoniam hoc casu contractus facilius remanet nullus, per dictam. l. stipulatio non ualet, & in dubio præsumimus ꝙ cōtrahentes noluerint remittere in arbitriū boni uiri, nisi esset aliqua coniectura uel æquitas arg. dictæ l. si libertus. de oper. libertorum, & hæc quādo remittitur in personam debitoris.

153 Si autem † remittitur contractus in arbitrium creditoris, alia uidetur danda resolutio. Et primo non uidetur posse uerificari in contractibus correspectiuis in quibus uterque est debitor & creditor habita consideratione ad totum contractum, sed tamen facta stipulatione ab una parte, potest uerificari, iuxta legem duo societatem. ff. pro socio. & l. si stipulatus. ff. de usur. & idem & facilius procedere potest in contractibus simplicibus, & tunc similiter considerari debent tres casus, & unus alius extrinsecus. primo quando arbitratur inique, & tunc recurritur ad arbitrium boni uiri, dicta l. si libertus. & dicta. l. in lege. supra locati. quæ loquitur in stipulatione creditoris. Secundus casus est quando ipse est in culpa non arbitrando, & tunc contractus non habet effectū quia deficit conditio, neque est aliqua æquitas ꝙ debeat fingi arbitrari, cum sufficiat contractum non habere effectum, & debitorem non obligari, per istum tex. & si esset pœna, tunc ipse incideret in eam. d. l. diem proferre. §. si quis litigatorum. & probatur arg. dictæ l. si ita legatum. §. illi si uolet. ff. de leg. primo, neque est æquitas quod uideantur contrahentes uoluisse remittere in arbitrium boni uiri.

154 Tertius † casus est quando ipse non potuit arbitrari, & tunc erit idem quod contractus annullabitur, & reus non obligabitur, quia deficit conditio, & non receditur a persona, per dictum. §. illi si uolet. & l. si ita expressim. ff. de condi. & demonstra. nec erit aliqua præsumptio. quod contrahentes remittant in arbitrium boni uiri quoniam sine hac præsumptione contractus potest ualere, & semper considerabitur tanquam persona spetialis nisi esset materia multum fauorabilis, ut in casu dictæ l. si libertus ita iurauerit. secundum intellectum eorum qui uolunt quod ibi fuit sequtū arbitramentum, & causa fauoris est grande beneficium quod prestauit patronus liberto. arg. l. hęc stipulatio. ff. de oper. liberto. & si ad prædicta opponis de lege in uendentis. ff. de contrahend. emptio. ubi non ualet contractus. responde ut dictū fuit, quod loquitur in contractibus correspectiuis, in quibus uterq; est debitor & creditor. Quare remanet quod conclusio Bar. in hac parte, quādo creditor fuit assumptus in arbitrum, non procedit generaliter etiam ex intentione sua, & solū procedit in contractibus correspectiuis, uel etiā in contractibus simplicibus quando remittitur in arbitrium debitoris, & idem etiam quando remittitur in arbitrium creditoris si ipse iniq; arbitratur, secus quando nullo modo arbitratur, uel quia non potuit, uel quia noluit, quia tunc contractus semper remanet nullus, & non est opus ut fingatur arbitrari, quia sufficit debitori quod contractus habeatur ac si non esset factus, & potes addere quartum casum extrinsecum quādo remittitur in creditorem sola uoluntas an uelit contractum ualere, quia tunc semper efficitur conditionalis, cum solum tractetur de eius utilitate, & ipse sibi ipsi faciat damnum, unde nunquam receditur ab eo, per dictam l. si ita legatum §. illi si uolet. ff. de leg. primo. & prędicta distinctio procedit quando remittitur in arbitriū creditoris res uel quātitas debenda, & sic adhuc subsistit cum hac distinctione opinio Bar. non obstātibus obiectionibus Socci.

155 Addebat † etiam hic Socci. quod in dicta l. si libertus. stipulatore non arbitrante potest recurri ad arbitrium boni uiri si tractaretur de utilitate liberti. sed tu declara ut supra. Cuma. etiam dabat alium intellectum, considerando quod libertus naturaliter tenetur ad operas incertas. l. si non sortem, §. libertus. ff. de condicti. indeb. quæ certificātur secundum dignitatem Domini & facultatem liberti, & si iurabit soluere incertas operas promissio certificatur secundum naturam obligationis. arg. l. si stipulatus. ff. de usur. quod satis posset procedere si essent promissę operæ obsequiales, quia esset iniquum quod non præstaretur ꝑpter casum, sed in operis fabrilibus nō procedit, quia ille non debentur naturaliter, ut no. in dicta l. si non sortem. §. libertus. de quibus loquitur totus ille titulus, & dicta l. si libertus. unde clarior est intellectus quod ibi recurritur ad arbitrium boni uiri, per rationem, quod ibi inique fuit arbitratus, secundum theoricam Bar. & communem, quamuis ego aliam rationem supra addiderim, & iniquitas detegitur ex ratione narurali, ut eo non arbitrante libertus non obligetur ex stipulatione, tanquam deficiente conditione, quod non est si teneremus quod esset assumptus tanquam bonus uir in genere. Addebat etiam Soccinus circa intellectum l. hæc uenditio. referrendo Cuma. quod ideo ibi obligatur ille dominus quia erat facta remissio in bonum uirū quod patet, quia remittitur in dominum illud quod de iure tenebatur facere etiā quod non fuisset dictum in uenditione, sciliet ut arbitrio boni uiri redderet rationes. l. si cui libertus. ff. de conditio. & demonstratio. ideo intelligitur secundū subiectam materiam. arg. dictæ l. si stipulatus. ff. de usur. & sic apparet quod remitti potest cōtractus in arbitrium domini in genere, cuius contrarium uidetur uelle glo. & Bar. in dicta l. in ementis. C. de contra. emptio. & in hoc bene dicebat Cuma. quia glo. male loquitur. sed in alio ipse reprehendit

prehendit Bar.quod eo non arbitrante conditio haberetur pro impleta,quia imo habetur pro de fecta secundum eum.l.ab eo. supra de contrahen da emptione.ubi si uenditor uendidit fundū cū conditione,si eum liberasset infra mensem,eo nō redimente corruit contractus & non potest agere ut impediat conditionem,quæ reprehensio est de directo contra illum textum qui in fine dicit, quod conditio habetur pro impleta,ideo dict.l. cum ab eo.contradicit di.l.in exequtione.§.fi.in princ.inf.eodem, dicebat quod regula legis iure ciuili.intelligitur de conditione quæ pendet a facto tertii,ut si esset exemplificanda in personam debitoris,& dicta l.hæc uenditio, sed contraria procedunt quando conuentio pendet a sola uoluntate & facto ipsius debitoris. Et sic per illa iura limitatur regula dictæ.l.iure ciuili.&potest esse ratio,quia contrahentes remittentes in arbitrium debitoris uidētur uelle sequi omnino eius uoluntatem,tamen quia non potest negari quin sit dura solutio,ideo tu potes dicere quod in dicta.le,ab eo non potest agere ante morā rei, sed post moram rei, quia conditio habetur pro impleta cogitur implere contractum per officium iudicis,& sic concordabit,& potest uenditor allegare impotentiam redimendi, ut nunquam possit constitui in mora.& dicta.l.centesimis. §. fi.intelligitur quod nō fuit in mora, quia una lex declarat aliam,uel loquitur in conditione(cum uolueris)quæ ualde dependet a conditione de arbitratu,cogita tamen,quia solutionem Alex. tenet Ias.in.§.fi.& dicta.l.in exequtione.§.fin.& est communis opinio.

156 Licet † uerum sit quod conditio habeatur pro impleta debitore existente in mora, ut dicebat Bar.tamen eo non existente in mora nō habetur pro impleta,unde tunc deberet esse nullus contractus,ideo ne sit nullus opportet facere illam considerationem, quod remissio facta fuit in debitorem tanquam bonum uirum in genere, & est ratio,quia alias remissio non ualeret,ut ibidem dicit tex.licet Bar.in dicta l.centesimis.§. fi. inf.eodem.colum.2,uersi.quæro cum uolueris,dubitauerit de ratione dictæ conclusionis. Secundo respondent Ias.& Socci.inf. quod ibi conditio consistit in facto,arbitramentum uero consistit in iure.Item in d.l.hæc uenditio. erat explenda a , seruo in personam domini, quæ tamen responsiones potius diuersificant casus,quam reddant rationem diuersitatis, ideo tene quod sup. ego posui,& etiam plene dixi in tertia oppositione,& sic uides in quantas difficultates incurrunt doctor. propter hoc ut defendant conclusiones Barto. cum suo præsupposito,& ego declaraui ut haberes resolutionem earum tenendo communem theoricam.

157 Tertia est†conclusio Barto. quod si arbiter est assumptus super contractu perficiendo quod eo non arbitrante contractus sit nullus per istū tex. & sequuntur communiter* docto. sed Socci. etiā hic insistebat cum dicta sua theorica eam similiter restringendo,dicens quod si assumptus fuit ut iudicet secundum liberam uoluntatem, tunc procedit dicta communis conclusio quod contractus sit conditionalis & non recedatur a persona,sed quando esset assumptus in arbitrium regulatum,tunc contractus esset purus,quia uideretur assumptus tanquam bonus uir. argum. dictæ l.j.in fi.ff.de lega. secundo. Vnde ab initio nascitur actio & recurritur ad arbitrium boni uiri, & sic tenet quod a persona recedatur etiam in contractu perficiendo.Sed tamen non est recedendū a conclusione Bartol.generaliter quæ indistincte probatur in dicta.l.fundus.unde ista cōclusio ampliatur etiam siue sit dictum arbitratu tuo, uel in arbitrium,siue si arbitrabitur, per istum textum iunctum cum d.l.fi.C.de contrahen.emptione. & dicta.l.si in lege.& l.si merces.supra locati.& tenuit expresse Bar.in d.l.centesimis.§.fi.inf.eo. colum.2.uersi.quæro cum in ultimis. Secundo ampliatur procedere in contractibus bonæ fidei, & stricti iuris ut hic per Bar.& plenius ego declaraui in primo notabili.Tertio ampliatur procedere siue sit assumptus in liberam uoluntatem siue arbitrium uel arbitramentum,ut probatur in d.l.fi.cum multis similibus quæ ego supra ponderaui quæ non faciunt uim in forma uerborum, & de uerbo æstimauerit probatur in l.si sic. ff. de legat. 1.& l.fidei.commissa.§.quamquam.per quæ iura confunditur tota distinctio.Soccin.cum sua theorica. Nec obstat.d.l.j.ff.de lega.j. quia intellectus suus est falsus ut dictum fuit,& facit præsuppositum falsum quod legatum possit remitti in liberam uoluntatem tertii.Item.d.l. loquitur in legatis,nos autem in contractibus, & non bene potest argumentari de uno ad aliud, ut ipsemet dixit in primo no. Quare fienda est conclusio generalis simul cum Bar.quod si arbiter assumitur super contractu perficiendo contractus ab initio ualet sed statim efficitur conditionalis, &eo non arbitrante deficit,quia sua conditio deficit,& non receditur a persona, & ita habes defensatas tres conclusiones Bart.ab obiectionibus Socci.cum sua theorica.

158 Quarta†est conclusio Bar. quod ubicunque remittitur unum accidentale in arbitrium alterius super contractu perfecto quod tunc arbitratore non arbitrante contractus non annullatur sed recurritur ad arbitrium boni uiri,per tex.in d.leg. domum.& l.suæ rei.ff.de contrahenda emptio.& l.si in emptione.eodem titulo. & l. hæc uenditio. §.fin. similiter eodem titulo.quam conclusionem ego supra distinxi. Socci.uero contra eam etiam aliqua adducit,sed tamen quia ad eam declarādam Bar.subiicit duas quæstiones, & aliam addunt docto.in quibus insistit Socci.ideo hæc conclusio remanebit etiam declarata cum resolutione illarum quæstionum.

159 Quamobrē† habes quod in declaratione istius articuli tam diffusi & lati docto. posuerūt uaria principia a quibus assumpserunt causas resoluendi.contraria in ea,& prima fuit Bar.qui considerauit utrum contractus habuerit effectum aliquo modo ut possit nasci actio,super qua tanquam su

per subiecto posſit uerſari officium iudicis, & tunc receditur a perſona, & recurritur ad arbitrium boni uiri. ſi uero contractus ab initio fuit nullus uel conditionalis, & ſemper durauit nullus, & tunc non receditur a perſona, ſed ea nõ arbitrante pro nihilo habetur, & hanc rationem a prima oppoſitione uſque ad quæſtionem quomodo procedatur ſemper ipſe tenuit, diſtinguendo totam materiã, an contractus ſit ualidus ſeu confirmatus uel non, quæ tamen theorica confundi tur per dictam legem finalem. C. de contrahend. emp. & § pretium. inſti. de emp. & uendi. declarando. ut ſup. unde & tota ſua theorica remanet confuſa. Secundum principium poſuit Soccin. in hoc articulo, ut diſtinguatur an remiſsio ſit facta in liberam uoluntatem uel in arbitrium regulatum, iuxta intellectum quem dedit ad legem primam. ff. de lega. 2. & cum hac diſtinctione ipſe totum hunc articulum determinauit reſoluendo omnes leges contrarias. ſed ego ſupra demõſtraui præſuppoſita ſua falſa eſſe, & intellectum non eſſe uerum ad dictam l. unde omnes eius concluſiones remanent confuſæ.

160 Ideo tertium† ego poſui principium, quod in toto hoc articulo opportet conſiderare an remiſſio ſit facta in certam perſonam naturaliter conſideratam, & tunc ſemper contractus ſit nullus, & eo non arbitrante non recedatur a perſona, & ita procedat. l. noſtra. cum ſuis concordantib. ſi uero remittitur in perſonam legaliter conſideratam tanquam bonum uirum, & tunc contractus eſt purus, & eo non arbitrante uel arbitrante receditur a perſona & recurritur ad bonum uirũ, & ita procedunt omnia alia iura in contrarium allegata; & ſi quæratur quomodo cognoſcemus hanc mentem contrahentium, reſponſum fuit,

161 quod† regula eſt, perſonam nominatam naturaliter eſſe conſideratam, & ideo contractum eſſe cõditionalẽ, & recedi a perſona ſiue nullo modo arbitretur, ſiue arbitretur & iniq;, d. l. fi. & §. pretiũ. inſtit. de empt. & uenditione. in uerbo omnimodo. & l. ſi merces. ff. locati. Fallit autem quãdo aliqua eſt cõiectura quod uoluerunt recipere in bonum uirum, & quatuor ſunt principaliter cauſæ.

162 Prima† quando remittitur in arbitrium debitoris in caſibus in quibus ualet. l. hæc uenditio. ff. de contrahenda emptio. Secunda eſt cauſa quando remittitur in arbitrium creditoris reſpectu quantitatis, ne immoderate arbitretur, di. l. ſi libertus. ff. de oper. liberto. Tertia eſt cauſa fauore ultimæ uoluntatis. l. 2. ſecundo reſponſo. ff. de lega. ſecundo. Quarta eſt cauſa fauor ſpetialis ipſius rei, ut dotis uel alimentorum. l. cum poſt. §. gener. ff. de iure dotium. & l. 3. C. de dot. promiſſio. & ſi dicatur quod hæc concluſio Secunda non uidetur poſſe procedere, & in contrarium uidetur tex. in terminis in d. l. fin. §. nullum. ubi Iuſtinianus dixit quod nulla poteſt ſummi coniectura quod elegerint eum ut bonum uirum, & omnimodo reiicit hanc intentionem, & dicit eam impoſſibilem eſſe. ergo iſtę cauſæ allegatæ interpretandi, quod ſit electus ut bonus uir, reiiciuntur omnino, & tanquam impoſsibiles reputantur. reſpondetur quod ille tex. optime procedit in caſu ſuo quando remittitur in perſonam tertii & ſumus in contractibus, nam tunc hæc coniectura nunqnam poteſt ſumi, & redditur regula tunc generalis, quod non receditur a perſona. Fallit tantũmodo quando eſſet fauor ipſius cauſæ multum apparens, ut eſt in dote & alimentis, nã tũc non inconuenit ut ratione ſubiectæ materiæ ita uerba capiamus. per legem ſi uno. ff. locati. & nõ eſt uiolatio illius text. dare talem reſtrictionem propter tantam æquitetem, cum text. ibi conſideret ipſum actum remittendi, in quo dicit impoſſibilem eſſe talem interpretationem, non autem negat quin fauore expreſſo cauſæ ex ſubiecta materia capi poſſit talis coniectura. aliæ quoq; tres coniecturæ quando remittitur in arbitrium debitoris uel creditoris, uel in ultimis uoluntatib. non reiiciuntur per illam legem, quæ tantummodo loquitur de contractibus, & quandę remittitur in perſonam tertii, & ſic apparet quod dicta diſtinctio eſt rationabilis, & quod regula eſt generalis & uera, & coniecturæ interpretandi in certis caſibus quod eligatur tanquam bonus uir ſunt etiam rationabiles, & cum facilitate reſoluitur tota materia.

Veruntamen quia Bar. in ſua diſtinctione poſuit unum principale caput, quando remittitur unum accidentale ſuper cõtractu perfecto quod tunc recedatur a perſona, per rationem fundatã in theorica ſua, quia tunc contractus eſt perfectus, ut tale caput melius appareret, ſubiecit duas quæſtiones quas dicit de facto habuiſſe. Et pri-

163 ma fuit† ſi aliquis uendidit fundum pro centum, & addidit pactum quod ſi caſu appareret emphyteuticus tunc diminuatur pretium arbitratu Lutii Titii, & euenit quod poſt decem annos apparuit eſſe emphyteuticum, ſed tamen Titius erat mortuus. unde fuit dubitatum an recederetur a perſona, & uidebatur dicendum quod non, ſed quod contractus remaneret nullus, per textũ noſtrum hic, in quo ſecundum thema gloſſ. erat appoſita ſtipulatio ſuper hoc accidentali de reſtituendo equum uel fundum in contractu locationis & tamen eo non arbitrante per caſum cõtractus remanet nullus, ſed Bar. hic determinat contrarium, quod imo contractus perſiſtat & recedatur a perſona. argume. tex. in l. damnum. & l. ſuæ rei. ff. de contrahen. emptio. & ad iſtum text. reſpondet, quod hic accidentale reſtitutionis fuit remiſſum ſuper contractu perficiendo, in illo autem caſu remiſſum fuit ſuper contractu perfecto qui habebat omnia ſubſtantialia, cum certũ pretium & certa res eſſet deducta, dicta lege domũ. & l. ſuæ rei. & ſic limitatur iſte tex. procedere quãdo contractus fuit conditionalis, & nunquã fuit firmatus, ſecus autem ubicunque contractus fuit firmatus, quia ex eo naſcitur obligatio, & actio ſuper qua poteſt uerſari officium iudicis, ut ipſemet etiam dixit in prima oppoſitione, & ſic in effectu ponit reſtrictionem ad iſtum tex. & ad regulam ipſius ut procedat, quando contractus nõ eſt

est firmatus, secus ubicunque est firmatus. Alexa. uero hic col. 2. & Socci. col. 3. ordine turbato insistunt super ueritate istius quæstionis, Et dicunt primo quod illa non potest procedere per istum tex. simpliciter inducendo, Secundo per tex. in l. si coita. ff. pro socio. ubi remissio partium in tertium fuit facta de uno accidentali, quoniam substantia locationis consistit in partibus æqualib. l. si non fuerit. eodem titulo. & insti, eodem. §. primo. & Alex. dicit passum esse dubium, tamen postea subdit opinionem Barto. posse sustineri per suam rationem, & ad istum tex. respondet quod debet intelligi secundum aliud thema glo. quando stipulatio principaliter per se fuit remissa in arbitrium tertii, ut destruatur opus arbitrio Lutii Titii, & ad legem si coita. respondebat quod uere ibi tota substantia contractus erat remissa, cum partes æquales ut inæquales sint de substantia societatis, & ideo ibi uere substantia contractus remissa fuit in arbitriũ, & hic intellectus ibi & hic communiter tenetur, & non est de eo dubi-
164 tandum. Sed † tamen ista responsio tradita per Alex. ad istum tex. est uiolatiua & nimis restrictiua, ut restringatur ad solum casum quando apponitur stipulatio de opere destruendo, cum primum thema communiter teneatur, & ego supra dixi quod generaliter intelligitur comprehendendo stipulationem principalem & stipulationem accessoriam. unde cum stipulatio accessoria aliquando possit apponi in contractu perficiendo & perfecto dixit quod iste tex. comprehendit utrunque casum, & quod decidit stipulationem annullari Titio non arbitrante, siue apponatur super contractu perficiendo siue super cõtractũ perfecto. Ideo sequitur quod in illo exemplo quando stipulatio de restituendo fuisset apposita super contractu locationis perfecto quod tunc ipsa efficiatur nulla, de directo uidetur confundere conclusionem Bar. hic, qui uoluit recurri ad arbitrium boni uiri in sua stipulatione si contractus erit emphyteuticus diminuatur pretium & quod recedatur a persona, nam tex. iste de directo dicit contrarium, quod imo etiam apposita super contractu perfecto non ualeat eo non arbitrante, nec tex. noster considerat an sit apposita super contractu perficiendo uel super contractu perfecto, quia generaliter loquitur, & non negat iste tex. quin cõtractus possit remanere ualidus, cum solum dicat stipulationem non ualere.
165 Ideo Soccinus † sentiens contrarium respondebat alio modo ad istum tex. & dicebat, admitto quod stipulatio de restituendo super contractu locationis perfecto eo non arbitrante remanet nulla & quod contractus remanet ualidus, tamen non oppugnat conclusionem Bart. quia iste text. loquitur quando contractus erat certus, & ex sua natura apparebat qualiter restitutio esset fiẽda, & annullata stipulatione de restituendo remanebat contractus locationis certus in quo ex natura ipsius poterat reus condemnari ad restitutionem rei per actionem locati, sed in casu Bar. contractus remanebat incertus, si stipulatio de diminuendo pretium annullaretur, quia non remanebat actio ex natura contractus ad petendam illã diminutionem. Ideo si non recederetur a persona remaneret emptor in maximo damno contra æquitatem & contra intentionem ipsorum contrahentium, & propterea ex hoc capite ipse dicit opinionem Bar. posse procedere & defensari ab omnibus obiectionibus, & tu aduertere potes quod ipse Socci. uoluit tex. nostrum intelligi debere non tantum si stipulatio apponatur de per se sola siue super contractu perficiendo, sed etiã posse intelligi quando apponitur super contractu perfecto si contractus est certus, quia tunc generaliter ipsa stipulatio est conditionalis, & eo non arbitrante remanet nulla, & non receditur a persona dummodo contractus perfectus remaneat certus, & suus intellectus in hac parte potest procedere dummodo cumulatiue uelit omnes dictos casus comprehendi in tex. nostro, sed si uellet restringere tex. ad casum in quo contractus esset perfectus, & esset certus, tunc intellectus non esset bonus, quoniam text. hic per uerba ita generalia, & non exprimendo neque rem restituẽdam neque casum restitutionis demõstrat quod uoluit comprehendere generaliter omnes casus in quibus conueniret stipulatio de restituendo, prout ego firmaui in præmissis, & in primo nota. & in aliis locis successiuis. unde Alexand. qui restrinxit ad secundũ thema glo male loqutus fuit, uel etiam quando restrinxit in suo summario ad stipulationem appositam super contractu perficiendo, & cæteri etiam docto. restringentes tex. nostrum ad illos casus speciales male loquti fuere, cum imo iste tex. omnes prædictos casus generaliter comprehendat, & cumulatiue in uno quoque totam hanc decisionem positã in eo procedere uellit. Cum igitur ex intentione Socci. & aliorum, & ex uero intellectu supra firmato iste casus cumulatiue contineatur in hoc text, ut stipulatio de restituendo super contractu locationis perfecto annulletur Lutio Titio non arbitrãte, uidetur ut dictum fuit quod oppugnat decisionem Bar. in hac quæstione de contractu emphyteutico, quia ipsa stipulatio diminuendo pretiũ si fundus reperietur emphyteuticus quamuis sit super contracta perfecto nihilominus annullari debet & non potest recedi a persona. Ideo Socci. saluando Bar. dicebat quod debet intelligi quando stipulatio apponitur super contractu certo, ut est cõtractus locationis, in quo annullata stipulatione potest dari actio ex eius natura ad restitutionem fiendam, secus autem in casu Bartol. quia in eo contractus est incertus, & remaneret contractus annullata stipulatione sine pretio certo, & confirmat etiam, quia quando apponitur talis stipulatio de diminuendo pretium uidetur facta conuentio quod uenditio reuocetur & prima extinguatur constituendo secundam cum pretio declarando per Lutium Titium, ideo contractus omnino remaneret incertus, & ne partes remaneant in damno est necessarium quod interpretemur contractum primum esse perfectum &

remanere actionem de eo cui possit adhærere officium iudicis qui debeat tollere omnem dubitationem, & cum hac declaratione ipse tenet conclusionē Bar. in casu suo ꝙ recedatur a persona.

166 Sed tamen † ego puto opinionem contrariam ueriorem esse, quod imo in casu Barto. stipulatio annullatur eo non arbitrante, & non possit recedi a persona per tex. nostrum hic qui cumulatiue determinat stipulationem super contractu perfecto appositam de aliquo accidenti æqualiter annullari eo non arbitrante. nec ualet consideratio Socci. quod in hoc tex. cōtractus erat certus, quia imo hoc non est uerum, & erat incertus ualde, quoniam si hæc stipulatio fuit apposita ut restitutio remitteretur in arbitriū Lutii Titii, credendum est quod esset aliqua dubitatio an fieri deberet propter aliqua iura ipsius conductoris, cum nisi esset aliqua dubitatio nemo sanæ mentis possidens rem suam quiete locaret & restitutionem poneret in arbitrium alterius. Propterea istud accidens necessario habebat dubitationē & incertitudinem ne admittamus absurdum. l. nam absurdum. ff. de ope. libe. & ideo non est uera declaratio Socci. quod hic contractus esset certus, quia annullata stipulatione ageretur indistincte ad restitionem rei nō consideratis iuribus ipsius conductoris, & ita ipse remanerent in hoc damno, quæ ratio æqualiter ꝓcedit in casu Bar. quia si inueniatur fundus emphyteuticus, remanebit incertitudo de pretio, & damnum ipsius emptoris, & sicut incertitudo in modo restituendi non impedit stipulationem ipsam annullari, & nō receditur a persona, eodem modo nec impedire debet in casu Barto. ipsam stipulationem annullari remanente contractu ualido cum sua natura, & sic recte considerando iste tex. de directo oppugnat conclusionem Bar. nec dicatur quod remanebit ipse emptor destitutus omni remedio & in damno, quia ipse poterit annullata stipulatione adhuc agere ex contractu uenditionis ut ibi diminuatur pretium ex natura ipsius contractus, intentando remedium dictæ. l. domum. & dictę. l. suæ rei. quæ uolunt nulla apposita stipulatione posse agi ad diminutionem pretii.

167 Et propterea † concludendum est generaliter, quod quando aliquod accessorium remittitur in arbitrium tertii super contractu perfecto quod nihilominus eo non arbitrante stipulatio illius accessorii remanet nulla, & non receditur a persona, & perinde habetur acsi non esset apposita, & remanet solum remedium naturale ipsius contractus ad tollendum omnem iniquitatem & agēdum ex uatura ipsius contractus, & non potest diuersificari casus Bar. a casu posito in hac lege de stipulatione de restituendo super contractu locationis perfecto, & ideo generaliter & ipse cōtinetur in decisione istius text. & cessant omnes rationes quæ adducūtur & possunt adduci de iniquitate & incertitudine pretii. & habes intellectum ad tex. nostrum amplian do eum ut cumulatiue procedat etiam quod unum accidentale remittatur in arbitrium tertii super contractu perfecto, & ita teneas omnino, licet docto. perplexitates multas induxerint in hac materia uel restringendo ad contractum perfectū uel ad contractum perficiendum.

168 Secundam subiecit † Bart. dubitationem, quid si aliquis uendidit fundum pro centum & apposuit pactum quod unum par boum accedat huic fundo arbitratu Lutii Titii, qui postea Titius noluit uel non potuit arbitrari. unde dubitatur qd agendum sit de istis bobus, & uidetur ex tex. nostro, quod hæc stipulatio remaneat nulla, & contractus uenditionis remaneat cum suo certo pretio apposito. sed contrarium determinat Bar. hic uolens quod imo recurratur ad arbitrium boni uiri, qui determinet quæstionem de bobus & emptor habeat & fundum & boues declaratos per arbitrium boni uiri, per tex. in l. si in emptione. ff. de contrahenda emptio. ubi idem erat dictum de Sticho, & quāuis esset controuersia, tamen uenditio remanet perfecta & electio transfertur in emptorem. & cum tex. dicat uenditionem perfectam esse apposito pretio apparet quod erat conuentio facta super contractu iam perfecto. Ideo dicit Bar. etiam in hac quæstione de bobus, cum uenditio sit perfecta nascitur obligatio & actio super qua uersari poterit officium iudicis ut determinetur secundum æquitatem boni uiri, & sequuntur communiter * docto. & ad istum tex. respondet quod procedit quando est appositū pactum super contractu perficiendo, non autē quādo apponitur super contractu perfecto, perseuerando in sua opinione, quod ubicunque contractus est perfectus qui producat actionem recedi posit a persona.

Sed contra istam conclusionem instabant Roma. & Alex. & etiam Socci. hic per istum textum secundum exemplum primum traditum per docto. de stipulatione de restituendo super contractu locationis apposita, ut eo non arbitrante stipulatio nihilominus annulletur, quamuis contractus remaneat ualidus. Et confirmatur per tex. in d. l. si in emptione. qui retorquetur contra Barto. quoniam dicit electionem competere ipsi emptori per rationem assignatam, quod sæpe emimus res maiores propter aliqua accessoria, & domus uiles & antiquas propter columnas & alias antiquitates sibi delectabiles, & sic negat recurri ad arbitrium boni uiri, sed uult omnino stari uoluntati ipsius emptoris.

Socci. tamen hic conatur defendere Bar. & dicit quod text. noster non obstat, quoniam loquitur in stipulatione super contractū certo, cum locatio haberet certum pretium, & annullata stipulatione remaneret omni modo certus cum sua natura & actione, sed in casu Bar. eodem pretio erant uenditæ duæ res & fundus & illi boues, & annullata stipulatione de bobus remaneret fundus cum incerto pretio, ideo ne remaneat incerta uenditio, sustinetur ipsa stipulatio & recurritur ad arbitrium boni uiri, per rationem quod contractus remanet firmatus ex expressione pretii, & ad ponderationem factam de illa lege si in emptio-

ne, retorquendo respondebat quod Bar. non allegauit eam in tota decisione. sed tantummodo in ratione quam adducit tex. quod cum contractus sit firmatus remanet ualidus non obstante dubitatione quæ resoluitur per electionem emptoris. unde postea determinando totam quæstionem dixit quod si partes conuenerunt quis debeat arbitrari seruatur eorum uoluntas & non receditur a persona, si uero non conuenerunt tunc seruatur ille tex. ut emptor habeat electionem.

169 Sed tamen† tu dicas quod imo opinio Bartol. non est uera propter principalem decisionē tex. nostri, qui cumulatiue disponit quod stipulatio apposita super contractu perfecto & remisso in arbitrium tertii eo non arbitrante annullatur & contractus remanet in sua natura, ita idem debet esse in casu Bar. ut illa stipulatio de bobus annulletur, & contractus remaneat ualidus, nec obstat differentia de incertitudine, quia imo æqualis est cum ut dixi in præcedenti quæstione etiā in cōtractu locationis est aliqua incertitudo quę non tollitur & tamen ea non obstāte annullatur stipulatio, ita etiam debet procedere hoc casu. nec obstat quod sint duæ res uenditæ, & remaneat una sine pretio certo, quia negatur hoc, cū imo ille duæ res & fundus & boues sint uenditi, & remanent uenditi, & solum differentia est in qualitate eorū cui detur electio, & si annullatur stipulatio non remanet uenditio incerta. sed remanet clara ex decisione illius tex. qui uult ꝙ electio tribuatur emptori. Propterea dicas, aut ille tertius arbitratus est, & tunc adimpleta conditione eius uolūtas seruabitur, aut uero nō fuit arbitratus, & tunc annullatur perinde ac si non esset facta, dicta l. si merces. & d. l. fi. sed tamen non remanet destitutus emptor neque incertus, quia remanebit sibi remedium dictæ l. fi. im emptione. quod ex arbitrio suo eam eligat, & sic remanet cōclusio generalis quod tex. noster procedit ut non recedatur a persona etiam quod sit apposita stipulatio super accessorio in contractu perfecto, & decisiones Bar. hic non sunt ueræ.

170 Tertia succedit dubitatio† ex mente Angeli. quid si aliquis uendidit fundum pro centum, & pro eo pluri quod arbitrabitur Titius, & mortuus est Titius antequam arbitretur quid erit de contractu? Ange. determinauit quod contractus ualeret & seruatur in centum, quia illa centum perficiunt contractum, & illud plus corruit, quia postea ex accidenti augetur pretium. l. hæc uenditio. §. fi. sup. de cont. empt. & sic non receditur a contractu. Soccin. dicit quod docto. in hoc approbant Angelum ut non recedatur a persona, sed reprehendunt postea in eo quod dicit contractum remanere ualidum, & Bal. tenebat eo nō arbitrante annullari totum contractum quia remanet incertitudo pretii, & quando pretium est incertum contractus totus annullatur, per dictam legem finalem. C. de cont. emp. & incertitudo afficit totum pretium licet cōuentio sit de illo pluri, & opinionem Bal. sequitur Saly. in d. l. fi. in 4. oppositione per alias rationes ibi adductas, & Alex. hic in quæstione de libris uenditis cum pacto quod si plus ualebunt soluatur pretium arbitrio Titii, eo non arbitrāte contractus annullatur per tex. nostrum hic, qui generaliter dicit, arbitratore non arbitrante stipulationem non ualere, tamen postea non respondet rationibus adductis in præcedentibus quæstionibus, quod cum contractibus sit perfectus producit actionem super qua uersari potest officium iudicis, & quod debet remanere contractus ualidus etiam non certificato illo pluri, per dictam legem hæc uenditio. § fin.

171 Propterea† Socci. saluabat utranque opinionē concordando, & dicebat, Aut uenditus fuit fundus uel liber pro certo pretio expresso, & quod si augebitur per arbitrium tertii quod illud etiam soluatur, & tunc procedit opinio Ang. quia contractus fuit perfectus cum certo pretio, & solum noluerunt mutari interueniente augumento. Si uero eueniat quod nō solidauerint pretium, sed dixissent uendo pro centum uel pro pluri quod æstimauerit Sempronius intendentes uelle uendere pro pretio competenti, & tūc procedat opinio Bar. & Salv. quia ex intentione pretium non est firmatum, & eo non arbitrante totum pretiū remanet incertum, ideo succedit decisio dictæ l. fi. & §. pretium. insti. de empti. & uendi. quod totus contractus habetur pro non facto. & hoc ultimum etiam ego puto uerum, quia cum nulla certa uenditio sit facta totus actus potest annullari, sed solum est dubitatio quando non intendant contrahentes constituisse certum pretium, sed hoc poterit apparere ex uerbis, uel etiam postea si retinuerunt contractum in suspenso non deueniendo ad traditionem antequam ille arbitraretur expectando resolutionem. Sed dum† postea 172
ipse determinat quod quando apposuerunt certum pretium & remiserunt istud plus in arbitriū tertii quod tunc recurratur ad arbitrium boni uiri non mihi placet eius decisio, quia imo etiā hoc casu ipsa stipulatio de pluri separata a contractu remanebit nulla, per regulam text. nostri quæ cumulatiue decidit etiam hunc casum, & nō obstat quod remaneat contractus incertus, quia imo remanet certus in illo pretio expresso, & nō impeditur quamuis illa conuentio de pluri annulletur, prout dixit tex. in d. l. hæc uenditio. §. fi. & sentiebant Alex. & Angelus. sed secundo & melius tu potes respondere, negando quod contractus remaneat incertus & ille uenditor damnificatus in illo pluri, quia imo remanebit etiam remedium ex natura ipsius contractus quod poterit intentare. arg. tex. in l. domum. & in l. suæ rei. ff. de cont. empt. nam sicut ibi ex natura contractus remanet remedium ut diminuatur pretium, ita etiam ex natura contractus apparente uoluntate contrahentium remanebit remedium ut augeatur secundum arbitrium boni uiri competēs de iure communi ex natura contractus non uirtute stipulationis appositæ. Et propterea ex istis tribus exemplis habes resolutum intellectum ad tex. nostrum, ut generaliter procedat etiam quā

do stipulatio apponitur super contractu perfecto & annulletur stipulatio eo non arbitrante,& solum competat remedium de iure communi ex natura contractus.

173 Veruntamen† quia doctrina Bar.& communiter tenetur,& in practica propter eius authoritatẽ seruaretur,ideo ut melius clarescat reducitur ex mente docto. ad regulam cum ampliatio. & fallentiis,& regula est,quod ubicunque actus uel contractus remittitur in arbitrium alterius, eo non arbitrante contractus annullatur,& non receditur a persona.Ampliatur procedere siue con contractus totus remittatur,siue unum substantiale,dictis iuribus.Item ampliatur procedere ẽt quod remittatur unum accidentale super contractu perficiendo,per istum tex. secundum communem intellectum.Item ampliatur procedere in ultimis uoluntatibus,quãdo remissio facta fuit per dictionem(si)& alia uerba inducentia expressam conditionem.l.j.in princ.ff.de leg.2.Item ampliatur procedere respectu pœnæ, ut nunquam recedatur a persona.d.l.multa.& l.in testamento. ff. de cond.& demon. Limitatur nõ procedere quãdo sequtum fuit arbitramentum iniquum, quia tunc semper receditur a persona, per legem duo societatem.§.arbitrorum. ff. de pro socio. etiam in contractibus stricti iuris. le. si libertus. ff. de ope.libe.per illam rationem,quia contractus tũc confirmatur & producit actionem super qua potest uersari officium iudicis,ut ipse dixit in prima & secunda oppositione,& hanc limitationem intelligit procedere etiam quod arbitramentũ sit sequtum ex fictione legis propter moram rei, ut in ultima oppositione postea per eum formata, quam inf.declarabimus.Secundo limitat ipse non procedere quando contractus uel actus remittitur in personam unius ex contrahentibus, quia tunc receditur a persona.d.l. hæc uenditio. ut ipse dixit in 3.oppositione,& uoluit etiã procedere in ultimis uoluntatibus.arg.l.si sic.& l. fideicommissa.§.quamquam.ff.de lega.3. & uoluit etiam procedere quando remittitur in arbitriũ stipulatoris uel creditoris.d.l.si libertus. secundum alium intellectum quod ibi non fuit arbitratus.Tertio etiam limitatur per ipsum nõ procedere generaliter in legatis quando appositum fuit uerbum(arbitrio tuo uel arbitratu)d.l.j. secundo responso.ff.de leg.2.& l.multa.secundum communem intellectum positum in l. in testamẽto.de cond.& demon.Quarto limitatur procedere quando unum accidentale apponitur super cõtractu perfecto,per dictam legem domum, & le. suæ rei.&l.si in emptione.cum suis quæstionib.ff. de contrahen. emp. quas omnes limitationes sequuntur communiter doctor. & addunt multas alias,nam addunt quintam quando remissio fit super obligatione formata extinguenda.d.l.cum a Proculo.& ibi Roma.notat.inf.eo.col.2. & habetur per docto.ibidem. quæ limitatio uera est, sed tamen non est uera limitatio quia illa continetur sub secunda, quoniam ibi contractus erat remissus in arbitrium unius ex contrahentibus.

174 Sexto limitatur† nõ procedere in contractu dotis,quia in ea semper receditur a persona & recurritur ad arbitrium boni uiri,l.cum post.§. gener. ff.de iure dotium.l.3.C.de dot.promissio. cum similib.adductis hic per Ias.in uersi.3.limita, amplians etiam in causa alimentorum & alia simili causa. sed tamen ipse postea subdit quod licet hæc limitatio sit uera,tamen non est noua limitatio, quia continetur sub secunda limitatione ꝙ contractus remittitur in arbitrium unius ex contrahentibus,ut patet in dictis iuribus,ego tamen supra dixi etiam procedere quando remittitur in arbitrium tertii propter fauorem causæ, sed ex alia ratione quam posui in mea theorica. Septima est limitatio ubicunque aliquis stipulatus est insulam uel ædificium fieri in fundo suo arbitratu ipsius,nam si eueniat quod ipse alienet illũ fundum,tunc hæc potastas arbitrandi transit in ipsum emptorem, & sic receditur a persona, ut per Iacobum de Arena Bal. & alios communiter in l.sic.ff.de leg.j.& sequitur Ias.licet Alexan.ibi post Imo.uideatur contradicere,& etiam ego puto eam ueram,ex eo quia in illo arbitrio confiderauit semetipsum tanquam dominum non tanquam tertiam personam. ideo transit ad quemcunque dominum ex mente contrahentium, tamen ego puto quod licet sit uera limitatio tamẽ non est noua,quia continetur sub secunda limitatione Bar.quando remittitur in unum ex contrahentibus, & sic habes tres alias limitationes additas quæ potius seruiunt pro exemplis, nam uere continentur sub secunda Bar.

175 Octauam limitationem † addit etiam hic Ias. ut non procedat regula quando res non est integra,quando aliquis locauit domum pro pretio declarando per Titium, & ille locator habitauit domum,& Titius non uult uel non potest arbitrari, & tunc recurritur ad arbitrium boni uiri ne ille dicatur pro nihilo habitasse,& locatorem amisisse pretium domus,secundum Pulum de Castro in l.si in l. in prin.ff.locati,quãuis Bar.in d.l. si merces istã quæstionem non decidat.sed relinquat cogitandum,& Alex.postea dicat quod imo aget actione ex cõtractu.in 3.col. ut remoueatur dicta iniquitas,nam ipse Ias. dicit ueriorem esse primam opinionem quod reuocaretur ad arbitrium boni uiri,quoniã non potest accomodari quod competat actio ex contractu,quia propter incertitudinem pensionis nullus contractus erat inductus,& sicut nõ sufficeret actio ex contractu quando pretium esset taxandum, ita etiam quando res non est integra recedi debet a persona, & tenuit Bal.in l.fi.C.de sentẽtiis quæ pro eo quod interest.& sub hac limitatione Socci.hic continebat aliud exemplum,quãdo locatio facta fuit de opere arbitratu Lutii Titii,si facto opere,& sic re non integra tertius non uult arbitrari.nam tunc recurritur ad arbitrium boni uiri, ne ille ædificans remaneat in damno,ut per Paulum de Castro in d.l.si in lege.uersi.item nota.supra locati. & l.domum.& l.suæ rei,de contrahen. emptione. Tertium exemplum in hac limitatione etiam traditum

tur quando quis contraxit matrimonium pro dote declarāda per Titium qui postea forsan natis filiis non uult arbitrari,& sic tempore quo res nō est integra,nā tunc contractus nō debet annullari,sed recurritur ad arbitriū boni uiri, ne ipsa remaneat indotata, sicut mandatū nō finitur morte re nō integra.§.finitur.insti.man.& est alia ratio,quia uidetur per leg.arbitramentū latū. arg. l.j.ff.de leg.2.quæ omnia dicta refert cōfuse Ale. & ipse etiam confuse determinat, uel potius nihil determinat, unde opportuit separatim examinare.exempla autē Pau.de Cast.fundantur q̃a quando arbitramentū est sequtū iniquū receditur a persona propter iniquitatē,& q̃n non arbitratur corruit contractus & non ualet quia nulla est iniquitas,ergo quādo res non est integra, q̃a est iniquitas,recedi debet a persona,tamen contra istam conclusionem facit d.l.si merces.quæ generaliter dicit arbitratore non arbitrante contractum esse pro nihilo,& d.l.fi. idem dicit in uenditione, & iste tex. cū primo exemplo contradicit, quia non sequto arbitramento non receditur a persona, sed agitur ex primo contractu ad restitutionem equi uel fundi. Sed Soccin. dicit quod exemplum legis nostræ non potest conuenire,quia in casu Pauli de Castro nullus erat contractus eo non arbitrante,& nulla poterat competere actio ex eo,l.quotiens in diem.infra eod. & l.cedere diem.de uerbo.significa. igitur ne ille remaneat in damno, uidetur quod possit recedi a persona & recurri ad arbitrium boni uiri, & uoluit Bald.in d.l.fina.in appostillis,qui dixit quod recurritur ad arbitrium boni uiri ex officio iudicis.arg.l.plane. ff. de peti. hæredi. & hæc opinio in practica est tenenda,ut saltem competat actio ex æquitate,iuxta legem quotiens.ff. de præscrip. uerbis. Circa uero secundum exemplū de conductore,placet etiam decisio Pauli & Socci.supra relata,ut non agatur ex contractu, quia eo nō arbitrante pro nihilo est,sed quod ex æquitate competat actio uel officium iudicis ut pretium iustum declaretur & soluatur.per leg.quotiens.ff.de præscrip.uerbis.Tertium autem exemplum de matrimonio uidetur reprehendere Ale. tamen ego puto quod dictum Bal.in d.l. fi. sit uerum,quia in materia dotis habemus quod omnis promissio dotis incertæ ualeat,quoniam lex certificat per conditionem uiri,& qualitatē substantiæ patris de quo fit relatio ad arbitrium boni uiri. dicta.l.cum post.§. gener. ff.de iure dotium.& ideo ipse arbiter uidetur semper electus tanquam bonus uir in genere, & semper succedit arbitrium boni uiri certificatum per legem. dicto.§.gener. quod probatur etiam in extraneo promittente.l.3.C.de dot.promissio.unde sequitur quod hæc est noua limitatio ultra quatuor positas hic per Bar.

176 Nonam limitationem etiam ponebat hic Ias. in uersi sexto, quando quis dixit,promitto omne & totum illud quod Gaius tibi debet& quantum debeat stetur arbitrio Titii, tunc Titio non declarante non irritatur contractus, sed receditur a persona,eō quia quantum debeat Gaius potest aliter declarari ex obligatione prima.l.fi.§. ultimo.ff.de acceptilatio. Item quod hic non est commissa declaratio eius quod est substantiale contractus,sed quædā qualitas seu accidens, ergo receditur a persona secundū doctrinā Bar. & ita consuluit Ro.in consil.502.in casu propositæ cōsultationis,quæ limitatio etiā mihi placet.sed tamen non est noua & continetur sub quarta limitatione Bar.& seruiet pro alio exemplo ipsius.

Decimā limitationem posuit etiā Socci.ut recedatur a persona quādo testator mandauit hæredi ut uenderet fundū Titio arbitrio Sempronii,cōtractus enim iste est coniunctus cū ultima uoluntate ideo regulatur ab ea tanquā causa originaria,propterea sicut in ultimis uoluntatibus illa uerba (arbitrio Titii) intelligantur in dubio de arbitrio boni uiri,& consideretur tanquā bonus uir in genere, & actus dicatur purus, dicta l. j.§.j.ff.de legat.2. ita etiam in hoc contractu illa uerba (arbitrio Titii) intelligētur de arbitrio boni uiri propter subiectam materiā, & contractus non efficietur conditionalis, ut eo arbitrante uel non arbitrante recurratur ad bonum uirum, sicut dicitur in dicta lege prima.secundo responso. pro qua opinione allegatur tex. in leg. si hæres testamento,ff.de action. emp.& quod uolunt Cuma. & Bald.in l.cum ii.ff.de transactio.in fine principii,dicentes quod quando uenduntur alimenta ex præcepto testatoris non potest super eis transigi,sicut quando relinquuntur in testamento,quia attenditur causa originaria, & faciunt notata per Angelum in leg. qui Balneum. supra qui po. in pigno. habeantur. & licet Alex. dicat quod passus sit dubius,& non bene probatur dicta l.si hæres. tamen Soccin. comprobat, quia ibi ad perficiendam uenditionem competit actio ex testamento,igitur erit ultima uoluntas donec perficiatur,Secundo,quia text. dicit quod pretio non declarato cogitur hæres uendere pro iusto pretio,& sic recipit naturam ultimæ uoluntatis.Confirmat etiā Socci.per tex.in l. uxorem, §.agriplagam.ff.de leg.3.ubi legatarius potestrē illam acquirere tanquam dominus ante traditionem secundum naturam ultimæ uoluntatis.l.pater,§.surdo.ff.de lega.2. & hoc stante apparet q̃ illa uerba (arbitratu boni uiri) non faciunt conditionem seu legatum conditionale, quia semper succedit arbitrium boni uiri, & hæc opinio mihi placet,& quamuis tex. ibi non exprimat q̃ transferratur dominium,tamen Dy.ibi & Bar.in 2.quæstione hoc dicūt, quia in litera exprimitur quod potest petere idest agere actione reali,& facit ille tex.in alio,quia dicit quod est legatus, ergo petitur ex ultima uoluntate, non contractu, quam tamen conclusionem restringebat Soccin. sup.in 1.no.non procedere quantum ad ualiditatem dispositionis,si dictū fuisset pro pretio quod uoluerit Titius,quia cū pretium sit collatū in liberam uoluntatem quæ reprobata fuit in ultimis uoluntatibus,nec etiam ualebit hic,secundū Baldum. in l.si.C. de contrahenda emptione.per

quam doctrinam ampliatur conclusio ut habeat etiam locum quantum ad seruandam uoluntatẽ ex natura ultimæ uoluntatis. Item restringitur quod legatum non ualeat si pretium sit collatum in liberam uoluntatem tertii,sed ego puto quod in dubio uerbum(uoluerit)referatur ad arbitriũ boni uiri fauore ultimæ uoluntatis ne pereat. argum.l.in testamentis.de reg.iur. & sic restrictiones non sint bonæ,& limitatio remaneat simpliciter uera,quæ tamen non est noua limitatio,sed continetur sub tertia limitatione Bar. & est unũ exemplum amplians eam.

177 Vndecimã†limitationem addit etiam Soccin. hic de promissione de uendendo, in qua receditur a persona eo nõ arbitrante, ut si dictũ fuerit, promitto tibi uendere domũ pro pretio æstimãdo per Titium,licet Titius noluerit estimare, tamẽ recurritur ad arbitriũ boni uiri ut cogat promittentẽ uendere pro iusto pretio,Imo,Cuma.& Alex.in l.si fideiussor.§.meminisse.ff.de leg.j.pro illum tex.ubi dicitur quod quidã damnatus uendere simpliciter intelligitur dãnatus ut uendat iusto pretio,unde licet ipsa uenditio per defectũ conditionis cesset.tñ remanet ipsa promissio de uendendo perfecta quæ habet qualitatẽ iusti pretii annexam,& confirmauit Bal. per d.Cy.in l.1. C.de cont.stip.&Ang.& Cum. in l. qui Romæ. §. duo fratres.inf.eo.& Soccin. addit tex.in l.sed si equum.ff.de leg.1,& l.si cum fundum.ff.de leg.2. & cum sint duo contractus unus non tollitur per alium,& sequitur ipse. tamẽ uidetur quod sit dubitabilis,quoniam si bene cõsideretur non est nisi unus actus,scilicet promissio de uendendo pro pretio estimando per Titium, seu mandatum de uendendo,& per expressionem de pretio estimando per Titium recessum fuit ab illa de uendendo pro iusto pretio,ut clare dicit tex.in d. §. meminisse, & licet sit opus quod sequatur actualis uenditio separata ab illa uenditione,tamẽ nõ tollitur quin illa obligatio de uendendo non sit restricta ad arbitramentum illius tertii, & eo nõ estimante deficiat, non inficior tamen quod si esset facta uenditio uirtute illius obligationis pro pretio declarando per Titium,& ille nolet arbitrari quod sola uenditio corrueret,non promissio seu mandatum de uendendo.quia illã obligatio nõ tollitur per unũ actũ adimplendi, sed põt cogi de nouo uendere totiens quotiens poterit perfici,arg.no.per Dec.& alios in l.3.§.hæc uerba.sup.quod quisq; iuris.quia potestas arbitrandi est perpetua sicut & promissio.

178 † Et sic distingui debet.Aut est facta promissio de uendendo, & dictum fuit quod illa uenditio fiat arbitratu Titii,& tunc quia sunt duo contractus,eo non arbitrante corruet secundus & remanebit primus ut dixi,quamuis secundum Bar. in duabus quæstionibus præcedentibus nec etiam secundus annullaretur sed recurreretur ad arbitrium boni uiri.Si uero esset dictũ promitto tibi uendere propretio declarando per Titium,& tunc uidetur esse unicus actus,& eo non arbitrante totus cõtractus corruet,si tamen potuisset ille tertius arbitrari & non acceptasset,tunc putarem quod si nõ arbitratus fuit in prima uenditione postea facta quod amplius non possit cogi, quia eo non arbitrante totus contractus remansit nullus,& in casu quo remanet primus contractus hæc non est noua limitatio sed continetur in quarta Bartol. & secundum eius opinionem recedetur a persona,sed secundum opinionem meã quam ibi posui extinguetur secundus contractus per textum nostrum, & remanebit primus contractus promissionis,ex quo iterum poterit agi ad uendendum ex sua natura ut ibi declaraui,Socci.tamen dixit se consuluisse quod licet illa uenditio noua corruat tamen recurritur ad arbitrium boni uiri pro exequtione promissionis, & sic in effectu sequitur opinionem Barto. supra traditam,quia firmatus est contractus, & exequtio promissionis regulatur ab originali sua natura,ideo nõ est noua limitatio.

179 Duodecimam†limitationem addebat Soccin. quando receditur a persona,absorbentem regulam textus nostri,scilicet de æquitate canonica, uolens quod de æquitate canonica nunquam pereat contractus arbitratore non arbitrante, & ꝙ semper receditur a persona, quia de iure canonico promissio incerta certificatur per iudicem, & contractus non uitiatur,per uulgatum dictum Archidiaconi in cap. sunt nonnulli. prima quæstione prima. Anto. & Abb.in capitulo ex parte. extra de decimis. qui dixit illud dictum esse legistis incognitum,& tenuit Alexand.in l.ita stipulatus. la grande infra eodem. inferrens quod dispositio. §. gener.de inre dotium habeat locũ de iure canonico in omnibus contractibus,& sequitur Ias.ibi,& in l.triticum.columna prima.in hoc titulo nostro late confirmans. igitur cum in dicto.§. gener. recedatur semper a persona, eadem ratione in omnibus contractibus receditur de æquitate canonica,& sequitur hic Soccin. qui fecit mentionem de illo dicto Archidiaconi etiã in l.prima.supra soluto matrimonio. nume. 54. uersi.& adde præmissis.sed Bar.in l.prima.supra de lega.secundo.uidetur sentire cõtrarium in 3. quæstione.ubi dixit hærede non arbitrante corruere legatum nisi sit legatum ad pias causas, ut in capitulo cum tibi.ex.de testamen.& hoc uidetur esse uerius, primo,quia omnes docto. se fundant in illo dicto Archidiaconi, & ipse loquitur in spiritualibus,& tex. in cap. ex parte.de censibus.loquitur de uoto,& per consequens in spiritualibus,& in dispositionib. ad pias causas, & in spetie tenet ẽt Abb.Et ideo † limitatio tm̃modo 180 restringetur ad spũalia & ad pias causas,& remanebit ampliatio in reliqs ad materiã nostrã ut ꝑcedat ẽt de æq̃tate canonica,sed dato ꝙ loqueretur de omnibus cõtractibus,tñ nõ debemus dicere correctã esse materiã nostrã ab æquitate canonica ut non recedatur a persona, cum decisio illa & illorum iurium fundetur super nullitate contractus insurgente ex defectu cõditionis,quæ nullitas non est sublata de iure canonico, & non debemus spetialitates extendere.argu. §. sed quod princi-

principi. insti.de iure naturali gentium & ciuili. Præterea est contra mentem disponentium qui aliter non uoluerunt ualere contractum, ut dicit tex.in l.si coita. infra pro socio.ergo æquitas non debet operari ualiditatem contractus contra intentionem contrahentium, ut habetur in capitulo primo. de pactis.a contrario,& hanc opinionem tenuit Ruyn.supra.&propterea omnibus congestis licet docto. hic multiplicent limitationes,tamen in effectu reducuntur ad illas quatuor Bar. quibus additur illa octaua quando res non est integra,& hæc ultima de spiritualib. & dispositionibus ad pias causas.

Aliam limitationem posuit Bar.hic in sua prima quæstione, quæ licet tanquam prima allegetur hic per doctor. tamen in effectu est sequella omnium dictorum in præcedentibus in illo arti-
181 culo an recedatur a persona, ideo † ipse quærit, quid si stetit per promissorem quod non sequatur arbitramentum, quia commisit moram, & tertius non potuit arbitrari an recedatur a persona, & determinat quod si pœna est apposita illa committitur & absorbet totum contractum, ut non possit amplius quæri an recedatur a persona, si uero stat per promissorem conditio uidetur deficere ex culpa sua, quo casu lex fingit arbitramentum latum.lege iure ciuili. de conditionibus & demonstrationibus.leg.in exequtione.§.finali. infra eodem. & ideo dicit quod iste casus separatur a casu legis nostræ, in qua eo non arbitrante contractus est nullus & non receditur a persona.sed hoc casu fingitur arbitramentum & contractus confirmatur, & receditur a persona,& datur alia limitatio ad regulam supra positam quæ differt a prima, quoniam ibi interuenit uerum arbitramentum,& iniquum,in
182 hoc casu uero interuenit fictum arbitramentum & iustum, ut hic per eum. Et quantum † ad primam conclusionem docto. pertranseunt cum eo, quia pœna commissa nouat præcedentem contractum.l.ita stipulatus.in fine.infra eodem. & l. obligationum fere.§.fi.de actionibus & obligationibus.& concludit omne interesse.l.rescripto. §.si pacto.ff. de pact. ideo remanet perinde ac si nunquam fuisset factum compromissum seu contractus.§.si quis litigatorum . ideo non est opus
183 quærere an recedatur a persona.

Sed tamen† quia in contractibus sæpe apponitur clausula(rato manente pacto) quæ facit quod commissa pœna remanet contractus. leg. qui fidemicum materia. ff. de transactio. ideo etiam commissa pœna cum contractus remaneat regulariter tractatur de secunda conclusione, in qua ipse uoluit quod fingatur arbitramentum & re-
184* curratur ad arbitrium boni uiri,sequuntur communiter* docto.Sed tamen contra eam† facit primo.quia uidetur implicare contradictionem, ex eo quia uult quod fingatur arbitramentum legis quod uerisimiliter iustū est,& præsupponit quod recurratur ad arbitrium boni uiri ut illud corrigat, quod est absurdum.Sed Alexand. defendebat dicens quod iste recursus ad arbitrium boni uiri non fit ad finem corrigendi,quia iustum est & non debet corrigi, sed fit ad finem declarandi, ex eo quia incertum est apud contrahentes quale fuerit tale arbitramentum,ideo est necessarium quod recurratur ad iudicem qui citatis partibus se informet de negotio & declaret quale fuerit arbitramentum legis,& sic nulla est contradictio & procedit limitatio Bart. Sed iterum opponitur secundum Ruyn. quia imo uidetur, quod non sit necessarium ut recurratur ad iudicem declarantem, quoniam statim est adimpleta conditio,& contractus debet perduci ad effectum,ut clare dicit tex.in dicta le. hæc conditio. in fine.ibi, adimpleta conditio est & contractus perducitur ad effectum, & idem probat tex.in l. si pater.§. si Sticho. ff. de fideicommiss. libertatibus ibi,libertas debetur. sed tamen licet uideatur stringere, nihilominus quia negari non potest quin si contractus est mittendus exequtioni apparere debeat quale sit istud adimplementum quando respicit iura partium,ideo ne inducatur iniquitas necessarium est declarare dicta iura quod incontinenti per legem producitur actio, & ita procedant iura prædicta, sed tamen actualis exequtio non potest postea fieri nisi prius dicta qualitas iurium partium innotescat, ne inducatur circuitus inutilis, uel reus ipse consequatur damnum.

185 Tertio† obstat etiam, quia uidetur quod non sit necessarium recurrere ad iudicem quia fingitur in pœnam rei arbitramentum esse latum contra reum, item & secundo fingitur esse iustum, quamuis sit contra iura Rei in eius pœnā, sed ad huc respondetur quod hoc non potest procedere, quoniam inducerentur duæ fictiones, una quod esset latum arbitramentum,alia quod esset iustū, & duo fictiones non possunt concurrere. lege prima. C.de dotis promissione. Item utraque esset contra æquitatem, & faceret alium locupletari, quo casu fictio non procedit.lege denique. & lege nec utilem, ff. ex quibus causis maiore. ideo opus est ut fingatur iustum arbitramentum, & quoniam est incertum apud contrahentes est necessarium quod recurratur ad iudicem. Quarto dicebat Ruynus aduertendum esse, quia Bartolus loquitur quando arbitramētum tertii uersatur circa substantiam contractus, quo casu uerum erit dicere quod conditio fingitur adimpleta, quia ut dicit Cumanus fingitur male arbitratus, & istud arbitramentum licet sit certum in rerum natura & apud legem, tamen apud nos est incertum, & necessarium est ut recurratur ad iudicem, prout in simili dicimus in legato. iuxta legem primam. digestis de legatis secundo. Item intelligentia etiam Cumani, ut non recedatur, procedit quia si ita uideretur adimpleta conditio opporteret ut restitueret equum, & quod fuisset arbitratus equum debere restitui, quod posset esse iniustum, quoniam forsan iuridice poterat eū retinere,& sic arbitriū esset iniustum, ergo iste promissor licet fuerit in mora,tamen poterit petere recursum ad arbitrium boni

uiri, quia non debet plus operari fictum adimplementum conditionis. lege filio quem pater. ff. de lib. & posthumis. ergo & quando fingitur arbitratus, & tamen recurritur, est contra tex.
186 hic. Propterea† dicas quod omnino est necessarium, ut recurratur ad iudicem ut tollantur iste inuolutiones qui declaret illud arbitramentum legis, & propterea remanet conclusio & limitatio Barto. uera, & sic in effectu habes septem limitationes ad dictam regulam cum ampliationibus traditis per eum & per me in primo notabili, per quas totus iste articulus, an recedatur a persona, est perfecte declaratus. & hanc theoricam ego plene retuli, quia in practica seruaretur, tamen eam reprobauit Soccin. ut dixi supra per suum intellectum traditum ad legem primam. ff. de leg. 2. & quoniam eum reprobaui supra tantummodo in puncto iuris oppugnari potest tota ista doctrina Bartoli in hoc articulo per distinctionem quam ego posui supra dando principium ut hæc materia determinetur tota distinguendo. An remissio sit facta in certam personam naturaliter consideratam uel in personam legaliter consideratam tanquã bonum uirum, ut supra plene dixi, & hæc de illo articulo diffuso & inuoluto, an arbitratore non arbitrante recedatur a persona.
187 Successiue† uidendum est de alio principali articulo, quomodo debeat procedere arbitrator in arbitrando, & quis & quando & quomodo arbitrari debeat, de quibus per Barto. infra in sequentibus quæstionibus. Tertio igitur quærit Barto. hic, an arbitrator debeat in præsentia partium uel eis citatis arbitrari, quæ quæstio est ualde profunda & dubia, & faticauit ingenia antiquorum & modern. ipse tamen dicit, quod arbitrorum duo sunt genera, dicto. §. arbitrorum, & in arbitris ipse concludit quod sit necessaria præsentia. per legem diem proferre. §. si quis litigatorum. uersi. perinde. ff. de arbi-
188 tris. Quæ conclusio† procedit etiam quod fuerint partes citatæ uel monitæ ut ueniãt certo die ad audiendum laudum, ut probatur in illo tex. iuncto principio legis, & lege sed & si interpellatur. §. primo. eodem titulo. ubi præsupponitur quod partes fuerint monitæ, & tamen laudum sit nullum sine præsentia earum, & ita tenet Bar. ibidem, & clarius Alexand. in apostillis, & probatur, quia si non fuissent monitæ non potuissent incidere in moram in non comparendo neque in pœnam, unde colligitur una differentia inter arbitros & iudices, cum iudices possint ferre sententiam absentibus partibus si legitime fuerint citatæ ut contumaces efficiantur, l. ab eo. C. quomodo & quando iudex. cum concordantibus. & ratio potest esse, quia arbitri non habent iurisdictionem, & citando non possunt facere partes contumaces, cum non possint eis præcipere præcise. unde tota uis compromissi & eius obseruantiæ consistit in pœnæ appositione, ut partes teneantur seruare præceptum arbitrorum metu pœnæ. iux. no. in l. j. & l. cum antea. C. de arbitris. ideo opportet quod per præsentiam laudum as-
189 sumat uires. uel † spetialiter conuentum sit quod partibus absentibus possit procedi & iudicari, ut dicitur in dicto. §. si quis litigatorum. & sit apposita illa clausula (citata uel non citata parte) ac eis absentibus uel præsentibus) quæ clausula tollit necessitatem præsentiæ partium, & remanet necessitas citationis, cum tractetur de pleno præiudicio, nisi sit addita alia clausula (& citata uel non citata parte) ut dicam in decima limitatione post Socci. & si non addatur alia clausula (quod potestas arbitrorum duret etiam eis comparentibus & incursis in pœnam non comparentibus partibus, totum compromissum absorbetur a pœna, dicto. §. si quis litigatorum. sed si sit apposita clausula (quod non finiatur potestas non comparentibus partibus) quæ solet fieri per illa uerba (rato manente pacto) de quibus in l. qui fidem. ff. de transactio. & tunc eis incursis ad pœnam, adhuc durabit compromissum, & poterit procedere de nouo, & citare partes, uel eis præsentibus iudicare, per tex. in l. si duo. §. semel. ff. de arbitr. & dicemus inf. in 4. quæst. princ. & hæc de arbitris.
190 In arbitratore† uero fuerunt uariæ opiniones. an requiratur præsentia partis in iudicando, & Bar. hic refert duas antiquas, una fuit cuiusdam aduocati consulentis quod non requiratur præsentia. Alia Iacobi de Arena. & Petri quod requiratur præsentia uel saltem citatio & diei assignatio, & hanc secundam ipse sequitur per octo fundamenta per eum hic allegata, quæ ipsemet etiã posuit in quoddam suo consilio quod quasi ad literam hic refert, & ultra sua fundamenta adducuntur per docto. alia ut hic per Iason. Et primo tex. in l. sed & si necesse. ff. de in diem adiectione. ubi in adiectione in diem debet notificatio fieri partibus præsentibus. Secundo adducitur tex. in le. 1. §. cum dicitur. supra si cui plusquam per legem Falcidiam. ubi allegante hærede legem Falcidiam ad instantiam cuiuslibet fideicómissarii debent assumi arbitri ad estimanda bona hæreditaria, quæ æstimatio nõ præiudicat absentibus legatariis, ideo solent hæredes oẽs legatarios citare, & sic apparet quod arbitri nõ possunt ferre sententiã præiudicialem partibus absentibus, Tertio adducitur tex. in l. j. §. si mulier. & l. denuntiari. ff. de uentre in possessionem mittendo. ubi si mulier dicat se prægnantem quãdo incipit parturire debet denuntiare iis quorũ interest ut mittant qui custodiant partum, & in. §. denuntiare additur quod sufficit denuntiare illis qui habent primam spẽ. Quarto adducitur capitulum si episcopus. de præben. in 6. ubi omnis possessor citari debet ẽt ꝙ iniuste possideat, quia lædi potest. Quinto adducitur tex. in clem. sæpe. ff. de uerb. sign. ubi quãuis procedatur summarie & de plano tamen necessaria est citatio, quia lædi possunt partes. Quinto adducitur quod princeps est solutus legibus. lege digna noxa. C. de legibus. & coram eo & Papa proceditur non seruato ordine iudiciario, ut no. in capitu. primo. de litis

de litis contestatione. & tamen non potest ferre sententiam non citata parte.cap.primo.de causa possessio. & proprietatis. & capit. nos in quemquam.secunda quæstione.j.& l.si.cum glos.C. de legi.ergo etiã illi arbitratores quamuis sint soluti legibus debent iudicare præsentibus partibus,& istam opinionem tenuerunt multi docto. relati hic per Ias.& Anchar.cõsi.130.dicit quod est communis * & quod est ualidioribus rationibus fulcita,& Petrus de Besutio addidit quod in iudicãdo & consulendo ab ea nõ est recedendũ.

Contrariam opinionem,quod imo non sit necessaria præsentia partis in decisione, tenuit Franciscus de albergo.discipulus Bar.& Bal.in l. si quis consensu. C. de episcopis & cleri. Hosti. Anto. Abb. & Mod.in cap. quintauallis de iure iurand. Alex. consi. 130. in primo uol.ubi dicit Bar.errasse,& alii hic per Ias.cummulati, & mouentur quia arbitrator non procedit ordine iudiciario,per glo.hic allegatam per Bar.in l.j. ff. de iudi.Secundo quia est transactio.ut no.in d. §.arbitrorum.& in auth.ut differentes iudices.§. primo.& transactio potest fieri etiam in diebus festiuis l.dies festos. C. de feriis, atque etiam sine præsentia partis potest fieri executio cum nõ descendat a iurisdictione, item quæ non requirunt causæ cognitionem possunt expediri absente parte.l. 3.§. penul.supra de bono. possessio. & quis potest declarare uoluntatem suam etiam absentibus partibus.l.diem proferre. in principio. & l.sed & si interpellatum. §. primo.ff.de arbitris, & executor sententiæ, quia procedit sine ordine iudiciario.potest exequi sine præsentia partis. l. si ut proponis.C. quomodo & quando iudex. Itẽ facit tex.in l.j.in fin.cum lege.sequenti.ff.si mensor falsum mod.dixe.ubi mensor qui est quidam arbiter potest absentibus partibus renuntiare modum sibi placitum. Facit etiam textus in lege cum pater. §. hæreditatem. ff. de legatis secundo. & leg.ex facto.§.si quis rogatus. el secundo. ff. ad Trebellianum. ubi deportatus potest eligere, & tamẽ uerisimiliter hoc facit in absentia partis. facit quoque etiam, quia arbitramentum est adimplere conditionem, quæ potest impleri ignorante parte. leg. secunda. & ibi gloss. ff.de conditionibus & demonstrationibus.&per istas rationes opinio hæc contraria a multis etiã tenetur & dicitur esse communis * canonistarum in dicto cap.quintauallis. & propterea cũ utraque opinio uideatur communis & multis rationibus munita doctor. ceperunt inuestigare ali-
191 quas opiniones medias.

Et ideo†tertia fuit†opinio media,quæ distinguit, quod si præcessit discussio causæ præsentibus partibus, & habita fuerit plena informatio, tunc poterit ferri sententia partibus absentibus quia non reperitur hoc iure decisum de præsentia partis in arbitratoribus, & cessant rationes adductæ per Bar. quod partes lædi possunt. Si uero non præcessit discussio uel informatio habita a partibus, & tunc est necessarium, quod sententia ferratur præsentibus partibus, ex eo quia possunt lædi, & eis auditis arbitrator posset mutare opinionem, & istam tertiam opinionem tenet hic Ias. & respondet adductis per Bar. nam primo non obstat tex.noster, quia intelligitur cum hac distinctione, quod propter moram stipulatoris non potuit arbitrator habere informationem causæ,ideo eo absente non potest ferri sententia. Non obstat tex. in §. si quid ita, quia ille tex.loquitur quando nulla alia præcesserat cognitio & informatio, & solum uolebat redhibere, non obstat tex.in dicta lege 3. §. sed & si constat. quia ille tex. loquitur quantum ad informationem quam iudex debet habere a partibus,non autem de sententia. Non obstat textus in lege idem Pomponius. §. recepisse. quia loquitur in arbitrio in quo spetialiter hoc determinatum fuit ut requiratur præsentia, dicto. §. si quis litigatorum. non obstat lex legatum.quia ille tex.loquitur in iudice, uel etiam si loquitur in arbitrio procedit quantum ad discussionem, & informationem, in quam causam debeat conuerti, non tempore sententiæ. Non obstat dicta lex hac ædictali. §. iis illud. quia loquitur de iuramento quod datur in principio,& sic loquitur de discussione & informatione, non de sententia. Non obstat dicta l. nam ita Diuus. quia loquitur in principe qui procedit de iure, & non est ei data potestas a partibus, hic uero hæc potestas a partibus fuit concessa.Non obstat lex item si unus. §.primo.quia loquitur quãtũ ad discussionem, cũ per informationes pars quæ læditur demonstrando iura sua possit mutare opinionem iudicis, non autem loquitur de sententia. Non obstat lex sed & necesse. de in diem adiectione, quia ibi nulla præcesserat informatio, & actus ipse uideri debebat,Non obstat lex prima. §. condicitur. quia loquitur in casu quo non fuit data potestas a partibus, sed inter ipsas partes non negat quin sententia præiudicaret lata sine præsentia earum. Non obstat capitulum si episcopus. quia loquitur in iudicialibus, & quando non est data potestas. Non obstat clemen.sæpe. quia ibi proceditur ordine iudiciario. Non obstat illud de principe, quia ipse procedit ordine iudiciario, & non habet potestatem a partibus, sed si ipse ex plenitudine potestatis posset præiudicare, tunc etiam absentibus partibus sententia ualeret, ut no. docto.de legitimatione in rub. ubi dixi. ff. de liberis & posthumis. Similiter nec allegata pro alia parte obstant huic mediæ opinioni, & primo quod arbiter non procedit ordine iudiciario, quia non tollitur quin requiratur informatio, & discussio quæ non potest haberi sine præsentia partis. Non obstat quod sit transactio, quia per hoc non tollitur quin requiratur discussio, & informatio habita a partibus. Non obstat lex diem proferre, quia procedit in iis quæ non lædunt. Non obstat lex 3. §. penultimo. quia procedit in bonorũ possessione de plano data quæ non præiudicat ueris bonorum possessoribus, secus si læderetur pars, ut ibi. Non

obstat lex si ut proponis . quia respondet Barto. eam procedere in causa penitus discussa . Non obstat lex secunda. de conditionib. & demonst. quia loquitur in conditione casuali , non autem potestatiua & requirente discussionem . Non obstat lex prima. si Mensor fal.mod.dix. quia loquitur in iis quæ non requirunt informationem a partibus,sed ipse ex sua mensuratione, & arte sua plene informatur,nos in iis quæ requirunt informationem alienam . Non obstat lex cum pater. §. hæreditatem , quia loquitur in iis qui habent potestatem præiudicandi ex solo suo arbitrio , & sufficit quod a seipsis se informent, & propterea apparet quod hæc opinio media est multum sustentabilis & probabilis , & concordat in effectu illas duas opiniones contrarias , & eam sequitur hic Ias. & uidentur etiam sequi communiter docto. licet uerbis claris non exprimant .

192 Quarta † quoque est opinio media, quod aut arbitrator eligitur super actu extraiudiciali , & tunc non est necessaria præsentia nec citatio partium. Aut uero super lite assumitur, & tunc nec etiam requiratur sententia nec citatio si interuenerit examinatio & discussio in præsentia , alias requiratur præsentia in sententia, quæ opinio in materia legis nostræ cócordat cum prima,quod in declaratione pretii & in conditione contractuum non requiratur præsentia,& tenendo eam responderi potest ad allegata per Bartol. ut hic per Iason.& primo , quia text. noster non infert necessario quod mora committatur , ex eo quia non se præsentauere partes ut posfit ferre sententiã,sed satis sufficit ꝙ non se p̃sentauerint ut posset informari de ualore & qualitate rerum,personarum,& loci.Nec obstat l.quod si nolit.§.siquid uenierit.quia ibi non requiritur præsentia partis ut res reddatur cum non haberet emptor cui restitueret,non autem in declarando quod uoluerit redhibere.Item ibi tractatur de actu qui potest præiudicare per solam pœnitentiam , ideo debet notificari,sicut etiam debet notificari reuocatio, lege unica.C.de satis. & ca. mandato.de procurato. Non obstat.l.3.§.sed si non constat. quia loquitur de informatione nó autem de sententia, & sic cócordat,uel loquitur de iudice qui nihil agit præiudiciale sine citatione,nó sic in arbitratore.Non obstat.l.legatum.de usufructu legato,quæ similiter loquitur de iudice non informato,item loquitur de actu dependente a uoluntate partium,quia illa contumacia debet fieri,& placeat partibus in quantum fieri potest,& facit lex solum . de alimen. & ciba. lega. Non obstat lex hac edictali, quia loquitur de arbitratoribus electis, qui debent iudici referre, & eligere, & deponunt tanquam testes , ergo iurare debent . dicta le.si quando.& capitulo nobis. ex. de testibus. Non obstat quod possent lædi , & quod possent trahere in suam personã , quia hoc potest etiam fieri in discussioné, & non requiritur in sententia,ut hic latius per Iaso. quibus responsionibus potes etiam addere eas quas ego latius supra posui .

Potest tamen dari alia quinta opinio . Aut sunt electi ut tanquam boni uiri debeant Iudica- re , & potest procedere opinio Bartoli lege so- lent. ff. de alimen. & cib. leg. & per Soccinum in fine primæ limitationis . Aut uero sunt electi ut debant iudicare tanquam arbitratores, secun- dum ius gentium, & tunc procedat tertia opinio quam tenet Iason . Aut uero sunt electi ut iu- dicent secundum eorum liberam uoluntatem, & tunc uidetur quod prima opinio posfit procede re,cum secundum ius naturale non requiratur ali qua solemnitas in iudicando , tamen etiam hoc casu æqua est tertia opinio , cum secundum ra- tionem naturalem , & discursum hominum quis non posfit bene se informare de negotio nisi au- ditis partibus, & citatio dicitur esse de iure na- turali , ut notatur in lege prima. C. de in ius uo cando . & clementina pastoralis. de re iudica- ta. & lege fina. C. de legib. unde hæc tertia opi- nio uidetur esse magis communis & rationabilis quam opinio Bar.

193 Et ideo Ias.&†Socci. dicunt opinionem Bart. iustificandam esse cum aliquibus limitationibus quæ mitigant rigorem ipsius ut quasi eam totam absorbeant.Et prima est limitatio quæ datur per illam tertiam opinionem ut non procedat quan do arbitrator fecisset sæpius discussionem in præ sentia partium , nam tunc poterit ferre senten- tiam sine præsentia earum per prædicta,& etiam princeps informatus de negotio potest ommit- tere citationem in sententia , ut nota. in lege fi- nali. C. de legib. quæ limitatio in effectu infert quod non est necessaria præsentia pro ualiditate arbitramenti, unde obstat una ratio , quod sicut requiritur præsentia in arbitrio ut ualidam assu mat fundamentum ualiditatis quia non habet iu risdictionem,dicta lege prima.& l.cum antea.C. de arbitris.ita etiam istud & fortius militabit in arbitratore,nisi dicamus quod in arbitro est ali- qua conuenientia cum iudiciali ordine.l.prima. C. de arbitris.in arbitratore uero non requiritur aliquis ordo iudiciarius,ex eo quia semper assu- mit naturam contractus ut sit quædam transa- ctio,ut per gloss.in authentica . ut differentes iu dices. §. primo.& no.in dicto. §.arbitrorum , & sic conclusio tenenda est contra Bart.quod nó re quiratur præsentia,quia iura hoc non dicunt , & procedit etiam quod non sit certa informatio , nam tunc erit nulla sententia, quia deficit infor- matio non partium præsentia .

194 Secundo† limitatur non procedere quando in laudo dicitur quod posfit procedi absentib.par- tibus & non citatis,quia tunc nullum est dubium quin posfit ualere sententia. leg.diem proferre. §. si quis litigatorum.ubi hoc dicitur in arbitro. cum glo.ff.de arbitr.& hoc est propter expressam concordiam partium. l. 1.§. & post operis.ff. de ope.noui nuntiatio.& l.si conuenerit.ff.de re iu- di.& tanto fortius procedere poterit in arbitra- tore,& hæc est communis practica moderna, quũ semper in compromissis dicitur ꝙ posfint pro- cedere

cedere de facto præsentibus uel absentibus partibus,& iudicare de iure quando sunt arbitri, si uero sunt arbitratores quod possint procedere de facto,& iudicare quoque de facto, idest secundum æquitatem iuris gentium, & propterea hæc secunda limitatio, & ipsa absorbet quasi totam regulam propter communem practicam notariorum, ut dicit hic Ioannes de Imol. Ludouic. Rom.& latius Alex. Sed potest dubitari an hæc clausula ualeat in arbitris qui eliguntur ex necessitate iuris,qui habent iurisdictionem, & ferunt sententiam iudicialem iux.no.in l. cum appertissimi,& l.fi.C,de iudiciis.Sed tamen adhuc limitatio procedit, quoniam si conuenirent partes ad huc ualeret sententia iudicis sicut potest per contumaciam non ueniendo ex sua uoluntate facere quod sententia ualeat,l. cum ab eo. C. quomodo,& quando iudex.

195 Tertia est limitatio† quando arbitrator ferret sententiam ultima die compromissi,quia illa habet uim citationis,ut est tex.in lege secunda.ante medium.in uerbo notus est omnibus dies fatalis, & ibi Bar.in primo no.C. de tempo. appellatio. & in l.qui ante calendas,in ultima col. supra eodem,& in spetie posuit Bal.in auth.ei qui. col. 2. C.de tempo.appella. & in cap. quintauallis. col. quinta.de iure iurand.& in cap.sancimus, quo tẽpore miles,Paulus de Castro, & latius Alex. hic cum concor.per eum adductis,& per Bart. in l. si de meis, supra de arbitris, quę sequuntur docto. allegati hic per Socci. quæ limitatio non habet difficultatem quando terminus est prefixus a partibus, quia debent esse memores ipsius. sed quando esset præfixus a lege uel statuto tunc est dubitatio, ut per Bart. in dicta auth. ei qui,quamuis Saly. ibi teneat contra Bar.& Bal. & Roma. & Alex.hic, possent tamen concordari opiniones, Aut terminus est multum notus, & procedit limitatio generaliter. Aut uero non est multum notus pro ut frequenter contingit quando terminus comprehendit solum dies iuridicos uel ex alio accidenti possent uariari, & tunc procedit alia opinio, quia possunt partes uerisimiliter ignorare quæ sit ultima dies termini.Sed tu considera quod hæc limitatio non probatur in arbitro uel arbitratore, quia iura solum loquuntur de iudice qui tenetur citare partes, & eis contumaciter absentibus potest ferre sententiam, nam ultimus dies termini habet uim citationis peremptorię ut per Bart.in l. idem Pomponius. §.ex compromisso.supra de arbitris.& l. qui ante calendas. supra eodem. ideo cum citatio non sufficiat ad ualidandum arbitrium, quia semper requiritur pręsentia, uel arbitramentum requirat pręsentiam secundum opinionem Barto. etiam cum citatione,eodem modo terminus peremptorius qui inducitur per ultimam diem instantiæ non poterit ualidare sententiam sine præsentia, unde solum limitatio poterit procedere quādo teneremus opinionem quod in laudo sufficeret citatio ad ualiditatem, sed quia conclusi quod non sufficit, nec etiam terminus peremptorius sufficiet,& per consequens limitatio non est uera, & tanto fortius, quia termino non apposito potestas arbitrandi durat perpetuo, & non reperitur ultima dies, & solum posset uerificari quando esset pręfixus terminus in compromisso. sed cum hodie per l. cum antea C. de arbitr. sit inductum quod laudum habeat uim sententiæ.l. cum antea.C.de arbitris.potest dici quod etiam arbiter inducit contumaciam,& quod sufficiet citatio sine præsentia, & ideo quoque ultima die termini præfixi a partibus inducetur illa contumacia,& ualebit sententia,nihilominus non bene probatur iure,& potius procederet in practica ex ritu quam de iure. Cessat tamen hæc difficultas propter clausulam ordinariam, quæ solet apponi (quod procedi possit absentibus partibus & non citatis.

196 Quarto† limitatur non procedere quando arbitrator potest procedere absque informatione partium,quod sæpissime contingit in arbitratoribus electis ad pretium quantum ualeat res, nã posset sine partibus se instruere, uel quantum in dotem dare conueniat, ut hic dicit Ias. referens Bald.in consi.64.tertiæ partis,& satisfacit tex.in l.cum post.§.gener.ff.de iur.dotium, tamen si esset dubitatio de quantitate bonorum patris, & conditionis non bene posset adaptari in dote hæc limitatio, quia requireretur saltem informatio habita ab ipsis partibus,ideo limitatio solum potest procedere in iis in quibus aliunde quam a partibus potest plenam informationem habere,& patebunt aliqua exempla in limitationibus sequentibus.

197 Quinto† limitatur non procedere quãdo quis habet arbitrari super electione aliquarum personarum uenientium ad aliquod commodum, ut puta si testator legauerit mille uni cõsanguineo, uel uni pauperi quem elegerit Titius. nam talis declaratio potest fieri absentibus partibus,& inter uiuos,& in ultima uoluntate,lege unum ex familia.§.primo,& sequenti, & lege cum pater. §. hæreditatem,& §.filia.& lege cum quidam.secunda.ff.de lega.secundo,& lege ex facto.§.si quis rogatus.ff.ad trebellianum.Ang. imo. Ro. & Alex. hic cum suis concordantib.quem sequitur Ias. & ratio assignatur per Socci.hic, quia iure proprio debet arbitrari,& habet facultatem præiudicandi partibus inuitis,per no.in l. serui electione. ff. de lega.primo.oportet tamẽ quod notificet hæredi uel alii cuius interest quod ipse talem elegit ut possit petere illum in spetie, argumento legis legato generaliter.ff.de lega.primo.Idẽ procedit in electione rerum.l.fi.§.sed & si quis. Cod. communia de leg. & lege prima, de op. legata, & probatur in dicto.§.hæreditatem,& dicto. §. si quis rogatus,ubi erat deportatus,ergo uerisimiliter non interueniebat præsentia partium,sed tamen hæc limitatio debet intelligi de electione rerum,sed in electione episcoporum uel canonitorum tunc est maior dubitatio, tamen Soccin. hic in uersi.quando.tenet nõ requiri præsentiam partium,quia poterunt eligere sine præsentia,& cita

ne Canonicorum si ipsis commissa fuit, secundũ Bald.in dicta l.fin.& assignat rationem, quia fit super re non litigiosa,& nõ fit præiudicium,quæ tamen ratio non est bona,quia licet non fiat præiudicium electo,tamen fit præiudicium aliis prætendentibus eligi,& ipsis canonicis compromittentibus,unde ratio est,quia non est necessario informatio habenda a partibus, quia eam potest de per se habere seu ab omni alio, ideo si esset necessaria informatio de eligendo, uel esset certa forma præfixa, prout de iure uidetur tradita, in cap.in Genesi,de electione, & clemen. prima. de electione, esset necessaria citatio, & illa forma seruanda.

198 Sexto†limitatur non procedere quando assumptus esset arbiter ut inducaret & ferret sententiã certam,nam cum certa sit potest iudicare absentibus partibus,quia lædi non possunt,& non obstat l. qualem, supra de arbitris, quæ uult quod non ualeat tale compromissum, nam respondetur quod loquitur de arbitro, secus in arbitratoribus,ut per Ang.in l.si conuenerit, supra de re iudi.& sequitur Socci.hic.

199 Septimo†limitatur procedere quando remissum fuit simplici conscientiæ arbitri, quia tunc potest absentibus partibus iudicare, secundum Bal.in l.certum,secunda col.C.unde legiti.& leg. qui se patris. C. unde liberi. Alex. in consi. 217. col.2.& glo. solennis in Clem. prima. de officio delegati,sequitur Roma.in Rub.de arbitris, qui in terminis hanc quæstionem ponit, & decisionẽ Bal.sequitur Alex.in l.de unoquoque,col. penul. ff.de re iudi.& in consi.217.illis uerbis. lib. 2. & confirmat Ias.per dictum Bal.in lege 2. in quarto not. C. de fideicommiss.qui uoluit,quod commissum ad conscientiam uidetur commissum ad ueritatem,& sufficit quod sit æquum de iure gentium,& uidetur communis* opinio, Ias.tamẽ hic contrarium tenet, quia terminus conscientiæ importat arbitriũ boni uiri,&non liberam uoluntatẽ,secundũ Bal.in l.fi.C.de iur.dom.imp.& l. nulli,in 3.col.C.de episco.& cleri. canonistæ in cap. statutum.§.assessorem.post glo.singularem ibi.de rescrip.in 6. Sed quando commissio fit alicui per uerba importantia arbitrium boni uiri debent partes citari ut tenet Bald.in l.captatorias. in 3. quæstione.C.de milit.testam. Secundo adducit, quod Papa,Imperator,& similes possunt iudicare secundum conscientiam,ut per Bart. referentẽ Theologos in l.unica ad finem. C. ut quæ desunt aduo. & tamen in eorum sententia requiritur citatio cap.primo.de resti.spoliato. & cap. nos in quemquam.secunda quęstio.prima.cum aliis hic adductis per eum.

200 Tu uero dicas†quod hoc ultimum de principe procedit quando iudicat de lite in qua tenetur citare partes,quia citatio est de iure diuino, & naturali,sed arbitrator non procedit iudicialiter,& sufficit quod sit informatus de ueritate, unde potest ipse se informare, & alium de conscientia suam certificare, & pronuntiare etiam absentibus partibus nec interrogatis. Ad secundum quod significat arbitrium boni uiri dicitur quod procedit quantum ad substantiam decisionis,quantum autẽ ad modum se informandi potest ipse capere aliunde, & non a partibus notitiam facti,& aliquando partes conueniunt,quod arbiter non loquatur cum aliquo eorum,non negant tamen doct. quod non requiratur informatio,sed dicunt quod debet summere a partibus, & sufficit aliunde assumere, unde remanet, quod limitatio potest procedere cum per talem remissionem uidentur uoluisse in omnibus procedere secundum conscientiam, & ita intellexerunt doct.tamen ut euitetur difficultas,opportet quod in tali remissione asseratur per partes quod causam remittunt conscientiæ suæ tam in modo procedendi,quam in decisione, cum si tantummodo uerba respicerent decisionem tantum militarent rationes adductæ per Ias. & limitatio non esset uera.

201 Octauo limitatur†non procedere in calculatoribus assumptis a partibus qui habent uidere libros calculi rationum,& iudicare quis est debitor,& creditor,nam ipsi possunt hanc declarationem facere sine præsentia partis, & sine aliqua informatione ab eisdem sumpta,per tex.in lege secunda.§.sed si de frumentaria,& ibi Bar.infra de administra.rerum ad ciuitatem pertinentium,in uerbo, & si contra absentem pronuntiatum est inanis est quærella, & ibi glo. in uersi. inanis, in spetie declarat,& Bar.adhoc not. assignat rationem,quia cum non requiratur alia commissio nisi computatio rationum potest sententia ferri in absentes,inferens quod reuisores rationum communis ciuitatis possunt pronuntiare officialem præteritum esse debitorem ciuitatis eo absente, & non citato.Ias.uero dicit se habuisse de facto hunc casum, & quod contrarium tenuit Bal. in l. hac ædictali.§.iis illud colu.2.C. de secundis nuptiis, ubi tenet quod quando consules mercatorum eligunt calculatores ad calculandum rationem uel libros,debent iurare,per illum tex.& partes debent interesse,aut adhoc citari,ut in simili dixit Bar,in l.Theopompus.ff.de dote prælegata,& sequitur Paulus de Castro in lege.2. ad finem.C.ubi de curio.uel cohortales, & Panhor. in cap.ad nostram,de iureiurand.& cap. ex insinuatione,ad finem,de appellationibus,& in cap. bonæ. primo, in quarta colum. cum simil. infra allegandis.

Sed primam opinionem sequuntur communiter* docto.ut hic per Socci.pro qua facit,quia calculatio est quædam res certa,& a scripturis certis assumitur unde non indiget aliqua informatione extrinseca, sicut dicitur de mensore mensurante,& ideo potest absentibus partibus, & per epistolam uotum suum declarare,l.1.in fi. cum sequenti.ff.si mensor fal.mod.dixe. unde dicũt philosophi, quod mathematica est certior scientia quam alia quæ reperitur quia a certis principiis dependet. Nec obstant allegata per Ias. quia illa procedunt quando in libris reperiuntur aliquę partitæ dubiæ quas calculatores nolunt facere bonas

re bonas tanquam non pertinentes ad negotiũ, uel tanquam non adducant causam certam, uel aliquod simile eueniat, propter quod nolint dictas partitas in negotio de quo litigatur facere bonas, nam tunc cum tractetur de præiudicio alterius, & partes possint allegare rationes propter quas debent partitæ computari, & connumerari in dicto negotio, & tunc iustissimum est, quod iurent, & debeant audire partes, & ab eis se informare, & sic allegata per Ias. faciunt restrictionẽ ad limitationem non autem impugnant eam, & sic opiniones possunt concordari. uidi tamen in facto seruari quod illi calculatores faciũt bonas partitas secundum, quod sibi uidetur, & quando scriptura non est clara, uel causa non apparet, eas non computant, & condemnãt administratores, sed postea ipsi condemnati appellãt ad iudicem, & probant iura sua, & faciunt dictas partitas computari, & auditis allegationibus partium, & sæpissime uidi has condemnationes maxime quantitatis reduci ad minimam, & quasi ad nihilum in causa appellationis.

202 Nono limitatur† quando ille qui arbitratur nõ habet aliud facere nisi referre mentem alicuius tertii qualis fuerit uoluntas testatoris circa dotẽ filiæ, nam non est opus citare partes, ut refert Bar. in d. leg. Theopompus, supra de dot. præleg. Anto. in cap. ueniens. el primo de testibus, & hic Alex. & Socci. quia tunc iudicat ex proprio sensu, sed Ias. in contrarium adducit in cap. 2. in 5. col. de testibus, ex capite quod de furore, & de iuramento non debet stari dicto notarii nec iudicis, ut possit dicere quod non est ille. sed tu dicas, ꝙ limitatio est uera intellecta prout refertur in d. l. Theopompus, ut quod sit commissum ipsi tertio ut referat uoluntatem testatoris quam ipse asseruit se eidem declarasse, quia tunc ille non habet aliud facere nisi referre quod sibi dictum fuit a testatore, & ideo proprie est testis non autem arbiter, & hoc habet speciale ut propter approbationem ipsi soli credi debeat contra regulam ubi numerus. ff. de testibus. si tamen eueniret, ꝙ postea partes nolent stare dicto suo, & litigarẽt de principali negotio, tunc si examinaretur tanquam testis cum iuramento deponere deberet. sin autem contingeret quod testator non declararet suam uoluntatẽ illi, sed assereret quod reliquisset dotem arbitrio ipsius Theopompi, uel secũdum quod ipse declarabit, tunc diceretur esse arbitrator, & contineretur in regula, & non procederet limitatio.

203 Decimo† limitatur non procedere quando certum est illi absenti aliquam defensionẽ non competere, nam tunc arbitramentum ualet sine præsentia partis, ista enim tenet Bar. in dicta l. ij. §. quod si de frumẽtaria, allegando rationem, quia in dicta calculatione apparet quod nulla competit exceptio, & tenet, limitat & tenet Abb. in cap. primo. in ij. col. in princi. de causa poss. & proprie & in cap. cum sit Romana. prope finem. ff. de appella. & idem Abb. in cap. causam quæ in prima col. ad finem, de rescrip. & in cap. uestra, prope finem, de cohabi. cleri. & mul. & in cap. cum olim. in 6. col. de re iudi. & in consi. 68. secundo uol. incipiente quamquam super uacatione, & confirmat Ias. per tex. clarum in cap. cum sit Romana, in uersi. fi. de appella. qui dixit quod in facto notorio potest ferri sententia contra absentem non citatum, quia constat ei nullam defensionem cõpetere, alias secus, ut ibidem dixit Abba. in pen. no. per quæ comprobantur multæ ex præcedentibus limitationibus, & addit Ias. quod ubicunque ius partium est redactum in scriptis, & datum in manibus iudici potest iudex procedere etiam absentibus partibus tanquam super notorio, quia in tali casu certum est aliud ius partibus nõ cõpetere, ut dixit Abb. in cap. ex insinuatione, ad finem de appellatio. in 6. sed tamen hoc ultimum uidetur esse contra communes regulas, quoniam facto & concluso processu omnia iura partium sunt redacta in scriptis per processum, & tamen non potest ferri sententia absentibus partibus l. cum ab eo. C. quomodo, & quando iudex, cum similibus. unde solum posset procedere quando partes ipse confiterentur iura sua dedisse ex propria uoluntate, & tunc nec etiam tanquam iudex posset ferre sententiam eis absentibus, sed solum tanquam arbitrator, ex eo quia esset plene informatus.

204 Per quas limitationes† doct. simpliciter determinant hanc materiam, sed tamen quia non perfecte resoluũt eam, tu breuiter distingue. Aut enim summus in iudice, & tũc conclusio omnium est quod sententia non ualet absentibus partibus nisi notorie constaret quod nulla competeret exceptio, ut statim dictum fuit, & solet contingere in casibus in quibus princeps potest inuitis partibus præiudicare, ut quando legitimat filium uiuente patre in præiudicium agnatorum, nam tunc quia ipse potest eis inuitis præiudicare non est necessaria eorum citatio, sed si legitimaret post mortem patris, quo casu esset ius quæsitum, & princeps non posset præiudicare regulariter, & sic posset competere exceptio, tunc esset necessaria citatio, l. nam ita diuus. ff. de adoptio. & plene habetur per Bar. in l. Gallus. §. & quid si tantum, in fi. col. & ibi per doct. alios. ff. de lib. & posthum. si uero nos summus in arbitris, & tunc similiter regula datur, quod nõ potest absentibus partibus arbiter iudicare, per dictam l. diem proferre. §. si quis litigatorum, fallit quando apposita fuisset clausula prout quotidie seruatur, quod arbiter posset procedere præsentibus, & absentibus partibus uocatis, & non uocatis, secundum Ang. hic, & dictum fuit in prima limitatione, quia nihil aliud habet facere nisi sequi uoluntatem partium. lege prima. §. & post operis. ff. de oper. nou. nuntia. & l. si conuenerit, supra de re iudi.

205 Opportet† tamen (ut dicebat Iacobus) quod addatur (partibus absentibus) & non uocatis, quia si non exprimeretur, intelligeretur de absentibus citatis, ut per speculatorem in titulo de arbitris. §. recipere, ad finem. facit dicta lex, diẽ proferre. §. si quis litigatorum, sed aliqui Mod.

contradicunt, quia uerbum (absentibus) nihil operaretur, cum citati proprie non dicantur absentes sed habentur pro præsentibus & eis æquiparantur, lege etiam. §. fi. supra de min. uidentur tamen postea resoluere quod si apponantur in actu laudandi tantum sit dicere præsente, sicut citato, sinautem erant apposita in actu procedendi, ut quod possint procedere partibus absentibus, & non citatis, non erit necesse quod in examinatione partes sint præsentes. Alii etiam dicunt quod speculator loquitur in arbitro. unde Socci. tenet quod in arbitro illa uerba operarentur plene, quoniam utrunque copulatiue requiritur, & quod sint citati, & quod actualiter sint presentes, ideo dispensatio facta de absentia non includit causam de citatione, quia in expresso potest operari aliquid, si uero sumus in iudice uel arbitratore, in quibus unum solum requiritur, uel præsentia, uel citatio, & tunc dicendo (partibus præsentibus, & absentibus) dispensatio facta fuit de præsentia & includit etiam citationem, quia unũ sufficiebat, & cum unum tantum sufficeret non potest aliquid operari in præsentia, nisi etiam censeretur dispensatum in alia, parum enim prodesset quod esset dispensatum de absentia, ut illa non impediret nisi etiam esset inclusum quod nõ requireretur citatio, & hoc puto uerius. Igitur est solum inuestigandum an illa duo copulatiue requirantur, & tunc dispensatio facta de uno intelligitur etiam facta de alio, alias nihil operaretur in expresso, & uerba extenduntur ubicunque in casu expresso nihil operarentur, ut not. in lege si quando. ff. de leg. primo. & lege prima. C. de pact. dum Decius ibi infert ad statutum disponens quod non extantibus masculis fœminæ succedant, nam ne efficiatur inutile, intelligitur disponere, quod extantibus masculis fœminæ non succedant.

206 Sin autem † sumus in arbitratoribus, & tunc aut sunt arbitratores assumpti super lite seu super controuersia litiganda, & tunc procedit tertia opinio supra relata, & defensata ab omnibus obiectionibus, ut si non est capta informatio præsentibus partibus requiratur in sententia presentia earum per rationes & fundamenta adducta per Bar. & alia pro eius parte. si uero ab ipsis partibus fuit bene informatus, & tunc in sententia non requiritur præsentia partium, quoniã sufficit informatio arbitratoris, & non requiritur aliquis ordo iudiciarius, & ita procedunt allegata per illum aduocatum antiquum, & Franciscum de albergo. & communiter* canonistas in dicto cap. quintauallis, per allegata pro alia parte, sin autem sumus in arbitratoribus electis ad contractus, seu pro discordia conuentionali, & tunc sumus in materia legis nostræ, & procedunt quasi omnes limitationes supra narratæ, per quas datur generalis distinctio. Aut potest aliunde se informare sine loqutione partium uel ex suo iudicio, ut in mensore & in calculatoribus & alijs similibus, & tunc nũquam requiritur præsentia partium. l. fi. C. de contrahend. emp. cũ suis concord. & alijs positis in limitationibus aliquibus supra traditis. si uero non possunt arbitratores aliunde se informare nisi per uocem & allegationem partiũ, & tunc requiritur presentia uel in informatione uel in sententia pro ut dictum fuit de arbitratore ad lites, sin autẽ nos summus in eo qui est deputatus super electione plurium rerum deputatarum, uel plurium personarum, & tunc regula est fienda quod electio fieri poterit absentibus partibus indistincte, ex eo quia ipsi concessa est naturalis facultas eligendi ex proprio arbitrio etiam inuitis partibus, ut est tex. in l. cum pater. §. si quis rogatus. 2. ff. ad trebellianũ, cum aliis adductis per docto. in l. serui electione, cum materia. ff. de lega. primo. secundum tamen distinctionem positam supra in alia limitatione, nisi aliqua forma in electione seruanda esset ex dispositione legis, & hæc de hoc tertio articulo principali.

207 Quarto † ulterius quærit Bar. hic ingrediendo alium quintum articulum principalem, quanto tempore duret uel finiatur arbitrandi potestas, & dicit quod de arbitro no. in l. sed et si compromissum. supra de arbi. ubi glo. fi. dicit quod durat ultra triẽnium, & no. per Cy. in l. properandum. §. sin autem, in medio. C. de iudi. in arbitratore uero non est bene decisum quomodo finiatur arbitrandi potestas, duo tamen sunt casus principales per quos finitur, per uoluntatem, & per impotentiam, iuxta tex. in dicta lege fin. & in dicta lege si merces, & in §. pretium. ibi, si noluerit uel non potuerit, & additur etiam tertius casus, quã do labitur tempus præfixum a compromittentibus, uel a statuto, & quoniam iste tertius casus est notus, quod finito tẽpore præfixo a compromittentibus uel lege expirat arbitrandi potestas, cũ illa tota dependeat a compromisso. l. non distinguemus. §. de officio. ff. de arbi. Ideo Bar. solum instat quando finiatur per uoluntatem, & per impotentiam, & primo facit unum præsuppositum quod finiatur per uoluntatem si claris uerbis dixit se nolle assumere tale onus arbitrandi, quia non cogitur arbitrari, sed si tacuit non negando neque acceptando dubium est quanto tempore duret ista potestas arbitrandi, ut præsumatur tacite nolle arbitrari uel renuntiare, in quo Bart. dicit tres casus esse considerandos.

Vnus est quando remittitur in arbitriũ unius ex contrahentibus aliquod substantiale, & tunc per duos menses (si tacuit) finitur talis potestas, lege quod si nolit. §. si quid ita. ff. de ædili. edicto. ubi si quis emerit equum uel mancipium, & dicat quod redhibeatur si sibi non placuerit, potest arbitrari sibi non placere infra tempus præfixum a contrahẽtibus, & si non est appositum tempus, infra sexaginta dies, & sic quando remittitur illud substantiale, si non placuerit emptori, finitur infra duos menses illa arbitrandi potestas, & illum tex. uult procedere Bar. generaliter in omnibus casibus in quibus remittitur substantiale in arbitrium partium.

Secundus casus est, quando remittitur unum acci-

accidentale in arbitrium unius ex contrahentibus, & tunc dicit Bar. si tacuit finitur arbitrandi potestas, quam primum potuit & non fecit, per tex. in l. hæc uenditio. ff. de contrahend. emptio. ubi in arbitrium domini est remissum illud accidentale (si seruus reddiderit rationes) & dicitur quod si potuit recipere rationes, & noluit adimpleta est conditio, & sic finitur arbitrandi potestas statim quod potuit & non fecit, ad idem allegat legē hæc conditio. la picola. de conditio. & demonstratio.

Tertius casus est, ubicunque actus uel contractus remittitur in arbitrium tertii, & tunc dicit si tacuit per unum annum finitur arbitrandi potestas, per tex. in lege fin. §. sed & si quis. C. communia de leg. ubi dicitur quod legato seruo quem optauerit Titius si stetit per annum quod noluit uel non potuit non extinguitur legatum sed trāsfertur in ipsum legatarium qui eligat mediocrē, ergo dum dicit ipse, est speciale ut transferatur in legatarium, regulariter finitur per annum arbitrandi potestas, nec dicatur, subdit ipse, quod sit speciale in ultimis uoluntatibus, quia quod finiatur anno non est speciale sed regulare, & solū est speciale quod transferratur in personam legatarii, uel dicas quod est speciale, ut illa uerba (quem elegerit Titius) non exponantur cōditionaliter, sed intelligantur modaliter iuxta distinctionem quam ipse dedit in quarta limitatione, & hanc distinctionem dicit procedere in contractibus, in ultimis uero uoluntatibus recurrendū esset ad distinctionem positam in lege. 1. ff. de lega. 2. ut hic latius per eum.

208 Ex cuius dictis † colliguntur quatuor principales conclusiones, & prima est, quod arbitrādi potestas finitur per noluntatem siue expressam quā do dixit nolo acceptare, uel renuntio, siue tacitam quando tacuit per aliquod tempus, & sequūtur communiter* doct. Lanfrancus uero de oriano in tracta. de arbitris. 19. quæstione, dicit quod imo nunquam finitur per noluntatem, quoniam iudex semper poterit cogere eum arbitrari, per tex. in l. 3. §. 1. ff. de arbit. & si uerum esset quod finiretur arbitrandi potestas eo nolente frustratorium esset dicere quod cogeretur arbitrari a iudice, sed communiter docto. tenent opinionem Bar. & dicunt quod ipse nō bene uidit illum tex. qui in principio uult quod si ille non uult acceptare onus & arbitrari quod non potest cogi, sed si ipse acceptasset & sordibus uel pecunia desisteret, tunc potest cogi, unde dicunt quod conclusio Bart. uera est antequam ipse acceptauerit, quia non cogitur acceptasse, sed postquam ipse acceptauit, tunc procedit opinio Lanfranchi quæ & ipsa communis est, & probatur quasi per omnes leges illius tituli dicentes, quod potest cogi, & hoc in arbitro clare, in arbitratore uero non reperitur aliqua lex quæ hoc dicat, nisi tex. in dicto §. sed & si quis. ibi, si noluerit uel non potuerit, qui tamen non clare probat, ex eo quia transfertur in ipsum legatarium, tamen communis* est cōclusio quod idem sit in arbitratore, ut antequam acceptet non possit cogi, & extinguatur potestas per noluntatem, & postquam acceptauit ipse possit cogi, & tenet Bar. in l. a filio, in princi. de alim. & ciba. legatis. & l. 3. §. ammittere, per illum text. ff. de iis quibus ut indignis, gloss. & omnes in dicta lege fin. C. de contrahend. empt. & sequuntur hic Ias. & Soccin.

209 Et ego etiam † puto uerum, nam non debet esse in potestate unius priuati facere, quod alter cogatur se intromittere in negociis suis, & forsan ommittat propria, quia hoc solum permissum est in tutore qui datus a testatore cogitur gubernare pupillos, uel se legitime excusare, ut est tex. insti. de excusatio. tuto. in princi. quia tutela est onus publicum. potestas uero arbitrandi nō est munus publicum sed uolūtaria susceptio. ideo omnimodo antequam suscepit non poterit cogi, dicta lege 3. §. fi. ff. de arbi. in primo responso. Si uero acceptauit & tunc poterit cogi, quia tūc semetipsum obligauit & tenetur subire onus, per l. sicut. C. de actio. & oblig. ideo tunc ne partes stent in suspenso per suam negligentiam poterit cogi arbitrari, & non poterit finiri potestas arbitrandi per noluntatem expressam neque tacitam.

210 Secunda est † conclusio Bar. quod quando arbitramentum confertur in unum ex contrahentibus circa formalia contractus quod tunc duret, 60. diebus, per dictam l. quod si nolit. §. si quid ita. ff. de ædilitio ædicto. cum Bar. tenent Ioannes de Imol. Cuma. Paul. de Castro, & Alexand. hic, & Bal. in lege multa, in principio. ff. de conditio. & demonstratio. Imo. in repeti. cap. quintauallis, in 50. colu. de iureiurand. sed Aug. & Roma. hic, & Bal. in cap. si inter pares, in secunda colum. de legibus Corradi. reprehendunt hanc cōclusionem, uolentes quod hoc casu finiatur potestas arbitrādi quam primum potuit, & non fecit, per dictam l. hæc uenditio, quæ non tantum loquitur in accidentalibus sed etiam loquitur in substātialibus, ex eo quia ibi totus contractus erat remissus in arbitrium domini uendētis, quoniam totus erat effectus conditionalis, ut ibi declarat tex. dum allegat rationem, quod non debet esse in potestate rei an ipse sit obstrictus, & quamuis reddere rationem sit accidentale in contractu, tamen quia illud erat positum in contractu perficiendo totus contractus erat effectus conditionalis, per ea quæ dicunt hic doct. communiter, & ideo in effectu substantialia contractus erunt remissa in arbitrium partis, & nihilominus dicitur, quod arbitrandi potestas finitur quam primum potuit accipere rationes & noluit, cum addat adimpletam esse conditionem, & contractum habere effectum, & facit etiam tex. in dicta l. hæc cōditio, quæ generaliter loquitur tam in legatario quam hærede, & legatum deficit totum deficiente illa conditione, & ad tex. in † dicto. §. si quid ita. dantur uariæ responsiones quas refert Soccin. hic, & Ias. diuerso ordine, & prima datur responsio, ꝙ imo ille tex. non loquitur in substantialibus, quia imo illud non est uerum secundum Bal. in dicto 211

cap.quint.uallis.Cum ibi non fuerit factum compromissum de substantia contractus, quoniam non potest compromitti in alterum ex contrahẽtibus circa substantialia,per regulam positam in l.in ementis.C.de contrahend.emptio.& l.quod sæpe.§.primo.ff.eodem titulo,unde dicunt quod ibi remissum fuit quoddam accidentale super cõtractu perfecto, id est si displicuerit qualitas rei uenditæ, & ibi fuere duæ conuentiones, una de uenditione facta,quæ fuit pura, & alia de redhibitione & reuocatione contractus quæ fuit conditionalis,si displicebat,& hæc displicentia,& reuocatio erat quoddam accidentale super Ipso cõtractu tam perfecto.ideo ibi ualet, & procedit ille tex.ut infra duos menses possit redhiberi,& uidetur sequi Soccin.hic post Lanfrancum in dicto tracta.de arbitris.in quæstio.194.sed Ias.hic conatur saluare Bar.dicẽs quod ipse qui est lucerna & magister omnium legistarum non fuit ita supinus quod ignoraret substantialia non posse conferri in arbitrium unius ex contrahentibus, quia hoc supra posuit in multis locis, cum ministerio posuit in casibus permissis. unde hic intellexit quando confertur res ipsa in arbitrium quæ dicitur esse de substantialibus contractus, cum sine re uenditio esse non possit.l.domum.ff. de contrahend.empt.& conferrendo placitum super re uẽdita uidetur remisisse substantialia contractus in personam ipsius emptotis.

212 Sed hæc† saluatio Ias.non tollit totum contrarium,ex eo quia Bal.cum concord.dicebat,quod erant duo actus,uenditio facta de re, & conuentio de redhibendo ipsam rem, quæ conuentio dicitur esse quoddam accidentale super contractu uenditionis iam perfecto,& illa displicentia accessoria ad illam conuentionem erit quoque de accidentalibus uenditionis perfectæ, allegata autem per Ias.possunt procedere quando ipse contractus uenditionis esset remissus in placitum ipsius emptoris,iuxta tex.in §.sed emptio. insti. de emptio.& uenditio.& dum Ias.hic ita respondet, præsupponit simul cum Barto. quod in dicto.§.si quid ita.erat remissus totus contractus uenditionis in placitum altetius.unde habes duos intellectus ad illum tex.qui æquiuoce præsupponuntur per docto.in hac lege, & in aliis locis, unus est quod ibi totus contractus fuit remissus in placitum emptoris, Alius est quod ibi uenditio fuit perfecta,sed postea facta fuit conuentio de distrahendo & redhibendo si res ipsa non placuerit, & iste intellectus mihi magis placet quod ibi fuerint duo actus,& probatur, quia text. dicit, si quid uenierit,in tempore perfecto,ideo præsupponit uenditionem perfectam cum precio certo ut omnes conueniunt,& postea dum addit,& nisi placuerit redhibeatur,agitur conuentio de distrahendo in casu quo in futurum non placeat, sicut in simili dicit tex.in l.1.& 2.de leg. com. & l.2.ff. de in diem adiectio. quod ibi uenditio est pura,& resoluitur sub conditione.& propterea ille tex.differt a §.sed emptio.insti.de emp. & uendi.quia ibi uenditio fuerat tota collata in arbitrium actoris,dicendo uendo (si tibi placuerit)& in dicto.§.si quid ita,erat perfecta uenditio pure,& postea resolutio facta sub conditione,si placuerit,& ita tenendum est,tamen etiam stãte hoc intellectu potest saluari Bar.quod ibi substantiale fuit remissum,quoniam distractus & ipse est cõtractus habens sua substantialia,& cum totus distractus fuerit remissus in arbitrium emptoris,in effectu substantiale unius contractus fuit remissum in arbitrium unius ex contrahentibus,unde hæc obiectio non stringit contra Bar. quocũque modo intelligatur ille tex.ideo secundo respondetur ad illum tex.quod non facit pro Bart.quia ibi contractus substantiale fuit remissum in liberam uoluntatem, hic uero agimus de contractu remisso in arbitrium,sed Alexa. etiam defendit, quia imo ibi remittitur in arbitrium, & non in liberam uoluntatem,quoniam uerbum (placuerit) denotat arbitrium boni uiri,l.Thais.§. sorori,ff.de fideicommiss.lib.quod etiam mihi placet,sed tamen responsio non est necessaria neque obiectio stringit,quoniam etiam quod remitteretur in liberam uoluntatem idem esset quantum ad propositum nostrum,& non interesset per quẽcunque modum remittatur de illis octo supra positis in præmissis, quia hæc potestas arbitrandi suo tempore finiri deberet,& ideo tota ista quæstio debet intelligi generaliter per quemcunque modum fiat remissio in personam unius ex contrahentibus,unde obiectio non facit.Ideo tertio modo Rom.dicebat quod tex.in dicto.§. si quid ita,non probat intentionem Bart. quia loquitur in diuersis terminis, scilicet in tempore præfixo redhibitioni & restitutioni actuali,non autẽ declarationi tantum,quia non sufficeret quod emptor diceret rem sibi displicere in præsentia uenditoris,nisi etiã infra illos sexaginta dies actualiter restitueret, bene est uerum quod si emptor inciperet a redhibitoria restituendo infra sexaginta dies hoc ipso diceretur displicentiam suã declarare,l.Paulus respondet. Infra rem ratã haberi,& ita procedit illud quod dixit Alexan.hic pro saluatione Bar.qui reprehendit hanc solutionem Roma.

213 Tu uero † dicas quod imo obiectio Roma.non stringit,ex eo quia si erat conuentum ut redhiberetur si displiceret erat commissum arbitrium de displicentia quæ semper erat præambulum necessarium ad ipsam actualem redhibitionem,& non poterat ipse actualiter redhibere nisi præcederet tacite illa displicentia, quæ erat causa potestatis actualis restitutionis.Ideo tenendum est,quod ille tex.loquitur de potestate arbitrandi quæ finitur per sexaginta dies, & tantum est dicere,quod non potest redhibere post illud tempus,quantum est dicere quod finitur arbitrãdi potestas,quia hæc duo ibi sunt connexa. Ideo nec etiam hæc obiectio tenet.

214 Quare† quarto modo respondebat hic Ang.ut refert Ias.in principio cõclusionis,quod ille tex. non probat quia loquitur in diuersis terminis, attento quod loquitur in redhibitoria quæ habet tempus præfixum a lege,unde ibi finitur arbitrandi

trandi potestas non per solam uoluntatem, sed quia illud tempus est præfixum a lege illi actioni redhibitoriæ, & sic loquitur in casu spetiali qui non potest tr-hi in consequentiam, sed Alex.respondebat dicendo Ang. errare in terminis, eo quia in actione redhibitoria non præfigitur terminus duorum mensium, sed prefigitur terminus sex mensium, ut dixit tex. in l. cum sex menses. ff. de ædilitio edicto. & l. 2. C. de ædili. actio. ideo cum ille tex. loquatur de duobus mensibus apparet quod ibi tempus non est secundum naturam redhibitoriæ, sed uenit præter naturam, quia assignatur ad potestatem arbitrandi, & ille tex. demonstrat quod generaliter per duos menses finitur per uoluntatem arbitrandi potestas. Ias. uero replicat defendendo Ang. quod ipse non ignorauit redhibitoriam habere tempus sex mensium, dicta lege cum sex menses. cum concordanti. quādo fit redhibitio ratione morbi & uitii, sed aliud tempus etiam præfixum fuit redhibitoriæ, quando redhibetur res propter displicentiam, quod fuit tempus præfixum ipsi actioni ex natura displicentiæ, & ideo loquitur in casu spetiali, & de tempore attributo actioni, & non potest trahi in consequentiam, & sic adhuc non probat opinionem Bar. & hoc uidetur sequi Ias. hic, & etiam Socci. qui tenent quod quando remittitur substantiale arbitrandi potestas finitur quam primum potuit & non fecit, cum communi opinione per dictam l. hæc uenditio. sed tamen adhuc tu potes defendere Bar. & Alex. quia ipsi faciunt unum præsuppositum quod non probāt, ut tempus duorum mensium sit præfixum actioni redhibitoriæ quando ratione displicentiæ fit redhibitio. nam de hoc non reperitur nisi ille tex. qui hoc nō probat, imo magis conuenit intellectus Bar. quod extrinseca causa sit præfigendi illum terminum propter illam potestatem arbitrandi, & cum iuriscōsultus putauerit, quod illa uoluntas declaretur per duos menses in illo casu contra naturam redhibitoriæ quæ habet sex menses, eodem modo hoc uidetur esse rationabile in omnibus aliis casibus in quibus potestas arbitrandi remittitur in arbitrium contrahentium, & sic adhuc probat conclusionem Bar. unde resoluas ut dicam in sequen. conclusione.

215 Tertia† est conclusio Bar. quod ubicunque aliquod accidentale remittitur in arbitrium unius ex contrahentibus quod tunc finitur potestas arbitrandi quam primum potuit & non fecit, per tex. in dicta lege hæc uenditio. & in dicta l. hæc conditio, quam conclusionem sequuntur omnes *consentientes in hoc Bar. per dictam l. hæc uenditio. tamen dum allegat l. hæc conditio. aliqui dicunt quod illa nihil facit quia loquitur in casu diuerso quando conditio debet simpliciter adimpleri absque discussione alicuius negocii, ideo quam primum potest uenit implenda, sed in arbitratore requiritur discussio quæ præcedat, ut supra diximus in alio articulo, ideo non probat in terminis, sed tu dicas quod imo etiam ille tex. probat, quia quod debeat precedere discussio nō impedit quin ammittatur potestas quamprimū potuit, seu adimpleatur conditio, quoniam solum illa discussio operatur ut longiori tempore uideatur potuisse facere, & non fecisse, non autem quod non sit uerum, quod adimpletur quam primum potuit & non fecit, & in dicta lege hæc uenditio est conditio illa potestatiua, & æqualis

216 ratio est in utraque lege. ideo dicas † quod hæc conclusio Bar. per rationem utriusque legis probatur & tenenda est, sed eam ampliant doct. procedere etiam quando remittitur substantiale, quia etiam illo casu adimpletur conditio quam primum potuit facere & non fecit, per dictam l. hæc uenditio. quæ loquitur etiam in substantialibus ut ille text. dixit. & supra firmatum fuit, & etiam dicta l. hæc conditio loquitur de substantialibus, cum totum legatum remissum fuit in adimplementum illius conditionis, & uere hæc differentia no. probatur iure, & tenenda est omnino hæc opinio quod indistincte tam quando remittitur substantiale quam etiam quando remittitur accidentale ut finiatur arbitrandi pote

217 stas quam primum potuit & non fecit. Et ad† dictum. §. si quid ita, in quo se fundat Bart. pro sua differentia responderi debet ut dicit Socci. infra in fi. quod ille tex. determinat omnia iura de materia, & ipse etiam ab aliis iuribus determinatur, cum & ipse tex. loquatur in accidentalibus quoque & in substantialibus diuersis respectibus, & ideo dicendum est quod ille tex. uoluit tollere lites, & discordias contrahentium, nam posset euenire facillime quod nō poterit probari quo tempore potuerit, & non fecerit. unde ualde faticarentur partes in istis probationibus, ut diminuatur labor induxit ille tex. quod per duos menses probetur potuisse facere, & non fecisse, & ideo erit necessarium quod qui non uult limitari per illud tempus probet aliquod impedimentum cōtinuatum quod non potuerit facere, ideo ille tex. determinat omnes casus in quibus remittitur aliquid in arbitrium contrahentium, ut si per certas probationes aliud non appareat præsumatur potuisse facere, & non fecisse per lapsum duorum mensium. ideo dicas quod finitur arbitrandi potestas quamprimum potuit & non fecit. sed hoc quamprimum posse & non fecisse declaratur per duos menses, nisi contrarium concludenter probetur.

218 Quæ conclusio† ualde est notanda, ex eo quia ponit decisionem contra unam communem regulam supra firmatam, ut postquam acceptauit arbitrandi potestas duret perpetuo, nam illa regula procedit quando remittitur in personam tertii, sed ubicunque fit remissio in unum ex contrahentibus non procedit, per dictū §. si quid ita, & d. l. hæc uenditio. nam contrahentes faciendo illam conuentionem in contractu incontinenti dicuntur acceptare illud onus, & tamen illa perpetuo non durat, imo breuissimo tempore extinguitur quam primum potuit & non fecit, & ratio est, quia contrahentes hoc tacite uidētur egisse ne remaneant suspensi in contractibus suis, &

ipsi possint libere disponere de rebus suis & sciāt quid facere debent, quod bene nota, & faciūt no. in l. ita stipulatus. la grande, infra eodem.

219 Sed adhuc† contra istam communem conclusionem ita firmatam ultra docto. instari potest, quod imo in dictis casibus non finiatur arbitrandi potestas per uoluntatem declaratam quā primum potuit & non fecit, quia imo finitur per adimplementum & plenam obseruantiam contractus, ut probatur in dicta l. hæc uenditio. dum dicitur adimpleta cōditio est, & ideo contractus habet effectum, & Bar. in 3. oppositione dixit quod quando stat per eum qui debet adimplere conditionem & non adimplet fingitur conditio adimpleta. l. iure ciuili. ff. de conditio. & demonstra. & dicta l. in executione. §. fi. infra eodem. & ideo cum fingatur adimplementum factum, & arbitramentum sequtum non erit propter noluntatem finita potestas sed propter adimplementū sequtum. Hoc contrarium non fuit consideratum per docto. neque etiam dederunt responsum tamen est ualde urgens, & potest dari duplex solutio. una quod obiectio procedat in reo, pro cuius mora fingitur adimplementum ut declarauit idemmet Bar. in 3. oppositione. sed ubicunque remittitur in arbitrium stipulatoris tunc ex mora sua non inducitur illud arbitramentum, ideo procedit hæc opinio Bar. & doct. ut finiatur arbitrandi potestas per noluntatem, sed tamen quia potest dici in contractibus correspectiuis, quod uterque est debitor, & creditor, & non potest bene dari talis distinctio. Ideo secundo modo potest responderi, fatendo contrarium quod fingitur arbitramentum propter moram etiam aliquando stipulatoris, sed tamen non tollitur quin finiatur arbitrandi potestas per noluntatē, quoniam illa mora inducitur quam primum potuit facere, & non fecit, & sic propter uoluntatē, ita quod in effectu noluntas fuit prima causa, & quicquid est causa causæ est causa causati. leg. manumissiones quoque. ff. de iusti. & iure, & ideo merito potest dici quod noluntas est causa finiendi potestatem arbitrandi, quia causat fictum arbitramentum per quod immediate illa finitur, & ita etiam potest intelligi dictus. §. si quid. ita, & hoc plus placet.

220 Quarta† est conclusio Bar. quod ubicunque cōtractus remittitur in arbitrium tertii quod tunc finitur arbitrandi potestas per noluntatem declaratam per cursum unius anni, per tex. in d. l. fi. §. sed & si quis. C. communia de leg. quam conclusionem sequitur Ang. hic, & etiam tenuit Bal. in consi. 463. quod secunda sententia dictorum. lib. 1. & idem uidetur tenere in cap. si inter pares, in 3. col. de lege corradi. ubi dicit quod illud quod uult Bar. hic de anno satis uidetur æquum, quia per lapsum anni inducitur tacita renuntiatio cō promissi tam partium quam ipsius arbitratoris, arg. l. si ita unus. §. si multo post. ff. de arb. & est simile secundum eum de anno in cap. quærenti. de offi. deleg. sed tamen tex. in dicto cap. quærenti loquitur in potestate exequendi, nam in delegato est annalis, sed potestas exequendi ex delegatione est perpetua. l. falsa. ff. de rescri. & ideo Ias. hic & communiter doct. reprehendunt istam conclusionē Bar. uolentes quod imo potestas arbitrādi duret perpetuo etiam quod fuerit acceptata, & non finiatur per noluntatem tacitam ex cursu temporis, & probant, quia hęc potestas dependet a contractu, & iura descendentia a contractu dicuntur esse perpetua, id est saltem per 30. annos durant, ut insti. de perpetuis, & temporali. actio. unde sicut post acceptationē durat perpetuo eodem modo & ante acceptationem debet durare perpetuo, & ita concludunt doct. communiter al

221 legati hic per Ias. tenendo contra Bar. Et ad† tex. in d. §. sed & si quis, respondent quod loquitur in ultimis uoluntatibus, in quibus est inductū, quod transeat in legatarium, ideo etiam inductum fuit quod finiatur anno, sed in contractibus non fuit dispositum ut fiat ista translatio, ideo nec etiam fuit dictum quod finiatur, sed remansit in sua natura perpetua. Et confirmat Ias. quia Barto. semet ipsum confundit, dum dicit aliud esse in contractibus aliud esse in ultimis uolūtatibus, se remittendo ad legem primam. ff. de leg. secundo, & tamen ipse allegat tex. de ultimis uolūtatibus per quem infert ad contractus. ergo idem debet esse. Tertio etiam confirmat, quod imo ille tex. retorquetur contra Bar. quoniam probat potestatem non finiri tempore sed durare, & transire de una persona ad aliam. Ideo retorquetur, & si dicatur quod Bartol. allegauit tantummodo illum dum loquitur de tempore anni, & non totam decisionem tex. respondet Ias. istud esse ineptum, & absurdum allegare unum tex. in uno, & non in alio. per legē inciuile. ff. de legibus. & ideo concludit Barto. circa illum tex. sæpius errasse, & in multis locis in hac materia per eum male dixisse. subdit tamen idem Ias. quod licet ille tex. non probet tamen potest opinio Bar. probari per legem filii mater. §. primo, supra ad tertyllia. ubi per orficianum fuit dispositum quod filii succedant exclusis agnatis, tamen si filii dicant se nolle hæreditatem, & postea per annum taceant, præsumuntur repudiasse, & sic noluntas præsumitur per cursum anni etiam in priuatione bonorum suorum, sed tamen ipsemet Ias. respondet quod ille tex. loquitur in diuersis terminis, quoniam ibi ille filius repudiauerat, sed tamen quia poterat reuocare repudiationem per lapsum anni confirmatur hæc repudiatio, & sic ibi duo interuenerunt repudiatio a principio, & postea cursus anni, sed hic interuenit solus cursus temporis, unde si arbitrator primo dixisset nolle acceptare, & postea transiret annus, posset dici præsumi plenam renuntiationem, & finiri potestatem arbitrandi, & sic ponit limitationem, non autem oppugnat conclusionem, & pro ista opinione tu potes addere quod in effectu hæc potestas data per contractum dicitur esse ius delatum ante acceptationem, & tamen hæreditas delata durat per triginta annos, ut declarat Decius post alios in lege prima. C. qui admitti

mitti.in penult. colum.& non amittitur nisi tem pus expresse sit præfixum a lege, ut in bonorum possessionibus.

222 Nihilominus† quamuis hæc sit communis opinio per tantos uiros approbata, ego puto opinionem Bar. in puncto iuris ueriorē esse, & eius opinio efficaciter probatur in dicta lege fin. §. sed & si quis. dum tex. in princi. dicit, si Titius stetit per annum quod noluit eligere, uel quia non potuit, dubitabatur an esset extinctum legatum, uel potius aliquod adiutorinm esset ei concessum, & imperator ibi determinat adiutorium esse concedēdum, ergo dum præsupponit dubitatum fuisse an esset extinctum, opportet necessario dicere quod per tale tempus erat finita arbitrandi potestas, cum si non esset finita nulla fuisset causa dubitandi, propterea ne sit inepta dubitatio, opportet dicere quod regulariter per annum finitur illa potestas, & confirmatur, quia tex. æquiparat hæc duo, quod noluerit uel non potuerit, ut omnia iura etiam dicunt, sed si non potuit secundum omnes in illo tempore finitur arbitrandi potestas, ergo etiam si noluit per illud tempus finiri debet, nec potest dici quod loquatur de noluntate per expressam repudiationem, quia non fuisset opus ponere ibi tempus unius anni, & hoc etiam confirmatur per dictam leg. fin. C. de contrahen. emptio. & dictum. §. pretium, & dictam legem si merces, quæ dicunt si noluerit, uel non potuerit contractus habetur pro nihilo. ergo hæc uoluntas necessario finitur per tempus, cum si esset perpetua non possent procedere illa iura, ergo necessario præsupponitur quod uoluntas declaratur per expressam repudiationem, uel per tacitam ex cursu temporis, quod tempus quale fuerit declaratur in dicto. §. sed & si quis, & sic apparet quod concludenter probat opinionem Bart. & non tantum eam ueram esse sed quasi necessariam. Nec obstat si dicatur quod tempus anni non ponitur in illo tex. in themate, & in dubitatione, sed ponitur tantummodo in secunda parte in decisione, dum dixit, si supersederit per annale tempus, uel mortuus fuerit uel impeditus quod tunc transferratur arbitrandi potestas in legatarium, ita quod non determinat, quod finiatur si supersederit per annale tempus, sed quod transeat in ipsum legatarium nouiter hoc disponendo, & nihil infert de aliis casibus. nam respondetur quod imo in principio, & in dubitatione fecit mentionem implicite (si supersederit per annale tempus, ex eo quia posuit casum, quando noluerit quod idem importat ac si supersederit per annale tempus, & probatur, quia in secunda parte in decisione non facit mentionem de uerbo (noluerit) & nisi includeretur uoluntas in illis uerbis (supersederit) decisio esset imperfecta, propterea ut perfecta sit, opportet dicere quod ista conuertuntur, si noluerit, idest supersederit per annale tempus, & cum in prima parte dictum fuerit (si noluerit) intellexit si supersederit per annale tempus, prout se declarauit, ponendo illum casum in secunda parte, per illa uerba, & sic demonstratur quod dubitabatur an extinctum esset legatum si supersederit per annale tempus, uel mortuus fuisset, uel non potuisset arbitrari; & necessario præsupponitur, quod per tale tempus finiebatur arbitrandi potestas, ne uana fuisset antiquorum dubitatio. sed tamen postea determinatur quod licet finiatur tamen transeat postea in personam ipsius legatarii, & ita debet intelligi illa secunda pars quod finiatur, ex eo quia per mortem omnino finiebatur, & tamen transfertur in legatarium, & propterea apparet recte inducendo per rationem dubitandi quod probat conclusionem Bar.

Pro qua opinione facit etiam, quia arbitrandi potestas ante acceptationem dicitur esse ius delatum, ideo cōueniens est quod facilius finiatur quam finiatur ius acquisitum, per no. ubi plene dixi in lege postquam liti. C. de pactis, & facit etiā, quia hæreditas delata finitur, per annum datum ad deliberandum licet sui natura transeat ad hæredes, lege cum in antiquioribus. C. de iur. de liber. & facit etiam ratio, ut infinitas euitetur, & quia quando tractatur de interesse partium æquius est, quod per tempus uideatur facta hæc renuntiatio, per tex. in lege prima. ff. de successo. edicto, & §. pen. insti. de bon. possessio. Cum aliis adductis in sequenti quæstione. Nec obstat

223 †quod dicebat Iason. Bartol. se confudisse, quia & ipse uidetur confusus, quoniam Bartol. non ignorabat illum tex. loqui de ultimis uoluntatibus, sed non inferrebat ad contractus quatenus loqueretur de ultimis uoluntatibus, sed inferrebat per rationem dubitandi, quæ erat quod cum in contractibus finiretur per annum eodem modo uidebatur quod finiretur in legatis, tamen postea in legatis aliter determinauit, unde apparet quod per tex. suum erat differentia inter contractus, & ultimas uoluntates, & alia etiam dubitatio poterat esse quando cōferrebatur in arbitriū partium, an idem esset cum contractibus, uel potius esset diuersum, & sic an in legatis illa potestas finiretur quam primum potuisset. placet tamen quod in ultimis uoluntatibus si remittitur in arbitriū partium quod finiatur eo modo quo in contractibus quamprimum potuit facere & non fecit, uel quando inducitur fictum arbitramentum propter moram, per tex. in l. hæc conditio. ff. de conditio. & demonstr. quæ habet locum in ultimis uoluntatibus. si uero remittitur in arbitrium tertii, & tunc si tractatur de electione, omnimodo seruetur dictus. §. sed & si quis. si uero tractatur de alia potestate arbitrandi, & tunc fauore ultimæ uoluntatis idem dicamus, ut extendamus illum tex. maxime quia uidetur electus tā quam bonus uir, quo casu non uidetur dispositio collata in meram personam nominatam.

Quare concludas non facta differentia inter ultimas uoluntates & contractus, ꝙ aut arbiter acceptauit, & tunc nō finiatur arbitrādi potestas per uoluntatē, sed cogit̄ arbitrari. Fallit ubicūq; remittitur in arbitriū partium, quia tunc finitur quam primū potuit & nō fecit, d. l. hæc uenditio.

& dicta lege hæc conditio, quo tamē ad primum potest dici quod in ultimis uoluntatibus declarabitur per duos menses nisi aliud in contrarium probetur. si uero nondum acceptauit, & tunc si remittitur in arbitrium tertii, aut dixit se nolle arbitrari, & postea tacuit per annum, & tunc omnimodo finietur arbitrandi potestas, quoniam declaratur uoluntas plene per cursum tanti temporis, lege filii mater. §. primo. ff. ad tertuli. si uero nihil dixit, & tunc si erat sibi notificatum, & partes aliquando faciebant instantiam, quod arbitraretur, & ipse tacebat, & tunc similiter præsumitur renuntiatio, sed si nunquā partes fecissent instantiam quia non adest caput neque causa quare uoluerit renuntiare, potest dici quod durat perpetuo, & ita procedat opinio docto. sed tunc non potest proprie dici noluntas sed potius desistentia, cum noluntas proprie dicatur quando præcedit aliquod principium per quod possit considerari quod noluit hoc facere, & ita debet intelligi tex. in dicto. §. sed & si quis, ut illa noluntas per aliqua signa fuerit demonstrata, cum dicatur unum extremum habens in se medium, neque uelle, neque nolle, ut declaratur per docto. in lege serui electione. ff. de lega. primo.

224 Prædicta † autem omnia procedunt, quando compromissum notificandum fuit a partibus, ita quod arbitrator habebat notitiam potestatis datæ, sed si euenisset quod partes nunquam notificassent ut ipse haberet ignorantiam, tunc non potest habere locum distinctio præcedens, cum in ignorante non cadat neque uelle, neque nolle, lege cum pater. §. surdo. cum glo. ff. de lega. secundo. Ideo subsequenter dubitat Bart. hic, quid fiet in hoc casu quando partes non notificauerunt, & respondet ipse quod cum arbitrator ignorans non possit dici neque uelle, neque nolle, dubitatio de eo esse non potest, sed solum potest esse dubitatio de ipsis compromittentibus an uideantur renuntiasse dicto compromisso, & reuocasse potestatem arbitrandi, & ipse determinat, quod per lapsum quoque anni præsumuntur compromittentes renuntiasse, & reuocasse, argum. dicti. §. sed & si quis. cum sicut præsumitur in arbitratore, eadē ratione idem sit in ipsis compromittentibus, & confirmat postea per quatuor alia similia, in quibus per lapsum anni inducitur hæc tacita renuntiatio, ut hic per eum, pro qua opinione uidetur esse tex. magis in terminis in l. idē si unus. §. si multo post. ff. de arbitris.

225 Nihilominus † communiter concludunt docto. contra Bar, sicut in præcedēti articulo, quod imo non finiatur arbitrandi potestas, per illam rationem, quia iura contractuum durant perpetuo, & hanc opinionem tenuit in spetie glo. in d. §. multo post. quæ uoluit quod quando iuerunt ad aliū arbitrum præsumatur renuntiatio, sed si nihil fecerunt quod non præsumatur, ut ibi late distinguit, quam uidentur sequi doct. & ad dictum. §. sed, & si quis. respondent ut supra, quod procedit in ultimis uoluntatibus, & ad alia iura similia respondent, quod loquuntur in diuersis terminis, & faciunt suas decisiones particulares cum spetialibus rationibus, unde non possunt adduci ad istum casum, quia ex diuersis non fit illatio. l. si. ff. de calumniato.

226 Sed ego puto † opinionem Barto. etiam in hac parte posse defensari, per tex. in d. §. sed & si quis. inducendo ut sup. ut in præcedenti conclusione, unde tunc probat per argumentum, & facit etiā ratio ut infinitas euitetur, & quod præsumuntur contrahentes noluisse stare in tali suspensione, & hoc etiam confirmatur per iura allegata per Bart. cum decem similibus quæ possent adduci, quæ non allegantur in sua decisione sed in ratione decidendi, nam sicut in tot locis iurisconsulti disposuerunt quod renuntiatio tacita inducatur per cursum illius anni ut aliqua certitudo appareat, ita etiam hoc casu uideantur noluisse contrahentes præsumi renuntiasse per cursum talis temporis. Oportet tamen quod sit aliquod signū præcedens a quo possit coniecturari ista uoluntas renuntiandi, quoniam cum sit unum extremū separatum a uelle, & habeat in se mediū, nec uelle nec nolle, ut no. in d. l. serui electione, tacendo uidentur in dubio stare in hoc medio, nisi præcedat aliquod signum per quod inducatur ista noluntas, & perseueret per annum, & hoc uoluit sentire glo. in d. §. multo post, tamen non placet ut requiratur signū tam forte prout dicit illa glo. & propterea apparet ꝙ resolutio istius quæstionis in practica multum dependet a facto, quid enim actum fuerit inter partes in hoc medio tempore.

227 Successiue † postea Bar. hic quærit, quomodo finiatur arbitrandi potestas per mortem uel impotentiam, nam cum ipse sciret potestatem arbitrandi finiri istis tribus modis per noluntatem tacitam, uel expressam, per mortē, uel per impotentiam seu impedimentum, ut dixit tex. in d. l. fi. C. de contrah. emp. & in §. pretium. insti. eo. tit. & l. si merces. ff. locati. & d. §. sed & si quis, postquā demonstrauit quomodo finiatur per noluntatem expressam uel tacitam, formauit quæstionē quomodo finiatur per mortem, & quoniam finitur per mortem quando non transit ad hæredes, & quando transit ad hæredes non finitur effectualiter. Ideo quæsiuit an arbitrandi potestas transeat ad hæredes, & de hoc se remittit ad no. in l. si stipulatus fuerim illud. inf. eo. ubi tex. dicit quod si quis stipulatus esset illud an illud quod ipse uelit hæc potestas eligendi personalis est, & ideo si seruus stipulatur cadit in seruo, & non transit in dominum, & si filius stipulatur non transit in patrē, licet utilitas cōtractus transeat, sed addit postea, si moriatur stipulator transit ad hæredē. unde Bar. ibi summauit illum tex. potestas eligendi non transit in aliam personam nisi in hæredem, per quem tex. uidetur probari quod potestas arbitrandi non finiatur per mortem cum transeat ad hæredē. ad idem etiam facit quod uoluit Bal. in l. si sic. supra de leg. 1. ubi dixi quod si quis est stipulatus foueam purgari arbitrio suo, si uendat prædium, hæc arbitrandi potestas transit in empto-

emptorē,& sic in successorem particularē,uel uniuersalem,tamen in contrarium uidetur esse text. in l.cum stipulatus sum a Proculo,in fi.princi.dū dicit quod si stipulator moriatur non committitur pœna,quia mortuus arbitrari non potest, & sic præsupponit quod non transeat, facit etiam tex.in lege in compromissis,supra de arbitris.cū aliis concor.in quibus dicitur quod arbitrandi potestas non egreditur personam neque receditur ab ea,ideo Bar.in dicta lege si stipulatus fuerim,in secunda oppositione,ponebat distinctionem,aut arbitratus est iure proprio,aut iure alieno, aut deputatus est super executione contractus uel super ipsa actione,quæ distinctio est obscura,& per eā nō plene declarat intentionē suā.
228 Ideo†tu breuius & clarius dicas, Aut enim cōfertur potestas in tertium,& tunc nunquam receditur a persona & non transit ad hæredes, dicta. l.fi.& l.si merces.& §. pretium, quæ expresse uolunt per hunc casum omnimodo finiri arbitrandi potestatem,& est ratio,quia sola eius persona fuit considerata,& confidebant partes de eo,non autem de hæredibus. si uero confertur in arbitrium unius ex contrahentibus, & tunc aut confertur in certam personam naturaliter consideratam & similiter non transit ad hæredes,per legē, si ita legatum.§.illi si uolet. ff. de lega. primo. & lege Cornelius. ff. de hæredibus instituend. sicut si diceretur(si ascenderit in capitolium, quæ nō transit ad hæredes,iuxta legem primam.ff. de lega.secundo,& hoc modo procedit text. in dicta lege cum stipulatus sim a Proculo, secundum illum intellectum, quod ibi non transit ad hæredes.si uero confertur in unum ex contrahentibus ratione rei uel interesse,& tunc transit ad quemcunque transit res ipsa,uel interesse,& ita procedit tex.in dicta lege si stipulatus fuerim,quia ibi consideratus fuit stipulator ratione rei, & data fuit potestas eligendi propter interesse suum, & tunc transit ad hæredem, & hoc modo procedit etiam dictum Bal.in d.l.si sic.ff.de leg.1.quia ibi ille stipulator ratione rei & interesse erat tanquā dominus,& ideo transit ad quemcunque transit dominium,& possemus dicere quod in l.hæc uenditio idem sit,quod potestas arbitrandi transiret ad hæredem domini,an recte reddātur rationes, & idem potest dici in l.si libertus.de oper.libert. & in l.quod si nolit.§.si quid ita.ff.de ædilitio ędicto.quoniam in istis casibus non uidentur considerati tanquam certa persona sed tāquam domini,& sub consideratione interesse, & ita potest intelligi tex.in d.l.cum stipulatus sim a Proculo.secundum intellectum aliorum tenētium quod ibi transeat ad hæredes illa potestas,& illa uerba(ꝙ mortuus arbitrari non potest)intelliguntur quātum ad suam personam,non autem quantum ad effectū,ex eo quia semper mortuo arbitratore in eius persona extinguitur potestas, etiā quod trāseat ad hæredes,quia mors omnia soluit.
229 Subsequitur†postea Bar. declarādo quomodo finiatur per impedimentum,& quamuis ipse nō dicat, tū præsupponitur in dictis iuribus quod si est impedimentū perpetuum faciens quod nullo modo potest se intromittere finitur statim illa arbitrandi potestas. sed si superuenerit impedimentum temporale,tunc non finitur siue acceptatum sit compromissum siue non sit acceptatū, quoniam per impedimentum licet non se interponat non præsumitur uoluntas, & renuntiatio, unde apparet quod hæc quæstio dependet an sit impedimentum perpetuum seu temporale, & an sit tale impedimentum quod faciat non posse interponere se in arbitrādo,& quamuis multa possent adduci exempla,tamen Bar.format quæstionem de duobus frequenter contingentibus, & sæpius disputatis.
230 Ideo quærit†an si arbitrator fuerit bānitus uel foriudicatus,prout dicitur in Regno Neapolitano,finiatur arbitrandi potestas, & dependet ab hoc an possit impediri arbitrari, & determinat quod non,per tex.in l.cum pater.§. hæreditatem. ff.de leg.2.& l.ex facto.§.si quis rogatus,el secundo.ff.ad Trebellia. ubi data potestate eligendi a testatore deportatus potest eligere, ergo idem dicemus in exbannito seu foriudicato quando priuantur bonis,quia tunc æquiparantur deportatis,ut est glo.in §.relegati.inst.quib. mod. solui.patr.potest.unde uidetur concludere, quod si esset relegatus uel bannitus simpliciter quod tantominus finiretur, cum si sit deportatus etiam nō
* finiatur,& sequuntur communiter*doct.nihil hic
231 adducēdo.Sed tamen†aduertendum est, quia illa duo iura in quibus se fundat Barto.loquuntur in potestate eligendi, in qua testator dat plenissimum posse,ut etiam inuitis partibus & contradicentibus,& sæpius allegantibus ipse possit ad libitum eligere,nos autem loquimur de arbitratore qui non habet tam liberum posse, sed tenetur cum ratione naturali, & saltem interueniente æquitate iurisgentium,determinare, & per allegationes partium moueri potest.Item procedūt in mera facultate eligendi quæ cadit in seruo, ut probatur in illa lege si stipulatus fuerim illud inf.eod.& arbitratus non cadat in seruum. l. illa uerba.infra de uerborum significatione.unde apparet,quod Bar.tantam quæstionem fundauit in debili fundamento.
232 Sed plenius†discutiēdo articulum distinguas, aut enim est deportatus uel foriudicatus tempore quo eligitur in arbitrum, uel postquam fuit electus arbiter superuenit foriudicatio, seu deportatio,& Bart.hic hūc solū secundum casum uidetur determinare, sed tu in primo casu dicas, quod hæc arbitrandi potestas non cadat in deportatum,facit tex.in dicta lege illa uerba. ff. de uerbo.significatio.quæ dicit,quod illa uerba arbitratu Titii,continent ius, & ideo non cadunt in seruum.Sed ergo nec etiam possunt cadere in deportatum qui est priuatus omni iure ciuitatis. §.minor.instit. l.de capitis dimi.

Sed tamen defendendo aliam opinionem,quā tacite hic Bar.& doct.tenere uidentur, potes respondere, ꝙ arbitrandi potestas non est de iure ciuili,sed de iure gentium,per dicta in premissis,

& deportati dicuntur esse capaces iuris gentium atque etiam contractuum dependentium a iure gentium, l. quidam, in fi. ff. de pœnis, & leg. si tibi mandauero. §. is cui. & ibi no. ff. mand. & propterea argumentum solum concludit in arbitro, ꝙ exbannitus uel deportatus non possit esse arbiter, sed non concludit quod non possit esse arbitrator, cum procedat secundum æquitatem iuris gentium, & quamuis tex. in dicta lege illa uerba, dicat quod non transit arbitratus in seruum, tamen non probat quod non transeat in deportatum, quia deportati liberi remanent, ut dicitur in dicto §. minor. insti. de capi. diminutio. unde tex. ille concludit de seruo pœnæ qui priuatur libertate, non autem concludit de deportato, & si dicatur imo tex. in dicta l. illa uerba, præsupponit quod arbitratus sit iuris ciuilis, cum ius gentium etiam cadat in seruis, ut habetur in l. denique. ff. de peculio. cum aliis adductis per doct. in l. 1. ff. de acquir. poss. Replicatur quod seruus simpliciter non est capax iuris gentium, cum de iure gentium anihilatus sit status seruorum, sed in deportato cadit omne ius gentium, cum plene remaneat liber, & sic ille tex. non obstat.

Secundo quod non possit eligi arbitrator, facit quia in arbitramento requiritur præsentia partium, uel in proferrendo sententiam uel in informatione sumenda, ut diximus in quarto articulo. sed deportatus non potest determinare in præsentia partium uel se informare de iuribus eorum, ergo non potest esse arbitrator, sed defendēdo aliam opinionē potes dicere quod argumētum non procedit in iis in quibus aliunde arbitrator potest se informare, prout est in pretio rerum, in calculationibus, & aliis casibus positis in multis limitationibus in dicto quinto articulo. Item respondetur quod partes faciendo compromissum ex certa scientia in talem absentem uidētur remittere istam necessitatem pronuntiandi partibus præsentibus uel se informandi, & solum uidentur contentari quod mittantur scripturæ ad eum, & quod de per se se informet, quod non est inconueniens, quoniam aliquando partes præsentes conueniunt quod arbiter cum nulla partium loquatur propter suspitionem corruptionis sed quod solus arbitretur, ideo hoc tacite inter ipsos contrahentes actum uidebitur, & sic non obstat.

233 Tertio† quod non possit esse arbitrator facit, quia foriudicatus dicitur esse hostis ciuitatis, & prohibetur conuersatio cum eis, ut per Bart. in l. ammissione. §. qui deficiunt, ff. de cap. dimi. & no. docto. in rub. supra de uerbo. obligatio. de mittente literas ad exbannitos an puniatur, & ideo cum conuersatio fuerit interdicta, uidetur quod tale compromissum non ualeat ne incidant in pœnam, & hoc fortius stringere uidetur, tamen adhuc defendendo potest dici, quod ualebit compromissum, quia licet conuersatio sit prohibita, tamen per hoc non sunt effecti serui pœnæ, sed remanent liberi, & capaces iurisgētium, & in eis potest cadere arbitrandi potestas, nec obstat, ꝙ incidant in pœnam, quia primo potest dici negādo, quoniam iste actus non tendit in perniciem ciuitatis, uel si generale est statutum, potest dici fatendo qnod incidāt in pœnam, sed per hoc nō tollitur quin compromissum ualeat, & non possint arbitrari, & partes tacite uidentur conuenisse ut solæ scripturæ mittantur ad eum, & ipse solus sine præsentia & alia informatione decidat controuersiam.

Quare remanet conclusio, quod foriudicatio, uel bannum non impediunt quin compromissum possit fieri conferrendo potestatem arbitrandi in bannitum, quę conclusio omnimodo procedit quando compromittentes non essent subditi illi regi qui eos exbanniuit, quia tunc neque impeditur conuersatio, neque impeditur quin præsentibus partibus possi iudicare, cum remaneat capax iurisgentium quantum ad omnes nationes, dicta l. quidam, ff. de pœnis. & l. si tibi mandauero §. is cuius. ff. Mand. imo poterit dici quod etiam poterit esse arbiter inter non subditos, quia potest esse capax iuris ciuilis alienarum ciuitatū.

234 Sed tunc† succedit dubitatio quam proprie formauit hic Bar. quid si post compromissum factū superueniat bannum uel foriudicatio an finiatur arbitrandi potestas, & difficultas dependet ab eo an possit esse capax, sed quia statim conclusimus quod ipse est capax arbitramenti, & ei non obstat dicta l. illa, de uerbo. significatio. Bar. dubitauit utrum saltem per superuenientiam impediat, & determinat quod non impedit, & durat arbitrandi potestas, per tex. in dicta lege cum pater. §. hæreditatem, & dicto. §. si quis rogatus, quæ tamen iura ut dixi nihil faciunt, quoniam loquūtur de electione in qua ipse potest plene præiudicare, & non requiritur aliqua informatio uel prę sentia, & est naturalis facultas, non autem ius, tamen ego puto quod finiatur arbitrandi potestas si superueniat hoc impedimentum, & quod in hoc sit differentia utrum ab initio bannitus eligatur uel post compromissum factum superueniat tale impedimentum, nam tunc ex tacita conuentione partium uidebitur reuocatum compromissum, per tex. quem Alex. allegat in excommunicato in l. cum quis. ff. de solutionibus. ubi dicitur quod quando quis stipulatur sibi aut Titio dari, si Titius mutauerit conditionem non poterit ei solui, quasi reuocata sit illa potestas, quoniam uidetur concedere potestatem manente eo in eadem conditione, & tacite conuenisse quod non soluat ei si mutauerit conditionem, ergo eodem modo uidetur quod quando fecit compromissum in arbitrum quod uideatur data potestas si arbitrator permanebit in eadem conditione, & tacite uidetur actum si mutabit conditionē quod sit reuocata illa potestas. Iason tamen in quæstione de excommunicato, dixit quod Alex. errauit, per tex. in dicta lege, cum pater. §. hæreditatem, & dicto. §. si quis rogatus. sed hoc parum stringit, quia ut supra dictum fuit, illa iura loquūtur de facultate eligendi quæ ualde differunt ab arbitratu, & istam opinionem contra Barto. ego puto

puto ueriorem propter duas rationes,una est,qa compromiserunt in eum credentes posse eũ præsentialiter informare,& sæpius coram eo discutere de causa, & si fuissent interogati an uellent, quod possent sine informatione se resoluere respondissent quod non, ideo ipsi uidentur determinasse tacite quod sublata tali facultate non cẽsentur cõcedere illam potestatem.arg.glo.in l.tale pactum.in fi.ff.de pact.& contrahentes præsumuntur uelle ea quæ communiter solent seruari. arg. l. si pactum. in fi. ff. de probatio. Secunda est ratio, quia propter bannum & foriudicationem impeditur conuersatio, &incidunt in pœnam. Vnde non uidentur uoluisse cõuenire quod teneantur recurrere ad eum committendo delictum,per ea quæ habentur in l.non solum. §. sed ut probari.ff.de no.ope.nuntia.& cap.semel malus.ff.de reg.iur.in 6. propterea tacite uidentur conuenisse ab initio quod mutata conditione reuocata sit talis potestas, per dictam legem cũ quis. & sic potestas arbitrandi finiatur non per solum bannũ seu incapacitatem sed ex tacita cõuentione partium ab initio factam, ne incidant in delictum, uel incurrant excessiuos labores in accedendo ad foriudicatum, uel periculũ quod sine informatione iudicet,quod tamen debet intelligi quando bannitus fuerit a superiore illius ciuitatis,sed si esset bannitus ab alieno rege tunc non reuocaretur si posset manere in loco in quo factum fuit compromissum, uel parum distanti, per prædicta,& sic opinio Bar.prout ipse eã profert non est uera.

Postea subdit Bar.quid de excommunicato,in qua quæstione adhuc duo separatim sunt discutienda,Vnũ an excõmunicatus possit eligi arbitrator.Aliud an post compromissum superueniẽs excommunicatio impediat arbitrandi facultatẽ.

235 Circa primum†uariæ fuere opiniones quas referunt Ias.& Socci.hic,qui dixit bis in facto ualde eam fuisse disputatam,& Ang. in dict.l. ex facto. §.si quis rogatus.& in quæstione per eum disputata,quæ incipit duo ad inuicem litigantes, tenet quod excommunicatus possit esse arbitrator, post Bar.in l.Pedius.in princ.ff.de arbitr. & Anto in dicto cap. quintauallis. & ibi Imo. in xxii. differẽtia.& Alex.hic & Socci. qui dixit quod in partibus Alemaniæ uentilata fuit ista quæstio in ardua causa,quoniam sæpe imperator& alii principes contrauenientes mandatis Papæ excommunicantur,& pro ista parte quod possit esse arbiter consuluit collegium Perusinum, & pro alia parte collegium Paduanum,& etiam Alberic. de Rosato in l.in condemnatione.§.fi.de reg. iur.refert istam quæstionem de facto Florentiæ fuisse disputatam,cum & sæpe illa respublica excõmunicabatur a Papa,& pro utraque opinione adducuntur uariæ rationes, quibus etiam ab utraque parte respondetur, & opinionem quod excõmunicatus possit esse arbiter tenuit Ioannes Andreę in regula dolo facit. in mercurialibus. & Imo. hic sequitur,& Albericus in dicta.l.in condemna-

236 tione.§.dolo facit.ff.de reg.iur.Et adducit†tex.in ca.ad probandum.ad finem.ff.de re iudi. ubi sententia lata a publice excommunicato non tenet, ergo idem debet esse in sententia arbitratoris.argu.cap.uno delegatorum.de officio delegati.sed tamen ad istum tex.datur responsio quod loquitur in iudice delegato qui habet iudicialiter procedere,secus in arbitratore cuius sententia reputatur actus extraiudicialis ut dicit Bar.hic, & responsio uidetur multum probabilis,& Barto.hic idem uult esse in arbitrio.Secũdo adducitur tex. in d.l.illa uerba.ff.de uerbo.significa.ubi dicitur quod uerba(arbitratu Lutii Titii) pertinent ad ius & non cadunt in seruum. sed excommunicatus dicitur esse seruus.cap.audi.2.q.3.ergo nec ẽt potest esse arbitrator, & facit etiam,quia excommunicatus repellitur a legitimis & communibus actibus,ut dicit tex.in c.licet.ad finem.de sententia excommunicationis. in 6.& in cap.pia. circa principium.de exceptionibus in 6.& Bar. in d.l. illa uerba.allegat contra istam suam opinionẽ, & non soluit.Sed respondetur†quod excommunicatus est seruus diaboli,ut dixit glo,in d.c.audi. uel estseruus peccati.per tex.2.q.7.c.sicuti.§.quia ergo.& l. fi.C.de sententiam passis.non autẽ dicitur esse seruus hominum, & quo ad mũdũ dicitur esse liber& habet libertatem,&ad illud quod dicatur esse priuatus actibus ciuilibus, respondetur quod intelligitur de actibus iuris ciuilis,non autem de iis quæ dependent a iure gentium, cum & ipse retineat ius gentium.arg.l.quidam. ff. de pœnis.imo plus dicas.quod retinet etiam ius ciuile proueniens a contractibus.per tex. in c.si uere.de sententia excommunicationis.& in c.quoniam multos.11.q.3.Et dum†dicitur quod æquiparatur deportato,procedit quantum ad ciuitatem Dei,quia dicitur esse priuatus ciuitate Dei, non autem quantum ad ciuitatẽ mundi, quia remanet ciuis ciuitatis propriæ,& retinet iura ciuitatis suæ quamuis priuetur actibus iudicialibus. Item interdicitur communione fidelium,non autem interdicitur ciuitate sua, & habitatione propriæ ciuitatis, taliter quod æquiparatio est per quandam similitudinem, non autem est æquiparatio in eisdem terminis.

237

238

239 Tertio†& fortius pro ista opinione adducitur quod excommunicatus priuatur communione fidelium,ut dictum fuit.unde efficitur inconuersabilis, & fideles cum eo non possunt participare, & participantes incidunt in excommunicationem,ut habetur in cap.pe.de cleri. excommunicato ministra. ergo uidetur quod per hoc ipsi compromittentes participantes cum eo incidant in pœnam, & non debeat ualere sententia. sed respondetur,quod licet participantes peccẽt ut dicitur in dicto cap.penul. tamen peccatum illud non facit quod actus sit nullus, neque impedit quin ipse excommunicatus sit capax ipsius potestatis,& quod sententia lata ab eo non dicatur esse ualida per ea quæ dicuntur de contractibus & aliis quæ fiunt cum excommunicato.

240 Quarto†adducitur tex.in cap.post cessionem. de probatio.ubi excommunicatus prohibetur es

ſe procurator,& repellitur.ergo etiam prohibetur eſſe procurator,& repellitur. ergo etiam prohibetur eſſe arbitrator & repelli debet ab ipſo officio.ſed reſpondetur quod ille text. loquitur de procuratore ad lites ut non admittatur ad comparendum in iudicio & faciendum actus ciuiles, ſed nō loquitur de procuratore ad negotia & ad faciendos contractus, & exequenda ea quæ fiunt ſine figura iudicii,ſed arbitramentum expeditur ſine figura iudicii,ergo poterit etiam exerceri illa arbitrandi poteſtas, atque poterit eſſe arbitrator, & ſic apparet quod hæc opinio negatiua, quod excommunicatus non poſſit eſſe arbitrator, non eſt fundata fundamentis concludentibus.

241 Contrariam†autem opinionem, quod excommunicatus poſſit eſſe arbiter, tenuit Bar. hic, & alii docto.ſupra allegati.&pro eius opinione adducitur, quod excommunicatus ſecundum magis communem opinionem eſt capax omniũ contractuum.cap.ſi uere.& ibi Inno.& dominus Ab. de ſententia excommunicationis. cap. quoniam multos.11.q.3.& plene traditur per omnes in capi.ueritatis.de dolo & contumatia. Et propterea contractus matrimonii factus ab excommunicato ualet.capit. ſignificaſti.de eo qui duxit in matrimonium quam poluit per adulterium. & ibi Abb.adhoc no.& idem eſt in matrimonio ſpirituali ingreſſus religionis & profeſſione facta ab excommunicato.cap.cum illorum.§.penul.de

242 ſententia excommunicationis. Sed†arbitramentum eſt quidam contractus tranſactionis, ut eſt glo.in auth.ut differentes iudi.in princi.& etiam quod fiat compromiſſum ſuper lite tamen dicitur fieri ſuper contractu perficiendo, ut per Bar. in l.j.§.in operis.ff.de noui.oper.nunti.ergo etiã iſtius arbitramenti erit capax ſicut & cæterorum contractuum,& per conſequens poterit eligi in arbitratorem,ſed ad iſtud fundamentum reſpõdetur quod imo arbitramentum eſt improprie, & largo modo tranſactio,quia habet mixturam iudicii,ut declarat Bar.in l.quod ſi Epheſi. ff. de eo quod certo loco.& l.furti.§.qui iuſſit.ff.de infamib.& in dicto.§.arbitrorum. in prima quæſt. & eſt glo.in cap.ſi quando.& ibi no.Abb. in glo. prima.de offic. deleg. Sed replicari poteſt quod improprietas non impedit capacitatem, quoniã eadem eſt ratio in hoc contractu improprio ſicut in uero,quod dicitur quod habet mixturam iudiciorum, reſpondetur negando ut ſæpius dictum fuit, quia non procedit ordine iudiciario, & ſolum hæc ratio poteſt concludere de arbitrio qui æquiparatur iudiciis.l.1.ff.de arb.&l.cum antea.C.de arbitr.non autem in arbitratore qui ſolum declarat qualitates neceſſarias ad perficiendum contractum tranſactionis uel alium contractum.iux.l.ſi.C.de contra.emptio. & l. ſi merces. C.locati. & ideo ſatis uidetur concludere quod poſſit eligi in arbitratorem.

243 Secundo† adducitur fundamentum Bar. quod bannitus & excommunicatus æquiparantur, ut eſt glo.in.§.minor.inſti.de cap.diminutio. & eſt tex.in cap.domino guerram.in princi. in tit. hic finitur lex.Corradi.ſed banniti & deportati non obſtante banno poſſunt arbitramentari, ut ſup. dictum fuit,ergo etiam & excommunicatus,& ſi dicatur quod non bene æquiparatur deportato, ex eo quia deportatus perdit ciuitatem,&ea quę ſunt iuris ciuilis,ſecus eſt in excõmunicato, qui bene poteſt facere teſtamentum,auth. credẽtes. C.de hæreti.& retinere alia quæ ſunt iuris ciuilis,exceptis actibus ciuilibus, ergo æquiparatio non poteſt procedere neque argumentum,& uidetur tenere Abb.in.c.dilectis.in penul.col.ad finem.de appellationibus. & facit etiam quia deportatus ammittit propriam ciuitatem mundi, excommunicatus uero ammittit ciuitatem Dei tantũ, quia priuatur cõmunione fidelium,& efficitur ſeruus diaboli.cap.ſequti.§.quia ergo. ſecũda quæſtione 7.Replicatur,quod hæc non impediunt argumentationem ſed fortificant eã a multo magis,ex eo quia ſi exbannitus qui ammittit ciuitatem mundi & iura ciuilia poteſt eſſe arbitrator, ergo tanto fortius excommunicatus qui retinet ciuitatem & cætera iura ciuilia exceptis actis ciuilibus,& omnia iura gentium poterit ipſe eſſe arbitrator,quia maiorem capacitatem ha-

244 bet.Et iſtam partem†ego puto ueriorem eſſe, ꝙ excommunicatus poſſit eligi arbitrator,nec obſtat quod non poſſunt contrahentes conuerſari cum eo,quia reſponſum fuit ſupra quod conuerſando incidunt in excommunicationem ipſi, & peccant,&tamen non tollitur quin ipſe ſit capax arbitramenti,&quod contractus de eo factus nõ ualeat,& proceſſus ab eo factus & arbitramentũ latum.Secundo etiam reſpondetur,quod partes ſcientes eum eſſe excommunicatum uidentur tacite egiſſe quod ille poſſit ferre ſententiam abſentibus partibus,&informationem capere a ſcripturis ei datis, uel aliunde, ut iuſtum arbitramentum etiam facere poſſit, & hoc uidetur eſſe melius.

345 Sed ſuccedit†dubitatio, quid ſi ab initio electus arbitrator antequam eſſet excommunicatus & poſtea ſuperuenit excommunicatio, an tunc ſiniatur arbitrandi poteſtas, & Bar. hic determinat quod non.per tex.in dicto.§. ſi quis rogatus. ad Trebellianum.& in l.cum pater.§.hæreditatẽ. ff.de leg.2.quæ tamen iura ut ſupra dictum fuit non concludenter probant,quoniam loquuntur de electione quæ eſt naturalis facultas & cadit in ſeruum.dicta l.ſi ſtipulatus fuerim,& in ea uidetur dari poteſtas diſponendi in omnibus, ut placet etiam inuitis & contradicentibus partibus; nos loquimur in arbitramento quod ſaltem debet regulari ab æquitate iuriſgentium,& nõ poteſt inuitis partibus recedere ab illa æquitate, & ideo non cadit in ſeruum.dicta.l.illa uerba.ff. de uerbo.ſignifi. unde melius uidentur facere prædicta allegata in alia concluſione,quod ipſe eſt capax omnium contractuum, & in conſequentiam etiam arbitramenti, & quod retinet etiam ciuitatem & iura ciuilia,ideo ſtante capacitate talis qualitas ſuperueniens non poteſt annullare arbitrandi

trandi facultatē, & facit regula quæ habet, quod difficilius impediuntur iam facta quam ab initio fieri. l. patre furioso. ff. de iis qui sunt sui uel alieni iuris. & si ab initio potest eligi ergo tanto fortius electus non obstante tali impedimento debet retinere potestatem, & uidetur prima facie argumentum ualde concludens.

246 Sed † tamen ueriorem ego puto contrariā opinionem, quod imo excommunicatio superueniēs annullet arbitrandi potestatem, ex eo quia compromittentes quando fecerunt compromissum intendebant conuersare legitime cum eo, & eum informare uoce propria & in præsentia, quæ informatio plenior est quam illa quæ fit ex scripturis multis, & si interrogati fuissent tunc temporis an uellint eum esse arbitratorem si fuisset excommunicatus, omnino negassent, dicētes quod nolebant conuersare cum eo, & informare propria uoce, & quod nolebant incidere in peccatū conuersando cum eo, argumento nota. in l. nō solum. §. sed ut probari. ff. de noui operis nuntiati. & cap. semel malus. de reg. iur. in 6. & ideo præsumuntur statuisse hoc quod non uoluissent eū eligere. iux. glo. uulgatam in l. tale pactum. in gloss. magna. in fine. ff. de pact. & ideo succedit decisio tex. quem allegat hic Alex. in l. cum quis. ff. de solutionib. qui dicit quod quando in stipulatione unus dat potestatem soluendi alteri intelligitur, remanente in eodem statu, & quod tacite uidetur egisse ut si mutauerit statum quod non possit ei soluere, & ita dicemus de excommunicato, quod uidentur ab initio egisse quod sit arbiter eo durante in eodem statu, & quod mutato statu nolunt eum esse arbitrum, & licet ille tex. loquatur in casu speciali quando datur pecunia illi qui postea efficitur inexigibilis, nihilominus ratio ibi assignata est generalis, quod quando per mutationem status inducitur aliquod præiudicium, quod partes uidentur egisse mutata conditione in eo non consentire, & implicitam esse conditionem quod non eligunt siue non conueniunt de eo eueniente mutatione status eis præiudiciali, & sic ille tex. recte ponderatus concludentet probat, nec ualet quod subdit Ias. Raphaelem & Alexand. grauiter errasse, ex eo quia dicunt contra tex. in dicto. §. si quis rogatus. quia imo ipse grauissime errauit non considerando quod illa iura loquuntur in electione quæ est naturalis facultas in qua datur plenissima potestas ut non sit opus aliqua informatione & sufficiat uoluptas & affectio sua, ut statim dixi. sed nos loquimur in arbitramento, in quo partes debent conuersare cum ipso arbitratore, & uolunt eum informare propria uoce, & non ex sua uoluptate, sed ex æquitate iurisgentium debet iudicare, & ideo conclusio remanet uera secundum mentem Alex. Non obstat quod ipse est capax, & durat capax, ergo non adest causa annullandi dictam potestatem, quia respondet quod non finitur arbitrandi potestas propter eius incapacitatem, neque quia ualeret arbitramentum, sed finitur propter uoluntatem & conditionem compromittentium qui hanc cōditionē tacite uidētur posuisse in compromisso, ut mutata conditione non uideantur dedisse potestatem, ut dicit tex. in dic. l. cum quis. ita quod finitur arbitrandi potestas ex uoluntate & ex cōuentione ipsorum compromittenrium, non autē ex incapacitate, & eodem modo respondetur ad regulam legis patre furioso. ff. de iis qui sunt sui uel alieni iuris, & cessant omnia contraria. & propterea apparet differentiam esse quando ab initio eligetur excommunicatus, nam tunc apparet de resoluta uoluntate compromittentium, & solum pro ualiditate actus habemus cōsiderare capacitatem ipsius excommunicati, & cæteris incommoditatibus uidentur renuntiasse, sed quando ipsi ignorassent eum esse excommunicatū uel uere fuisset habilis & superuenisset excommunicatio, tunc impeditur arbitrandi facultas ex sola uoluntate compromittentium qui uidentur noluisse consentire in eum ne incidant in delictum, & propterea non attenditur quod ipse sit capax, sed solum considerari debet an ipsi contrahentes uoluissent in eum compromittere, ut dixi.

247 Sed adhuc † est dubitatio, quid de arbitro, an excommunicatus possit esse arbiter, quam posuit Ang. in dicta sua disputatione, dicens quod licet sit communis* opinio quod non possit esse arbiter. per dictam legem Pedius. cum gloss. tamen ipse tenet contrarium in puncto iuris, quia æquiparatio de arbrtro ad iudicem non semper tenet, cū infamis possit esse arbiter. d. l. Pedius. & nō iudex. l. cum pretor. §. lege. supra de iudiciis. ergo licet excommunicatus non possit esse iudex, non sequitur ergo nec arbiter. Sed Soccin. respondet, quod in illo casu est diuersitas scripta a lege, & æquiparatio regulariter procedit quando diuersitas non est scripta, ut patet in l. j. sup. de arbitr. & ibi per glo. sed non reperitur diuersitas scripta inter iudicem & arbitrum de excommunicatione uel etiam de banno, ergo stabimus æquiparationi. quæ tamē responsio fragilis est, quia omnis æquiparatio procedit quando militat eadē ratio, & si militat diuersa ratio non procedit argumentum ab æquiparatis. ut no. in l. Marcellus. ff. ad Trebel. & in auth. similiter. C. ad l. Falcidiā. & in iudice ratio est, quia continet iurisdictionē ciuilem, & dignitatem ciuilem, & portæ dignitatum non patent infamibus. cap. infamibus. de regul. iur. in 6. sed in arbitro est sola notio seu cognitio, & non iurisdictio nec dignitas. l. prætor. sup. de re iudi. ideo ipse poterit esse arbiter, unde habemus nos uidere an militet eadem ratio prohibitionis in arbitro quæ militat in iudice, & illa ratio potēs est in excommunicato, quia homines non possunt habere commertium cū eo, quæ militat in arbitrio sicut & in iudice, cum arbiter debeat iudicare præsentibus partibus & datis partibus terminis ad probandum, cum examinatione testium, auditis aduocatis & aliis personis necessariis, ideo cum hęc ratio militet æqualiter in arbitro sicut & in iudice, dicemus æquiparationem factam a lege ad arbitrum procedere etiam

in hoc casu,& propterea remanebit, quod excõmunicatus non poterit esse arbiter, sicut nec etiã iudex, ut dicunt communiter docto. & erit generalis conclusio non admissis distinctionibus datis in arbitratore, cum ille sepissime possit ex solo motu proprio se informare & arbitrari, & absentibus partibus, & non citatis, sed arbiter semper debet iudicare secundum leges & facta examinatione & habita ordinaria informatione dicta l.j.de arbitr.cum glo.& propterea generaliter prohibetur esse arbiter.

248 Quare†facias conclusionem omnia resoluendo, quod excommunicatus non potest esse arbiter, quia incapax est ordinis iudiciarii, quæ conclusio ampliatur procedere etiã in arbitramẽto quando per statutum haberet executionem paratam, quia tunc assumit uestimentum iuris ciuilis & potestatẽ iudicariam, ideo non caderet in excommunicato, sicut nec etiam potestas iudicandi, per dictum cap.ad probandum. de re iud. & per Alcia.in dicta l.illa uerba.ff. de uerbo. signifi. posset tamen forsan dici, quod ipse posset arbitrari, sed arbitramentum nõ haberet authoritatem statuti & executionem paratam. sed remaneret in ordinaria executione de iure cõmuni competenti. Secundo ampliatur procedere in arbitratoribus electis ex necessitate statuti, si forsan statutum disponeret quod consanguinei teneantur facere compromissum in arbitratores, nam tunc excommunicati neque banniti esse nõ possent, quia haberent iurisdictionem a statuto, & possent ferre sententiam, & ab eis appellaretur ut no.de arbitr.per docto.in l.cum appertissimi, & l.fi.C.de iudi.Et posset etiam ampliari procedere in spiritualibus, quæ non uidentur posse cõmunicari cum excommunicatis, & uidentur incapaces potestatis cognoscendi de eis, quæ ampliationes sunt limitationes ad regulam traditã per Bar.supra, quæ procedunt quando ab initio eliguntur cum tali impedimento, secus autem quando ab initio sunt habiles, & postea superuenit excõmunicatio, quia tunc finitur potestas arbitrandi propter tacitam conuentionem partium, ita quod ipso iure uidetur desinere habere illam potestatem, & non est opus quod pars opponat, licet Rippa in dict.§.si quis rogatus, præsupponat quod parte opponente excõmunicatus tunc non possit procedere, nam uerum est quod facilius impeditur processus, sed tamen ipso iure uidetur desinere habere potestatem, & opponendo excõmunicationem clarius demonstrat uoluntatem suam quod ab initio noluit consentire si mutaret statum, & si eueniret quod taceret, tunc posset dici quod renuntiasset illi tacitæ conuentioni de qua in dicta l.cum quis.de solutionibus. quod ipse põt facere. sed si eueniret quod ab initio fuisset electus excommunicatus, tunc oppositio facta ab una parte nihil operaretur, quia non posset conuentionem reuocare, neque renuntiationem in ea factam.arg.l.sicut.C.de actio. & obliga.Ex quibus habes duas partes istius quinti articuli expeditas, quomodo finiatur arbitrandi potestas.unde una est quomodo per uoluntatem arbitratoris finiatur,&per uoluntatem ipsorum. Alia est quomodo finiatur per impotentiam. Et prima quomodo finiatur per mortem, & postea quomodo finiatur per aliud impedimentum superueniens uel banni uel excõmunicationis perpetuæ,& alterius similis impedimenti perpetui,

249 Nunc uero†succedit tertia pars istius articuli quomodo finiatur arbitrandi potestas per impedimentum superueniens ipsis contrahentibus tã per mortem quam etiam per aliud impedimentum superueniens bannit uel excommunicationis, ideo Bar.hic quærit utrũ per mortem unius ex compromittentibus finiatur in arbitratore arbitrandi potestas,& respondet ipse quod in arbitris est decisio clara in l,diem proferre. §. primo.ff.de arbitris, ubi dicitur quod morte unius ex compromittentibus finitur cõpromissum nisi actum fuerit quod transeat ad hæredes, & addit Bar.quod idem erit in arbitratore, quia militat eadem ratio quando est susceptus super contractu perficiendo, sed si esset electus ad decidendum aliquod accidentale super contractu perfecto, tunc per eius mortem non finiretur arbitrandi potestas, quoniam contractus ipse transit ad hæredes & in consequentiam arbitramentum super accessorio transire debet.cap.si gratia.de rescrip.in 6.&facit tex.in l.fundi uenditor.ff.de acquir.possessio, ubi qui uendiderat fundum fecit procuratorem ad mittendum emptorem in possessionem,& dicitur quod illud mandatum non extinguitur morte, quia poterit post mortem uẽditoris dare possessionem, nisi contradicant hæredes qui possunt illud reuocare, ut hic per eum.

250 Ex cuius dictis†habes tres conclusiones. Prima est, quod per mortem compromittentis expirat arbitrium. quam conclusionem sequuntur
* omnes*docto.per dictam legem. diem proferre. §.primo.de atbi.& l.sed & si interponatur.§.primo.ff.de arbitr.ubi plus dicitur quod extinguitur etiam quando ab una parte actum est quod transeat ad hæredes & idem procedit de iure canico.cap.ex parte.& cap.fi.ex.de arb.& ratio est, quia compromittentes confidunt de arbitro, & eligunt eius industriam, quæ confidentia est personalis in ipsis compromittentibus, & eam nõ haberent eorum hæredes, unde sicut propter hãc causam arbitriũ nõ trãsit ad hæredes arbitri, eodẽ modo neq; transit ad hæredes cõpromittẽtiũ.

251 Secunda est†conclusio, quod per mortem compromittentium finitur arbitrandi potestas in ipso arbitratore.arg.tex.in dicto.§.diem proferre. §.primo, sed Speculator in titulo de arbi. §. finitur.uersi.sed nunquid arbitrator. tenet contrarium, quod imo tex.in dicta.l.diem proferre.loquens in arbitro non habet locum in arbitratore,&quod per mortem compromittentium in eo non finiatur arbitrãdi potestas,& mouetur, quia arbitramentum est transactio.gloss. in d.auth.ut differentes iudices.§.primo. & quando fit super lite adhuc dicitur fieri super contractu perficiendo, ut per Bar.in l.prima.§.in operis. ff. de oper.

noui

noui nuntiatio.supra, sed natura contractus est ut transeat ad hæredes etiam quod non sit dictũ pro se & hæredibus l.ueteris.C.de contrahend.& committend.stipulatio.& l.si pactum.ff.de probationib. ergo & arbitramentum præsumetur factum pro se & hæredibus, etiam quod non fuerit dictum,& per consequens per mortem compromittentium non finietur potestas arbitrandi, & confirmat Ias.quia dicta regula.l.si pactum.procedit etiã si contractus ueniat implendus ex cõditionis euentu, cum contractus conditionales transeant ad hæredes.§.ex conditionali.insti.de uerbo.obliga. ergo quamuis in arbitramento in sit conditio(si arbitrabitur)dicta l.si. C. de contrahenda emptio.& l.si merces.ff.locati, tamen transibit ad hæredes etiam quod non fuerit dictum, & hanc opinionem tenuit Franciscus de albergotis hic,& Roma.contra Bar.& Bal.in dicta l.fi.in quinta quæstione.& in antepenul.col.& canonistæ.Anto. & Ioannes de Imol.in dicto capi. quintauallis.in 12.differentia.& ibi Abba. nona colum.in 5.differentia.Ioannes And. & Anto. de Butrio in capi. fi. de arbi.Imola uero hic distinguebat, an esset arbitrator super lite uel super contractu, & si assumitur super lite non transeat ad hæredes, sicut nec iudicia, & si assumatur super contractu, transeat, quia obligationes sunt transmissibiles, Quæ ratio infert contrarium, per ea quæ dicemus in 3. conclusione Bar. ideo Alex. hic eum reprehendit in hoc, & ipse tenet indistincte opinionem Specula.& Socci.cũ aliis quos refer Ias.dicens quod hæc uidetur magis communis* opinio.Roma.uero tenet opinionem Bartol. per dictam legem diem proferre. quoniam eadem ratio quæ militat in arbitris habet locum etiã in arbitratoribus. & ad rationem Speculatoris respondebat, quod non tenet consequentia, æquiparatur uni quod transit ad hæredes ergo & ipse transit, nam uidemus quod arbitrium æquiparatur iudiciis,& habet instar eorũ. l. prima.ff. de arbir.& l. cum antea. C.de arbi. quæ iudicia
252 †transeunt ad heredes. l. tam ex contractibus.ff. de re iudi.& ibi no.& instantia iudicii transit ad hæredes .l. si cum hominem.& ibi no.ff.de fideiiussio. & nihilominus uidemus quod arbitrium non transit ad hæredes non obstante tali æquiparatione, ergo eadẽ ratione debemus dicere quod non tenet consequentia, arbitramenta æquiparantur contractibus seu sunt contractus qui in dubio transeunt ad hæredes, ergo & etiam debẽt transire arbitramenta, quoniam argumentum a simili non procedit quando militat diuersa ratio, at in arbitris & arbitramentis militat diuersa ratio, quæ non militat in æquiparatis, ergo non tenebit argumentatio, unde addebat ipse Roma.quod non fit interpretatio de qua in.le. si pactum.in arbitris & arbitramentis, quia compromissa sunt stricti iuris, & stricte intelligẽda, & non ueniunt nisi expressa a partibus.l. non distinguemus.§.de offi.ff.de arbi.& c.cum dilectus. ex.eo.tit. ergo non uenit persona hæredum nisi sit expressa a partibus.d.c.fi.de arbi.& l. sed si interpollatur.§.fi.ff.de arbi.eandem opinionẽ cõtra Speculatorem tenuit Abb.in d.c.fi.de arb.qui dixit mirandum esse de Speculatore qui tenuerit contrarium cum confundatur per tex.in d.c. fin. dum generaliter dixit, cõpromissa non transeũt ad hæredes nisi hoc expressum fuerit, & uerbum (compromissum)adaptatur & arbitris & arbitratoribus, ergo etiam probat de arbitratoribus ut non transeant ad hæredes. Secundo cõfirmat per rationem spetialem, quoniam compromissa fiũt tam in arbitris quam in arbitratoribus propter confidentiam quam habent in eis, & eligunt eorum industriam & amiciciam. le. non distinguemus.§.quæsitum.ff.de arbi. quæ ratio cessat in hæredibus quibus arbiter non erit nec notus nec amicus,& quamuis ille tex.loquatur de arbitris, tamen hæc ratio fortius militat in arbitratoribus, qa cũ eis detur maior potestas, & magis possunt offendere, maior quoq; dicitur esse partium confidentia in eo,& ad argumentũ Speculatoris respondebat, dũ dicebat quod arbitramentũ sit contractus qui transeat ad hæredes, ut procedat si fuisset sequtus effectus ante mortẽ unius ex cõpromittentibus, secus quando arbitramentũ nõ fuit sequtũ ex quo altera pars decesserit, quia tũc nõ potest dici transactio perfecta, nimirũ si non transit ad hæredes, tamen dicit Ias.hæc responsio nihil ualet, quia contractus conditionales & ipsi continentur sub regula legis si pactum,& ante impletam conditionem transeunt ad hæredes.d. §. sub conditione.insti.de uerb.obli.& l.necessario. §.quod si pendẽte.ff.de peri.& commo.rei uendi. Nihilominus ipse adhuc tenet conclusionẽ Bar. quod imo non transeat ad hæredes arbitramẽtũ per dictã rationem, quia ratio confidentiæ eadẽ est,& maior in arbitratore quæ est personalis, & arbitrator plus potest offendere quã arbiter, cũ possit dare uni quod est alterius, prout est glo.in l.si de meis.§.recepisse.ff.de arbi.& no.in ca.nisi. de præbend.& fuerunt rationes cardinalis in di. c.fi.propter quas etiã tenet contra Speculatorẽ. & ad argumentũ Speculatoris respondet ut tenebat Abb.licet dicat non ualere, uel eo modo quo respondebat Ro.& ita pertransit.Ruy. quoq; tenet opinionem Bar.per prædictas rationes,& per alia debiliora.Sed tu aduertas quod omnia fundamenta tenentium cõtra Speculatorem possunt
253 euitari, Nam tex.in†d.c.fi.loquitur de arbitro tãtum,& licet compromissum possit adaptari ad arbitratores, tamen de proprietate sermonis comprehendit arbitros tantum, quoniã in arbitratoribus magis proprie dicitur transactio, & quod loquatur de arbitris ille tex. probatur ex natura tituli.arg.l.imperatores.ff.de in diem adiectione.Secundo dum dicebat maiorem esse confidentiam in arbitratore & plus posse offendere, retorquetur, quia imo plus potest offendere arbiter, quoniam eius sententiæ stari debet siue iusta siue iniusta sit.d.l.diem proferre.§.stari.ff.de arb. sed in arbitratoribus non statur eorũ sententiæ iniquæ cum possit recurri ad arbitrium boni uiri, ut expresse dixit tex. ponens hanc differentiam

in dicta l. societatem. §.arbitrorum.ff.pro socio.
254 Tertio docto.dicunt† quod ratio confidentiæ
pasſim concludit ut non trãſeat ad hæredes, quo
niam eſt perſonalis,nam imo hæc ratio non con-
cludit, ex eo quia bene facit quod non tranſeat
ad hæredes arbitratoris, quoniam compromittẽ
tes cõfidunt de arbitro uel arbitratore & eligunt
eorum induſtriam . ideo non debet recedi a per-
ſona.d.l.in compromisſis.ff.de arbi.& in tex.no-
ſtro cum concordan.ſed non concludit in perſo
na compromittentium ut non tranſeat ad eorũ
hæredes,quoniam ſufficit ipſos compromitten-
tes confidere de arbitro uel arbitratore qui per-
ficiunt compromiſſum,& non curamus de hære-
dibus qui non poſſunt uenire contra factum de-
functi.l.cum a matre.C.de rei uendi. & de perſo
na arbitratoris proprie loquitur tex.in d.§.quæ-
ſitum.ut non egrediamur perſonam arbitrorum,
non autem uult quod non poſſumus egredi per-
ſonam compromittentium , & ſic apparet quod
principalis ratio in qua ſe fundant docto. tenen
tes opinionem Bar.non eſt uera,& quod ipſi ui-
dentur æquiuocare, unde multum ſubſtentabilis
eſt opinio Speculatoris quæ communis eſt .
255 Nihilominus† iis non obſtantibus adhuc ego
puto opinionem Bar.ueriorem contra Speculato
rem,quod imo per mortem compromittentium
finiatur etiam in arbitratore arbitrãdi poteſtas
& non tranſeat ad hæredes , & ratio principalis
eſt confidentia quæ militat in compromiſſo, ali-
ter tamen declarando quam faciant docto. nam
duplex eſt confidentia,una erga perſonam arbi-
tratoris,& hæc facit quod non recedatur a perſõ
na ipſius,& quod non tranſit ad hæredes ſtipula-
toris, Alia eſt inter compromittentes inuicem .
nam ipſi compromittentes uidentur inter ſe ha-
bere ſpetialem confidentiam uel dilectionem,nã
mouentur ad compromittendum quoniam uo-
lunt amicabiliter procedere & uolunt cognoſce-
re ueritatem & non inuicem ſe torquere in ordi
nariis litibus,quæ ratio perſonalis eſt & non trã
ſit ad hæredes,& qui compromittunt cum princi
palibus non compromitterent cum hæredibus ,
neq; curarent de eis,& ideo ſtatutum mandat ut
conſanguinei inuicem faciant compromiſſum ,
non autem mandaret ſi conſanguinei haberent
hæredes extraneos,quia hæc ratio eſt perſonalis,
unde licet prima non impediat tranſitum ad hæ
redes in compromittentibus,cum reſpiciat per-
ſonam arbitri,tamen hæc ſecunda impedit quod
compromiſſum non tranſeat ad hæredes cõpro-
mittentium,&hæc ſecunda fuit conſiderata in d.
l.diem proferre,§.primo.& l.ſed & ſi interpolla-
tur.§.fi.ff.de arbi.& dicto cap.ex parte. & cap. fi.
ex.de arbi.quæ dicitur æqualiter militare etiam
in arbitratoribus , & fortius quando apponitur
clauſula (quod poſſit uni auferre & dare alteri)
intelligendo tamen de modico,quod non poteſt
arbiter facere,& ſic apparet quod concluſio Bar.
remanet uera .
256 Non obſtat†fundamentũ Speculatoris,cui hu-
cuſque tamen nulla fuit data bona reſponſio , nã
reſponſio Abb.fragilis eſt ut dicebat Iaſ. reſpon
ſio Romani quoque fragilis eſt,quoniã lex ſi pa-
ctum.& lex ueteris.habet locum etiam in contra
ctibus ſtricti iuris in quibus uerba intelliguntur
ut iacent.l.ueteribus.ff. de pact.& l. quicquid ad
ſtringendæ.inf.eodem. unde tu tertio modo re-
ſponde negando aſſumptum quod ſemper natu-
ra contractus ſit ut tranſeat ad hæredes , quando
non fuit dictum.nam contrarium ſeruatur in mã
dato.§.finitur.inſti.manda.& in ſocietate.l.actio
ne.§.publicatione.ff.pro ſocio. & in præcario , &
in multis aliis contractibus ſimilibus, & ideo fit
diſtinctio ut concordentur illa iura,quod contra
ctus in quibus eligitur induſtria perſonæ , uel eſt
aliqua confidentia,uel alia ratio ſpetialis, illa nõ
tranſeunt ad hæredes, ſi uero non adeſt aliqua ra
tio confidentiæ uel electionis induſtriæ & alia ſi
milia,tunc in dubio uidetur actũ ut tranſeat ad
hæredes,& hæc fuit ratio quæ faciebat antiquos
dubitare in dicta l.ueteris.C. de contrahen. ſti-
pulatio.quando erat obligatio de faciendo . ſed
tamen ibi Iuſtinianus mandauit ut præſumatur
ſemper quod non eſt electa induſtria perſonæ in
ſtipulatione de faciendo niſi aliud appareat, ſed
quando electa eſt induſtria ipſius perſonæ tunc
etiam procedit diſpoſitio antiqua ut ibi no.cum
ergo in arbitratoribus per compromittentes ui-
deatur electa induſtria perſonæ tam reſpectu eo
rum quam reſpectu ipſorum compromittentiũ
ſequitur quod talis contractus non tranſit ad hæ
redes ex regula communi,& dicta ratio Specula
toris nõ concludit in propriis terminis.Et pro-
257 ptereat† apparet quod omnia contraria ceſſant ,
& uerior eſt opinio Bar.quando compromiſſum
fuit factum in certam perſonam ad quam uiden-
tur ſe reſtrinxiſſe compromittentes faciendo to-
tum contractum conditionalem.dicta l.fi.& dic.
l.ſi merces.ſecus autem eſſet quando eſſet factum
compromiſſum in aliquem generaliter conſide-
ratum tanquam bonum uirum,quia tunc contra-
ctus eſt purus & non reſtrictus ad perſonam&trã
ſiret ad hæredes.arg.tex. in l.1. ſecundo reſpon-
ſo.ff.de lega.2.
258 Tertia colligitur†concluſio, quod aliud eſt ꝙ
fiat arbitramentum ſuper contractu perficiendo,
Aliud ſuper contractu perfecto,& infra in ſequẽ
ti quæſtione Bar.dixit quod arbitramentum ſem
per dicitur eſſe contractus etiam quod fiat ſuper
lite,quia uidentur partes tranſigere de lite, cum
qualitatibus declarandis per arbitratorem,& ſic
ſuper contractu tranſactionis perficiendo.ut di-
xit Bar.in dicta l.1.§.in operis . quem ſequuntur
* communiter*docto.ſupra de noui oper.nunt.un-
de ſequitur quod omne arbitramentum ſiue ſu-
per lite ſiue ſuper contractu iuxta dictam legem
finalem & dictam legem ſi merces, ſiue alio mo-
do fiat ſemper eſt contractus & habet eandem na
259 turam. Vnde†cauſatur magna contradictio inter
dictam legem finalem.C. de contrahenda empt.
cum ſuis concordantibus &. dictam legem ſocie
tatem.§.arbitrorum.ubi dicitur quod arbitrato
res ſunt quando receditur ab eorum perſona &
recur-

& recurritur ad arbitrium boni uiri,& in hoc dif
ferunt ab arbitris,ideo uidetur dicendum quod
in omni arbitramento semper recedatur a perso
na & recurratur ad arbitrium boni uiri.unde ob
stat tex.in d.l.fi.qui dixit quod si arbitratus fuit
omnimodo permanere debet contractus, & idē
dicitur in d.§.pretium.insti.de emp. & uendi. &
d.l.si merces.Bar.hic in prima oppositione uide-
tur dare unam solutionem fatendo contrarium
quod semper sequto arbitramento recurritur ad
arbitrium boni uiri,& tex.in d.l.fi. cum concor-
dantibus intelligitur si bene arbitratus fuit, sed
si male arbitratus, tunc restringitur ille textus
ut non debeat permanere,sed recurratur ad ar-
bitrium boni uiri, & uidentur communiter* te-
nere docto.hic,& ibi, tamen ego supra tenui con
trarium,quia hæc responsio est mera destructio
illorum trium iurium, quæ dicunt omnimodo
standum est,& quod traditio sequenda est & pre
tium persoluendum, & perduci debet ad effe-
ctum,quæ uerba non possent stare si recurreretur
ad arbitrium boni uiri,quoniam deberet contra
260 ctus remanere suspensus donec corrigeretur ini-
quitas,Ideo† tu potes†dare aliā solutionem quæ
fuit aliquorum relatorum in utroque loco,quod
dictus.§. arbitrorum.debeat restringi ut intelli-
gatur quod recurratur ad arbitrium boni uiri,
quando est magna læsio excedens medietatem
iusti pretii,ut uidetur dicere tex.in l. unde si Ner
uæ, quæ sequitur, quo casu contractus ille rescin
ditur, non quia recurratur ad arbitrium boni ui
ri sed ex propria natura.iuxta textum in lege se-
cunda. C.de rescindenda uenditione.& l. si quis
cum aliter. supra eodem. & ideo Roman. su-
pra relatus dicebat quod non intentatur offi-
cium iudicis in contractu stipulationis, sed
intentarur actio de dolo uel exceptio. iuxta di-
ctam legem si quis cum aliter. quæ competit quā
do est dolus re ipsa,idest læsio ultra medietatem
iusti pretii,& tunc non contradicit text. in dicta
l.si. cum concordantibus, quia bene perducitur
ad effectum sed postea reuocatur ex regula com
muni procedente in omnibus contractibus.d.le.
2.& d.l.si quis cum aliter.quod nota pro intelle-
261 ctu dicti.§.arbitrorum.
Quarta†est conclusio Bar.quod ubicunque cō
promissum fit de aliquo accidenti super contra-
ctu perfecto tunc transit ad hæredes & non ex-
tinguitur per mortem compromittentium, & ra
tio est, quia contractus perfectus transit ad hæ-
redes & illud compromissum super accidenti est
quoddam accessorium sequens eius naturam,re-
gula accessorium,de regul. iuris in 6.ideo debet
quoque transire, ut est text. in capitulo si super
gratia.de rescrip.in 6.qui allegat hanc rationem
& exemplum potest poni in illa quæstione Bart.
quando uenditur fundus pro centum, & si appa-
rebit emphyteuticus diminuatur pretium arbi-
trio Titii, uel quando uenditus fuit fundus, &
actum fuit quod accedant boues arbitrio Lutii
Titii, uel quando uenditus est liber pro decem,
& si apparebit quod ualeat plus illud soluatur
declarandum arbitrio Lutii Titii, uel quando
quis uendit equum pro decem, & si non placue-
rit redhibeatur. dicta leg.quod si nolit.§.si quid
ita.Secundum intellectum supra traditum. nam
in istis casibus compromissum transibit ad hæ-
redes, quia dicitur factum super contractu per-
fecto, & est accessorium ipsius,& sicut contractus
ipse transit, ita & hoc accessorium. dicto capi-
tulo super gratia. & sequntur communiter* do
ctores.
262 Sed ego puto† hanc conclusionem non esse ue
ram, & quod nulla debeat fieri differentia an cō
promissum fiat super contractu perficiendo, uel
contractu perfecto, ut probatur in tex.nostro se
cundum uerum intellectum supra firmatum,nam
cum tex. simpliciter loquatur, generaliter in-
telligitur in omnibus stipulationibus de resti-
tuendo, siue fiant ex causa propria, siue fiant su-
per contractu perficiendo, siue fiant super con-
tractu locationis perfecto, sequendo utrumque
thema gloss.nam in omnibus dictis casibus text.
noster procedit ut stipulatio de restituendo fit
nulla non facta differentia an fit super contractu
perficiendo uel perfecto, & est ratio, quia sem-
per uerum est quod totus ille contractus stipu-
lationis dicitur esse remissus in arbitrium, & ef-
ficitur conditionalis, & stat sub illa conditione.
dicta lege final. cum similibus & ideo non arbi-
trante, non facta dicta differentia, contractus
corruit & stipulatio non ualet, sed contractus si
est perfectus retinet suam naturam & propriam
actionem, quæ potest intentari, nec inconue-
nit quod unum accessorium extinguatur,& prin-
cipale remaneat ualidum, ut no. in dicta regula
accessorium. & propter istam rationem ego di-
xi quod Bartol.supra in dictis quæstionibus non
bene loquutus fuit, sed quod semper arbitratore
non arbitrante ille actus (quamuis accessorius)
remanet nullus, & contractus retinet sua reme-
dia competentia de iure communi,eodem modo
sicut ibi non fit differentia quando compromis-
sum fit super contractu perfecto uel perficiendo,
nec etiam debet fieri differentia quantum ad cō-
promittentes, ut æqualiter non transeat ad hæ-
redes & extinguatur per mortem unius ex com-
promittentibus arbitrandi potestas, quia sem-
per eadem ratio est confidentiæ tam respectu ar
bitratoris quam respectu compromittentium,
quæ est personalis, & non transit ad hæredes,
ergo nec etiam compromissum debet transire ad
hæredes.
263 Et pro ista † opinione in terminis nostris est
tex.in d.l.fundi uenditor.de acquir. posse.qui re
torquetur.nam ibi uenditio erat perfecta & man
datum de mitteno in possessionem erat factū su-
per contractu perfecto,& tamen per mortem in-
ter scientes extinguitur,sicut habetur in.§.finitur
insti.manda.& tex.ibi uidetur distinguere an sci
ret mortem debitoris uel ignoraret,& si tu dicas,
imo tex.uult quod eo sciente mandatum potest
producere ad effectum, & solum negat quod ha-
beat effectum contradicentibus hæredibus, ut ui

detur tenere ibi.Bar.& ita summare.nam respon
detur quod adhuc probat contrarium,ex eo quia
uult quod hæredes possint reuocare, ergo non li
gantur eo quãuis ligentur per ipsum contractũ,
ergo eodẽ modo non ligabuntur hæredes per il-
lud compromissum,& semper poterunt dicere se
nolle stare compromisso & illud finire, & sic pro
bat contra Bar.uolens quod mandatum accesso-
rium non mutet naturam suam propter contra-
ctum perfectum. nec obstat dictum capitulum su
per gratia.quia ille tex.loquitur in exequtore ap
posito a concedente gratiam, & Papa ibi decla-
rat intentionem ipsius quando elegit, quod in-
tendit delegare effectualiter ut non extinguatur
morte,quoniam concedit gratiam perpetuam,&
sic tex.loquitur ibi quando apparet præsumpti-
ue de mente delegantis,in dubio autem hæc mẽs
non præsumitur per d.l.fundi uenditor.neq; etiã
compromittentes uidentur habuisse istam men-
tem ut transeat ad hæredes,cũ moti fuerint pro-
pter confidentiam & rationem personalem, ut
probatur in tex.nostro.qui uult generaliter con-
tractum esse conditionalem & annullari, quia
non fuit sequtum arbitramentum. Quare gene-
raliter concludas,quod ista differentia quam fa-
cit Bar.in tota hac lege,an fiat arbitramentũ su-
per contractu perficiendo uel de accessorio su-
per contractu perfecto non est uera,sed equaliter
contractus commissus quamuis accessorius an-
nullatur eo non arbitrante,& æqualiter per mor
tem compromittentium annullatur & extingui-
tur arbitrandi potestas, nisi expresse sit dictum,
quod transeat ad hæredes,dictis iuribus.

264 Sed aliam subiicit†Bar.quæstionem,quid si nõ
moriantur contrahentes,sed superueniat impedi
mentum notabile,ut quia unus ex contrahentib.
deportatus fuit,& bona sunt publicata, an extin
guatur arbitrandi potestas, & ipse determinat
idem quod per mortem, quia sicut per mortem
extinguitur,ita & per publicationem bonorum,
quoniam illa æquiparatur morti,cum fiscus suc-
cedat in uniuersum ius,l.actione.§.publicatione.
ff.pro socio,& confirmat etiam, quia contractus
conditionales facta publicatione ante conditio
nem non transeunt ad fiscum,quia non est perso
na quæ obligetur,ut dicit tex.in l.quotiens.§.fin.
ff.de nouatio.ubi si ille idem qui sub conditione
promisit promisit pure non fit nouatio inconti-
nenti,sed expectatur cõditio,& ideo infert quod
si pendente conditione bona eius sint publicata
non poterit fieri nouatio, quia non est persona,
quæ obligetur,quoniam fiscus non habetur loco
hæredis,& non est qui obligetur,ita enim inquit
Bar.erit in hoc compromisso & contractu transa
ctionis,quoniam cum sit factus sub conditione
(si arbitrabitur)& ante arbitramẽtum moriatur
unus ex compromittentibus, conditio existens
de arbitratu non poterit ligare fiscum, quoniam
non est persona quæ obligetur,& per consequens
propter publicationem bonorũ extinguetur ar-
* bitrandi potestas,& sequuntur communiter do-
cto.Sed tu aduertas dum ipse dicit idem in pu-
blicatione quod in morte,præsupponit quod qñ
esset arbitramentũ super contractu perfecto tran
siret in fiscum & non extingueretur sicut nec in
morte extinguitur,& ligaret ipsum fiscum,sic in
arbitramento sicut in ipso contractu,& eius opi
nio posset procedere si sequeremur eam in præce
denti quæstione,sed quia nos ibi reprobauimus,
eodem modo & idem dicendum est hic quod nõ
debet fieri differentia an fiat super contractu per
fecto uel perficiendo, quia semper per publica-
tionem extinguetur arbitrandi facultas.

Vnde unica tantummodo remanet dubitatio,
utrum sit uerum quod per publicationem extin-
guatur,& Bar.hic concludit quod sic, & sequun-
tur docto.relati hic per Ias.& Soc.& idem Barto.
in consi.suo incipiente Talionus de Spoleto,&in
lege postquam.ff.ut legatorum nomine caueatur,
& fundamentum suum est,quia contractus condi
tionales non transeunt in fiscum siue sint ex cau-
sa de futuro siue ex causa de preterito ante con-
ditionis existentiam,quia in eis fiscus non habe-
tur loco hæredis,dicta lege quotiens.in fin.& ibi
Bartolus. & gloss.in leg. inter eos, §. finali.de fi-
deiuss.

265 Contrarium†tamen tenuit late Bal. sibi cõtra
rius in d.l.fi.in antepenul.col. & ibidem Saly. in
5. q. motus,quia ex persona fisci successoris non
debet immutari conditio obligationis.l.recusa-
re.§.si fisco.ff.ad Trebellia.& l.cum quidam.§. fi-
scus.ff.de usur.& le. fiscus.ff.de iure fisci.per quas
lges confunditur fundamentum Bar.quod in fis
cum non transeunt obligationes conditionales,
quoniam imo debent transire quia non mutatur
natura contractus per fiscum,& eandem opinio-
nem tenuit Alex. sibi contrarius ibi in appostil-
lis,& plenius in l.si marito. in princip.colu. 1.ff.
sol.matr.uolens quod obligationes conditiona-
les etiam passiuæ transeant in fiscum, per tex. in
l.Statius Florus.§.Cornelio Felici.ff.de iure fisci.
& l.inter socerum.§.fi.ff.de pact.dotalib.nec ob-
stat d.l.quotiẽs in fi. quia uterq; respondet quod
loquitur in conditione potestatiua quæ nõ tra-
hitur retro sui natura,secus in conditione casua-
li,ut est tex.in l.potior.& l.qui balneum.ff.qui po
tio.in pigno.habeantur.cum ibi no. & cum non
trahatur retro ex natura contractus non obliga-
bit fiscum.Ias.autem hic tenet opinionem Bart.
quod imo actiones passiue conditionales nõ trã
seant in fiscum,per d.l.quotiens.in fi.quæ cauilla
ri non potest,primo quia simpliciter loquitur.Se
cundo quia tex.dicit quod quando extitit condi
tio non erat persona quę posset obligari,ideo nõ
fundat se in conditione potestatiua. Nec obstat
tex.in dict.l.Statius Florus, quia dicit ipse quod
ibi fideicommissum erat purum sed dilatum po-
stea ad mortem in solutione, & ideo transit in fi
scum.ad dictam l.inter socerum.respondet quod
loquitur de obligatione actiua,quam omnes fa-
tentur transire in fiscum,& ita residet cum Bart.
hic.Ruynus quoque hic late examinat articulum
adducendo contra d.l.quoties.l.ex ea parte. §. in
insulam inf.eodem.& l.sed si mors.§.cum igitur.
ff. de

ff. de donatio. inter uirum & uxorem. sed postea tenet opinionem Bar. & respondet omnibus adductis in contrariũ, & alia ratio adducitur, quod fiscus non tenetur stare huic compromisso, quia non tenetur stare iudicibus principalis, & habet suos iudices. l. si constante. §. fina. ff. soluto matrimonio, nec transit instantia ad fiscum quãuis transeat ad hæredes. Quæ tamen ratio parũ stringit, quia loquitur de iudicibus, non de arbitratoribus. Vnde tu uides quod magna est difficultas in hoc articulo, an obligationes conditionales transeant in fiscum, & sunt duo iura de directo contraria. dicta l. quotiens. quæ dicit non trãsire. & dictus. §. Cornelio Felici. & in utroq; text. dantur responsiones diuinatiuæ & uiolatiuæ, nã uere est uiolare tex. in dicta l. quotiens. restringere ad conditionem potestatiuam, sed etiã est uiolare tex. in dicto, §. Cornelio Felici. restringere ad fideicommissum purum, cum ibi erat relictũ post mortem, & mors facit conditionem. l. 1. §. 1. ff. de conditionibus & demonstrationibus & hoc demonstrat ibi tex. in fi. quia dicit quod si moreretur fideicõmissarius ante mortem hæredis extingueretur fideicommissum & remaneret penes hæredem & fiscum, ergo erat conditionale, cum si esset purum transmitteretur. arg. l. 1. §. fin autẽ sub conditione. C. de caducis tollendis. & quod transmittantur omnes obligationes est ualde æquum & rationabile, ne faciamus quod fideicõmissa conditionalia extinguantur per publicationem bonorum hæredis, quod est nimis fiscale, & est contra generalitatem tex. in dicta l. recusare. §. fisco. inf. ad Trebellianum. & hæc pars mihi magis placet. Nec obstat† dicta. l. quotiens. in
266 fi. quia loquitur in casu speciali quando erat subsequta stipulatio pura quæ obligabat fiscũ, ideo tractabatur de parato præiudicio, & seruatus fuit ille rigor quod non transeat in fiscum & non fiat nouatio, sed extinguat & fiat nulla, tamen seruabitur secunda. Sed quidquid sit† de ueritate illorum iurium, non faciunt in proposito nostro neque cõtradicunt, quia nos intendimus quod nec etiam pure transirent ad fiscum, ex eo quia contractus habẽtes rationem industriæ personæ uel confidentiæ etiam puri non transeunt ad hæredes. dicta. l. actione. §. publicatione, ff. pro socio. & hæc est potissima ratio propter quam se mo-
267 uet Bar. non autem præcedens.

268 Et ideo dicas† opinionem Bar. ueram, propter illam rationem, quia compromissum per mortẽ extinguitur & non transit ad hæredes, ut dictum fuit, eodem modo extinguitur & non transit in fiscum, dicta. l. actione. § publicatione. quod argumentum semper tenet. solum autem alia ratio faceret dubitationem, quando teneremus quod cõpromissum transiret ad hæredes, nam tunc posset dubitari an transiret in fiscum in quem non transeunt obligationes conditionales, ut si esset factũ super contractu perfecto ex intentione Bar. uel quia esset dictum expresse quod transiret ad hæredes, nam tunc militarent rationes docto. & eorum contradictiones, tamen mihi magis placet quod etiam tunc fiscus obligaretur & non extingueretur arbitrandi facultas, & nullam faciamus differentiam inter hæredem & fiscum, cogitata tamen.

269 Sed dubium† est quod non ponit hic Bar. quid si unus ex compromittentibus fuerit excommunicatus, an per talem excommunicationem finiatur arbitrandi potestas, & uidetur dicendũ quod non, ex eo quia excommunicatus est capax contractuum. dicto cap. si uero. cum aliis sup. allegatis. Item si aliquis est obligatus in centum cõtractibus, quamuis sit excõmunicatus. remanet obligatus ex omnibus dictis contractibus, & retinet actiones ex eis, iux. no. in cap. intelleximus. de iudiciis. ergo etiam debet retinere omne ius suum in compromisso & obligari ex eo. Præterea ipse remanet ciuis & est capax omnium iurium ciuitatis suæ, ut etiam suprà dictum fuit. ergo remanet capax istius contractus compromissi seu trãsactionis qui non potest finiri per excommunicationem. nihilominus ego puto contrariũ esse uerius, quod imo extinguatur arbitrandi potestas, ex eo quia ipse est priuatus communione fideliũ, & arbitrator non potest cum eo conuersare neq; alter compromittens, & incidunt in delictũ conuersando & excommunicationem. cap. pe. de cleri. excommunicato ministran. cum simili. & ideo uidetur quod ex tacita conuentione fuerit actũ, ut eo mutante conditionem finiatur contractus & obligatio. per tex. in dicta l. cum quis. ff. de solutionib. qui generaliter uult, quod ubicunq; superuenit mutatio conditionis quæ reddit difficiliorem causam alteri contrahenti uidetur tacite actum ut non procedat contractus, nec obstãt contraria, quia concludunt ipsum excommunicatum esse habilem & retinere ius ex contractibus, & ex parte sua non extinguitur compromissum, sed extinguitur ex parte alterius compromittentis qui uidetur fecisse tacitam confessionem ut mutata conditione nõ procedat ipse cõtractus. dicta lege cum quis. ubi per mutationem conditionis non efficitur inhabilis ipse sed per conuentionem tacitam, & ideo sequitur quod arbitratore & compromittente opponentibus efficitur inhabilis, & extinguitur compromissum, & ita procedit una limitatio quam posuit Rippa in dicto. §. si quis rogatus. quod parte opponente annullatur, nam procedit superueniente deffectu in compromittentibus, sed si deffectus esset in arbitratore, ipso iure finiretur etiam partibus non opponentibus, quamuis clarior sit extinctio eis opponentibus. Quare stat conclusio generalis, quod per publicationem bonorum finitur arbitrandi potestas, & etiam per excommunicationem ipsorum contrahentiũ, & patet quod ex multis causis extinguitur.

270 Vltimo quęrit† Bar. hic, quid si compromittentes dederunt unũ adiunctũ ipsi arbitratori sine quo arbitrator arbitrari nõ possit, utrũ per mortem, uel noluntatem, uel impedimentum ipsius adiuncti finiatur arbitrandi potestas, & ponit exemplum quando dictum fuit, ut arbitretur

cum consilio alterius, & ipse primo allegat text. in l. 1. §. si plures. in 3. responso. ff. de exerci. actio. qui dicit quod si est actum ut unus sine altero agere non possit quod actus sine eo non ualebit. ad idē allegat tex. in l. si Titium & Meuium. ff. de administra. tuto. ubi dicitur, quod si testator mādauit quod Titius tutor non possit gerere actum sine Meuio contutore quod actus sine eo non ualebit, quæ tamen iura non probant in proposito quæstionis suæ, an eis nolentibus mortuis uel impeditis actus sine eis ualere possit, & ipse in d. l. Titium. solum posuit, an consilium debeat peti & sit sequendum, non autem dixit quando recusaue rit dare. & in l. j. §. si plures. col. 5. uersi. quero. Secundo posuit hanc quæstionem, & tamen solū uidetur determinare an debeat expectare eius con silium, sed tamen ipse nō determinat quid agendum sit quando ipse noluit uel non potuit. ideo hic tertio loco allegat tex. in ca. 1. §. fi. ex. ne sede uacante. in 6. qui tex. uult quod qn̄ aliquis debet conferre beneficia cū consilio episcopi, eo mortuo uel absente & impedito potest illa conferre, & quia residet cū isto tex. facit resolutionem diuersam a præcedentibus, quia determinat quod si ille consultor non uult uel non potuit uel mor tuus fuerit nihilominus arbitrator possit præsta re arbitramentum suum.

271 Sed tamen† eius conclusio ut hic dicit Ias. in fi. est communiter reprobata, quia est cōtra omnes regulas supra traditas, quoniā compromittentes uidentur contractum suum restringere ad actum suum, ut eo cessante debeat cessare tota dispositio, & arbitramentum efficiatur nullum eo non præstante consilium suum, & ut dicit tex. noster hic cū aliis concor. suis, cū eadem sit ratio. nec ob stat tex. in d. c. 1. quia loquitur quando ille tenebatur adhibere consilium episcopi ex dispositione legis, qui casus differt ab alio quando tenetur ex conuentione partium petere consilium, ut declarat Bar. in d. l. Titium & Meuiū. item loquitur quando tractatur de collatione beneficiorum. in quibus mora affert periculum, & agitur de præiudicio animarum & rerum ecclesiæ. unde continet casum specialem qui non potest trahi in consequentiā, & propterea cōmuniter doct. tenent cō tra Bar. seruando regulas istius materiæ, aut casū remittit in arbitratorem contractus qui debeat arbitrari cū consilio certæ personæ; & tunc eo nolente arbitrari extinguitur arbitrandi potestas, sicut in arbitratore. si uero dictum fuit (cum con silio sapiētis) in genere, & tūc licet eligatur unus, potest recedi ab illo, & sic recurri ad arbitrium boni uiri, quoniam tunc contractus in totum nō est conditionalis, & propterea habes quod ex tribus generibus personarum finitur arbitrandi potestas per noluntatem uel impedimentum, nam per noluntatem mortem & impedimentum arbitratoris iam dictum fuit quod finitur arbitrandi potestas, eodem modo per noluntatem mortē & impedimentum admitti debentis præstare cō silium finitur arbitrandi potestas, etiam arbitratore parato, quia suum arbitramentum est restrictum ad consilium. item finitur per mortem noluntatem & impedimentum compromittentiū, ut supra conclusimus.

272 Quæ omnia procedunt† etiam si esset dictum, quod teneretur arbitrari cum consensu alterius, nam mortuo uel nolente uel impedito eo qui debet præstare consensum adhuc finitur arbitrandi potestas etiam arbitratore parato, & idē etiā dicendum est si esset dictum, quod quis deberet arbitrari cū authoritate uel iudicis uel alterius, nam mortuo uel nolente uel impedito eo qui deberet præstare authoritatem adhuc finiretur arbitrandi potestas etiā arbitratore parato, & uolente, & sic in effectu habes generalem conclusionem, quod ubicunque datur aliquis adiunctus arbitratori semper est necessarium quod ille adiunctus præstet suum actum, alioquin adiuncto mortuo nolente uel impedito semper finitur arbitrandi potestas, sed hoc plus est quando requiritur consensus ut non sufficiat petere consilium, sed est opus tantum persuadere ut quoque præstet consensum, alioquin non poterit arbitrari, & sic requiritur authoritas, hoc plus requiritur quod non tantum præstet consensum, sed etiam præstet eum solemniter & tempore actus, ut est tex. in §. penul. & ibi glo. no. insti. de autho. tutorum. & deficiente hac qualitate præsentiæ arbitramentum redderetur nullum, & contractus redderetur nullus, secundum regulam positam in tex. nostro.

273 Item† quod diximus de arbitratore procedit etiam in arbitro, & fortius ut dictum fuit. Item procedit quando dictum fuit ut contractus fiat si alteri placuerit. iux. l. si pater. §. si Sticho. ff. de fidei commiss. lib. & l. quod si nolit. §. si quid ita. ff. de

274 ædil. ædict. & idem etiam† erit quando esset contractus remissus in uoluntatem seu liberam uolūtatem, quia tunc etiam eo nolente mortuo & impedito finiretur arbitrandi potestas, & contractus remaneret nullus.

Et sic stat generalis conclusio quod quomodocunque ex octo modis remittatur contractus finiretur arbitrandi potestas, & contractus remaneret nullus mortuo nolente uel impedito eo. Itē

275 hæc† conclusio procedit siue remittatur totus cōtractus, siue unum substantiale, siue res ipsa siue unum accidentale super contractu perfecto. nam semper procedit hæc conclusio quod eo non arbitrante ex quacunq; causa contractus redditur nullus & finitur arbitrandi potestas, licet Bar. aliter teneret de contractu perfecto. Fallit ubicunq; impedimentum proueniret ex causa debitoris, quia tunc fingeretur arbitramentum latum; per

276 dictam. l. iure ciuili. item fallit† quando esset remissio facta in personam generaliter consideratam, quia tunc recedi potest a persona, & remanet actus ualidus secundum distinctionem breuem, quam ego dedi in tota materia ultra alios in 3. articulo. in quam doct. incurrunt inaduertenter in hac ultima quæstione.

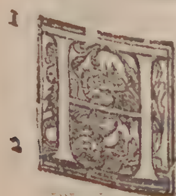
277 Nunquid † autem ille qui est adiunctus ut præstet consilium debeat eius uoluntas obseruari, posuit Bar. in d. §. si plures. dicens, aut sumus in dispositi-

spositione legali & non debet expectare eius cõsilium si fuit impeditus, sed potest procedere ad actum, quando mora esset periculum allatura l. si longius. §. si. ff. de iudi. l. si ego. 1. in fin. de iure dotium. & l. si cum dotem. §. eo autẽ tempore. uer si, quid si. sol. matr. & d. c. 1. fallit qñ est præsens & potest consiliũ præstare, quia tunc cogitur. arg. l. si. §. necessitate. C. de bon. quæ lib. & l. si quidem. C. de decur. lib. 10. Si uero ex dispositione hominis actus debet fieri cum consilio alterius, tũc regulam similiter facit quod actus potest fieri prætermisso consilio si ille non uult præstare. l. q Romæ. §. cohæredes. in f. eo. & l. fi. C. de iur. emphyte. & ca. cum olim. de arbi. quod procedit etiã quod eius consensus debeat præstari in ultima uoluntate. arg. l. fi. §. sed & si quis. C. commu. de leg. Fallit quando est talis consultor cuius consilium debet sequi, tunc receditur a persona per legem nostram. ut ibi per eum.

278 Tamen† quia hæc tota theorica uidetur cõtraria materiæ nostræ, ideo eam non teneas, & sequere ea quæ supra dixi, quia melior theorica est & pluribus iuribus comprobata, & solũ potest procedere opinio sua quando petiisset consilium, & audiuisset illud, nam tunc postea non tenetur sequi, sed si ipse noluisset præstare consilium uel nõ potuisset annullaretur actus, ut supra conclusi & hæc sufficiant.

Ioannes Bolognetus Salerni legens, & Messanæ repetita in 20. lection. die ultima octob. 1569.

Summarium.



1 *Haec est de principalibus legibus continens magistralem materiam stipulationum diuiduarum & indiuiduarum seruitutum & factorum.*
2 *In §. Cato tractatur de uno particulari effectu, quomodo committatur stipulatio pœnalis contra principales & eorum hæredes.*
3 *Ibi præsupponitur cognitio stipulationum diuiduarũ & indiuiduarũ, & accidentaliter, non ordinarie tractatur sed solum propter commissionem pœnæ.*
4 *Hic datur generalis & principalis theorica ad cognoscendũ res diuiduas & indiuiduas, & facta, & stipulationes earũ. Ideo hæc generalis, illa spetialis.*
5 *Præmissa Bar. sunt imperfecta, ideo suppleri debent per tres primas quæstiones eiusdem.*
6 *Quatuor pro euidentialibus sunt præmittenda, quid sit diuisio & quot eius speties, qño stipulationes sint diuiduæ, & quomodo res uel facta diuidãtur.*
7 *Diuisio quid sit, diffinitur & declaratur.*
8 *Diuisio fit duobus modis, actualiter & intellectualiter & quomodo fiat actualiter declaratur.*
9 *Intellectualis diuisio quæ sit, & qño fiat natura uel l.*
10 *Diuisio intellectualis constituit partes pro indiuiso.*
11 *Totum generale quid sit, & quot modis contingere potest declaratur.*
12 *Totum uniuersale quid sit, & quot modis contingere potest declaratur.*
13 *Totum spetiale quid sit, & quot modis contingere potest declaratur.*
14 *Diuisio fit aut de toto generali, aut de toto uniuersali, aut de toto spetiali.*
15 *Diuisio utraque actualis & intellectualis continet sub se quatuor alias speties.*
16 *Diuisio numeralis quæ sit, & de quibus rebus fieri possit, & de quo toto.*
17 *Diuisio quotitatiua quæ sit, et de quo toto fiat declar.*
18 *Diuisio integralis quæ sit, & de quo toto fieri possit.*
19 *Diuisio simplex quæ sit, & de quo toto fieri possit.*
20 *Diuisio actualis non pertinet neque adaptatur ad stipulationum materiam.*
21 *Diuisio intellectualis sola pertinet & adaptari potest ad stipulationum materiam.*
22 *Tres sunt principales propositiones semper repetẽdæ, quod duplex est diuisio, actualis, & intellectualis, & quod actualis non pertinet ad hanc materiam, & quod sola intellectualis interuenire potest.*
23 *Stipulationes quando sunt diuiduæ uel indiuiduæ, late declaratur.*
24 *Stipulationes duobus modis considerantur, de per se, seu in abstrato, uel in concreto.*
25 *Stipulationes in abstrato cõsideratæ recipiunt omnes speties diuisionum, sed non pertinet illa ad materiã nostram.*
26 *Stipulationes in concreto seu respectu rerum contentarũ sunt diuiduæ si res sunt diuiduæ, & indiuiduæ si res sunt iudiuiduæ, & quomodo sit declaratur.*
27 *Cum stipulationes sint diuiduæ uel indiuiduæ secũdũ naturam rerum contentarum, uidendum est omnino, quomodo res omnes sint diuiduæ uel indiuiduæ, Quod declarat Bar. in 1. 2. & 3. q.*
28 *Præmissa Bar. fuere imperfecta & confusa, quia non habuit memoriæ speties diuisionum neque omnes modos diuidendi.*
29 *Bar. theorica quomodo res corporales diuidãtur refertur & declaratur cum suis regulis & fallentiis.*
30 *Theorica prædicta Bar. imperfecta & in multis falsa.*
31 *Omnes speties rerum corporalium indiuiduũ appellat tota schola philosophorum, & res prohibitæ a lege diuidi possunt per intellectum, & naturaliter.*
32 *Noua theorica traditur.*
33 *Res corporales si considerãtur ut materia, actualiter diuidi possunt p oẽm modũ diuidendi, sed si cõsiderantur ut speties, indiuiduæ sunt propter formam.*
34 *Diuisio intellectualis a natura & lege pmittitur in omnib. reb. corporalibus tã animatis quã inanimatis.*
35 *Propositio alia constituitur, quod omnes res corporales sunt diuiduæ per intellectum.*
36 *Omnes stipulationes continentes res corporales sunt diuiduæ regulariter. Fallit in quatuor casibus, in quibus per accidens efficiuntur indiuiduæ.*
37 *Res corporales an sint diuiduæ uel indiuiduæ declaratur per Bar, & determinatur quod actualiter diuidi non possint.*
38 *Res incorporales per intellectum permittente lege et natura diuiduæ sunt, si afferunt utilitatem in parte sicut in toto.*
39 *Seruitutes dicuntur indiuiduæ, quia non afferunt utilitatẽ in parte sicut in toto, quod per exempla demonstratur.*

40 *Stipulationes continentes res incorporales sunt diuiduæ uel indiuiduæ secundum ipsas res.*

41 *Stipulationes continentes res incorporales diuiduas efficiuntur diuiduæ contractu obligatione actione.*

42 *Stipulationes seruitutum dicuntur indiuiduæ contractu obligatione & solutione.*

43 *Stipulationes rerum corporalium & incorporalium in quo differant, et conueniant inter se, declaratur.*

44 *Stipulationes diuiduæ quatuor modis per accidens efficiuntur indiuiduæ.*

45 *Et econtrario indiuiduæ aliquando efficiuntur diuiduæ per accidens.*

46 *Facta duobus modis considerantur, prout sunt facta, & prout sunt in fieri.*

47 *Facta prout sunt in fieri dicuntur proprie facta & dicuntur quædam operationes hominum ad aliquem finem.*

48 *Facta non sunt in rerum natura ante perfectionem, & sunt incorporalia & inuisibilia.*

49 *Theorica Bar. ad cognoscendum quæ sint facta diuidua uel indiuidua refertur.*

50 *Intellectus Bar. ad §. Cato in stipulatione amplius non agi & rem ratam haberi, refertur, & reprehenditur.*

51 *Noua theorica traditur ad cognoscendum an facta sint diuidua uel indiuidua. Et an facta exerceantur circa rem deducendam in esse, an exerceantur circa rem in rerum natura existentem.*

52 *Facta exercenda circa rem deductam in esse diuidua sunt secundum naturam rerum: Sed illa quæ exercentur circa rem fiendam regulariter sunt indiuidua.*

53 *Stipulationes continentes facta exercenda circa rem deducendam in esse sunt indiuidua omni respectu.*

54 *Stipulationes continentes facta exercenda circa rem deductam in esse sunt diuiduæ sicut res ipsæ.*

55 *Stipulationes factorum indiuiduæ per accidens aliquando efficiuntur diuiduæ, & econtrario diuiduæ efficiuntur indiuiduæ modis hic relatis.*

56 *Declarationes literales aliquæ traduntur.*

57 *Qui stipulatur seruitutem duas implicat stipulationes, unam de facto, & aliam de iure.*

58 *Facta an dicantur indiuidua antequam deducantur in stipulationem, declaratur.*

59 *In factis succedit obligatio ad interesse, quæ sui natura est diuidua.*

60 *Diuiditur & summatur.*

61 *Casus figuratur apperiens cum oppositionibus & solutionibus totam materiam.*

62 *Casus figuratur in secunda parte.*

63 *Stipulationes efficiuntur indiuiduæ propter res contentas. Ampliatur & limitatur ut hic.*

64 *Seruitutes licet non diuidantur, tamen modificantur, & de ratione.*

65 *Verbum (cæterorum) quomodo exponatur in tex. & de eius significationibus traditur.*

66 *Facta an & quando sint diuidua uel indiuidua.*

67 *Obligationes per stipulationes indiuiduas non habet beneficium de duobus reis.*

68 *In obligationibus factorum succedit obligatio ad interesse, & unde nascatur.*

69 *Instrumentum guarentigiatum quod mittitur exequtioni in principali an mittatur in interesse, declaratur, & plenius unde nascatur obligatio ad interesse demonstratur.*

70 *Obligatio ad interesse est diuidua, etiam quod factum sit indiuiduum. Et ibi, an pœna quæ succedit ad factum indiuiduum sit diuidua uel indiuidua.*

71 *Seruitutes an aliquo respectu sint diuiduæ latissime discutitur.*

72 *Iurisdictio quamuis sit indiuidua, tamen exercitio & usu diuidi potest.*

73 *Ius patronatus est indiuiduum, tamen exercitio & per usum potest diuidi.*

74 *Seruitutes an sint diuiduæ usu & commoditate inquiritur & distinguitur.*

75 *Omne agens agit propter finem, ideo respectu finis uidentur diuiduæ seruitutes.*

76 *Theoricam Bar. non esse perfectam demonstratur.*

77 *Seruitutes sui natura esse indiuiduas. uel propter res dicitur.*

78 *Declaratur intentio Bartoli per defensionem ab obiectis.*

79 *Seruitutes an pro parte fundi possint deberi, discutitur.*

80 *Intellectus ad legem ad certam, & legem certo generi, declaratur.*

81 *Rationes Iasonis quare sint indiuiduæ seruitutes, non sunt in proposito.*

82 *Opinio & distinctio Ruy. refertur & reprehenditur.*

83 *Noua datur distinctio constituens multas conclusiones, & prima quod seruitus est tota in toto & tota in qualibet parte, & de ratione.*

84 *Seruitutes an & quomodo pro parte fundi acquiri seu deberi possint discutitur.*

85 *Seruitus acquisita fundo an possit notificari, discutitur & defenditur communis opinio.*

86 *Ratio quare seruitutes sint indiuiduæ late inquiritur.*

87 *Rationem esse illam quæ bassis est in tota materia quod non affert utilitatem in parte sicut in toto demonstratur.*

88 *Seruitus an pro parte acquiri possit ex nouis discutitur.*

89 *Opinio Bar defenditur ab obiectionibus aliorum.*

90 *Conclusiones quatuor remanere firmatas breuiter epilogatur.*

91 *Vsufructus an sit diuiduus, late inquiritur, referendo uarias opiniones.*

92 *Ratio uera est, quod usufructus affert utilitatem in parte sicut in toto.*

93 *Conclusiones aliquæ positæ per glossam non indueunt rationem, sed quædam exempla quod seruitutes sunt indiuiduæ.*

94 *Seruitus promissa fundo communi quomodo & quando ualeat, declaratur & refertur opinio Ruy. quod ab initio ualeat.*

95 *Quæ etiam uarijs rationibus confirmatur & distinguitur.*

96 *Noua datur distinctio constituens quatuor casus.*

97 *Si socius stipulatur totam seruitutem fundo communi, quomodo acquirat totam seruitutem declaratur.*

98 *Si socius stipulatur simpliciter seruitutem fundo cõi an ua-*

an ualeat late discutitur.

99 *Si socius e contrario promittit seruitutem fundo communi an seruitus acquiratur, late declaratur, constituendo quatuor casus.*

100 *Si quis stipulatur seruitutem fundo proprio, & postea alienet partem, an euanescat stipulatio, datur noua distinctio.*

101 *Facta an sint diuidua uel indiuidua refertur theorica Barto.*

102 *Theoricam Bar. in aliquibus esse imperfectam et in aliquibus non ueram ostenditur per docto.*

103 *Facta an sint diuidua contractu, inquiritur.*

104 *Stipulationes rerum & factorum æquiparantur, ergo æqualiter iudicantur indiuidua.*

105 *Facta pro parte promissa dicuntur ab initio esse integra facta.*

106 *Stipulatio fodi foueam uel insulam ædificari in re communi an ualeat, & quando.*

107 *Alia noua traditur resolutio.*

108 *Theorica Bart. an facta sint diuidua, uel indiuidua, non continet uera principia.*

109 *Alia debet dari distinctio, an facta exerceantur circa rem deductam in esse uel declarandam.*

110 *Facta ad rem in esse deducendam operata sunt omni respectu indiuidua.*

111 *Facta quæ circa rem in esse deductam exercentur sunt diuidua uel indiuidua secundum naturam ipsarum rerum, quod multis exemplis declaratur.*

112 *In factis circa rem deductam consideratur an afferat utilitatem in parte sicut in toto respectu totius.*

113 *Stipulatio (rem tradi) an sit diuidua uel indiuidua late discutitur, & refertur Theorica Bart.*

114 *Stipulatio (rem tradi spetialiter) an sit indiuidua obligatione discutitur.*

115 *Adducta contra Bar. ad partes discutiuntur, quæ sunt septem.*

116 *Inconueniens quod fiat solutio in diuersis rebus an faciat obligationem indiuiduam discutitur.*

117 *Variatio contingens ut pro parte fiat solutio facti, & pro alia parte interesse an sit sufficiens facere obligationem indiuiduam, late discutitur.*

118 *Obligatio (rem tradi) sui natura dicitur esse diuidua. Stipulatio uero (rem tradi) dicitur esse diuidua in contractu uenditionis.*

119 *Res uendita a duobus fratribus cum pacto de retrouendendo an possit ab uno solo reemi pro parte.*

120 *Quod teneatur retrouendere multa adducuntur, quibus non obstantibus tenetur opinio prima.*

121 *Nouiter etiam approbatur, & cum alia distinctione declaratur.*

122 *Si hæres uel principalis uelit reemere offerendo totum pretium, an obtinere debeat discutitur, referendo uarias opiniones.*

123 *Noua datur distinctio quid in prædicto casu dicendum sit.*

124 *Obligatio (rem restitui) an sit diuidua, uel indiuidua late discutitur.*

125 *Opinio Christophori, & Fulgo. refertur.*

126 *Conclusio ista requirit altiorem indaginem, & eam plene examinat Bar in §. Cato. & danda est theorica supra tradita, quæ late repetitur.*

127 *Stipulatio (rem tradi) quando & quomodo sit diuidua clare demonstratur ponendo regulam cum quatuor casibus in quibus efficitur indiuidua solutione.*

128 *Nulla recte considerando debet esse differentia inter obligationem rem tradi, & rem restitui datis paribus terminis.*

129 *Intellectus uarij ad multa iura ex prædicta distinctione apperiuntur quæ late referruntur.*

130 *Operæ an sint diuiduæ uel indiuiduæ discutitur.*

131 *Operæ & omnia facta multiplicata possunt diuidi per numerum.*

132 *Intellectus ad legem in stipulationibus. §. operarum, in fi. late inquiritur, & refertur theorica Bar.*

133 *Operæ an in substantia sint indiuiduæ late inquiritur, & refertur solutio Rui. quæ reprehenditur.*

134 *Communis opinio & concordia approbatur, & clara datur expositio ad uerba dicti §. operarum.*

135 *Obligatio ad interesse an succedat post moram in obligationibus facti, late discutitur, & datur solutio ad legem si seruum. §. fi. infra eodem.*

136 *Ratio differentiæ inter obligationem dandi & faciendi late inquiritur, & saluatur ratio antiquorum a contradicentibus.*

137 *Secunda ratio examinatur, oppugnatur per Ruy. & defenditur a communiter accidentibus.*

138 *Tertia ratio asignatur & examinatur per Barto. & tanquam generalis defenditur.*

139 *Quarta ratio examinatur, & defenditur a communiter accidentibus, ut procedat cumulatiue.*

140 *Resolutio datur constituendo duas regulas.*

141 *In obligationibus dandi an succedat obligatio ad interesse, late discutitur, & refertur theorica Bar.*

142 *In contractibus innominatis succedit obligatio ad interesse, licet actio detur ad dandum.*

143 *In contractibus innominatis quando intercessit stipulatio an succedat obligatio ad interesse discutitur.*

144 *Si in stipulatione quis promisit dare alteri, an succedat obligatio ad interesse discutitur.*

145 *Si in stipulatione quis promisit facere contractum an succedat obligatio ad interesse.*

146 *In obligatione dandi an succedat obligatio ad interesse quando non uenit ex promissione.*

147 *Intellectus legis si filio. ff. de donatio. caus. mor. discutitur.*

148 *Ruy. opinio refertur et examinatur, nouam theoricam tradens.*

149 *Inferens quod si legatarius emat rem legatam, an possit petere pretium.*

150 *Concluditur theoricam Bar. non esse bonam ad illa iura, quia non est uerum, quod concurrat mixtura obligationis & rei uendicationis.*

151 *Theorica prædicta Ruy. non sufficiens demonstratur.*

152 *Noua datur resolutio ad omnia dicta iura allegata.*

Secunda pars materiæ per quæstiones examinata.

153 *Res corporales quomodo sint diuiduæ, uel indiuiduæ refertur theorica Bart.*

154 *Quæ imperfecta ex multis ut sæpius dictum fuit demonstratur.*

155 *Noua theorica traditur considerando diuisionem actualem, & intellectualem.*

Lex stipulationes non diuiduntur. ff. de uerborum obligationibus.



1 HAEC est † de principalioribus legibus istius tituli, & continet subtilem, & difficillimam materiam, magistraliter tamen tractatam, in ea enim tractatur de stipulationibus diuiduis uel indiuiduis seruitutum & factorum, ac
2 de commissione generalis interesse. Et differt † a materia. §. Cato. quia ibi ponitur unus effectus stipulationum diuiduarum, uel indiuiduarum quantum ad commissionem pœnæ uel interesse in persona hæredum, an uno contraueniente tantum insolidum contra quemlibet hæredem uel contra omnes pro hæreditaria portione uel pro parte contrafacientis tantum, & nõ examinatur principaliter quæ sint stipulationes diuiduæ, uel indiuiduæ, neque ibi datur theorica ad cognoscendum, quæ res sint diuiduæ, uel indiuiduæ.
3 Sed † accidentaliter de istis ibi tractatur, & facto præsupposito de quibusdã rebus uel factis, quod sint diuidua uel indiuidua, inferrendo postea ad principale intentum decidendi quomodo pœ-

na uel interesse uno contrafaciente committatur an insolidum uel pro parte contra hæredes, & obiter etiam contra plures principales. Hic au-
4 tem † principaliter datur theorica ad cognoscendum quæ dicuntur res diuiduæ, uel indiuiduæ tã corporales, quam incorporales, & similiter quæ sint facta diuidua, uel indiuidua, & postea in consequentiam datur theorica quæ dicantur stipulationes diuiduæ, uel indiuiduæ, & quomodo, & quando ex eis committatur interesse, cum tota eius materia, & practica, unde hæc est generalis, & continet prima principia diuiduitatis uel indiuiduitatis, illa autem est spetialis, quomodo in istis diuiduis, uel indiuiduis committatur pœna, unde qui uult bene intelligere dictum §. Cato cum eius materia debet omnino uidisse primam secundam, & tertiam quæstionem Barto. istius legis, ut habeat aditum ad cognoscendum, quæ sint res diuiduæ, & indiuiduæ, & ex eis postea deueni re ad quæstiones positas in d. §. Cato. utraque tamen materia subtilis est & difficilis, & indiget uoce magistra sine qua male etiam a ualde studiosis percipi poterit.

5 Et quoniam † Bar. hic quædam imperfecte præmittit, cum melius fecisset pro præmissis examinare ea quæ posuit in prima secunda, & tertia quæstione, ac etiam Ias. & alii pauca tangunt quę non sufficiunt ad præstandum iuuenibus aditum
6 ad intelligendam materiam. Ideo † ego ultra alios meliorem ordinem sequendo, ut etiam feci in euidentialibus dicti §. Cato. quatuor principaliter præmittenda esse censeo. Primo quid sit diuisio, & quot sint eius speties, & quæ sint illæ quæ pertinent ad istam materiam. Secundo, quomodo stipulationes sint diuiduæ, uel indiuiduæ. Tertio, quomodo res dicantur diuiduæ, uel indiuiduæ, & etiam quomodo facta diuidantur, in qua examinabo tres primas quæstiones Bar. dando generales & claras theoricas ad cognoscendum omnes res de mundo & facta quomodo diuidi uel non diuidi possint. Quarto declarabo multa necessaria ad particularem intelligentiã literæ, ponendo etiam præmissa Bar.

7 Circa primum † quid sit diuisio, a nemine hic declaratur, & ab omnibus tanquam inutile ommittitur, sed uere ualde necessarium est, & sine eius cognitione non potest bene declarari materia nostra, & eius nescientia fecit Bar. æquiuocare in prima quæstione. tu autem ita dicas, quod diuisio est actualis uel intellectualis partium separatio de uno toto generali uniuersali uel spetiali, dicitur quod diuisio est partium separatio, quia diuidentes aliud non intendunt facere nisi unitorum partes segregare, & separare unã partem ab alia unita, seu per intellectum distinguere unam partem ab alia. Item dicitur actualis,
8 quia hæc separatio † partium aliquando actualiter, & aliquando intellectualiter fit, actualiter fit incisio secando unum totum cum cultello in plures partes, uel alio simili instrumento rem separando, & ponendo hic unam partem & ibi aliam partem, quod intendunt facere hæredes quando agunt iudicio familiæ herciscundæ pro diuidenda hæreditate, & socii quando agunt actione cõmuni diuidendo pro diuidendis rebus communibus, nam intendunt quod unusquisque habeat suas partes separatas de quibus possint disponere, ut euitentur incommoda communionis. l. si non sortem. §. si centum. ff. de condictione indebiti, & l. cum pater. §. dulcissimis. de lega. secundo, & appellantur in iure partes pro diuiso, & ad oculum corporis manifestantur faciliter, & apud
9 carnifices quotidie uidemus. Item dicitur † in diffinitione intellectualis, quia aliquando hæredes uel socii non diuidunt res ipsas secando, & separando partes, sed solum diuidunt per intellectũ immaginando partem unam esse pœnes unum, & aliam pœnes alium, remanente tamen ipsa re actualiter integra, & hanc diuisionem ceperunt facere astronomi quãdo uoluerunt diuidere cœlum in duodecim signa, & trecentum sexaginta gradus, & geometræ diuidentes terram, quam to tam ante oculos habere non poterãt, neque cum cultelo secare poterant uniuersam terram, unde solum partes immaginatæ fuere, & eas per intellectum constituebant, quæ diuisio passim postea recepta fuit a legibus tanquam ualde necessaria in actibus hominum tam inter uiuos quam ultimarum uoluntatum, & permiserunt testatorem diuidere hæreditatem inter hæredes, & ipsi quoque diuidere instituendo in diuersis partibus eos hæredes. §. hæreditas, insti. de hæred. instit. & l. Meuius. §. duobus. ubi est tex. no. ff. de lega. secũdo, & inter socios faciendo res cõmunes ex cõuentione & casu, & quotidie uidemus fratres hæredes patris sui habere hæreditatẽ cõmunem, bona hæreditaria communia, atque etiam seruos, & æquos, licet uiuentes, communes, & certas partes unumquemque in eis habere, qui tamen omnes sunt integri,
10 & actualiter non diuisi. Et hæc † diuisio constituit partes nuncupatas pro indiuiso seu in intellectu, ut unusquisque habeat partem in quolibet cespite, dicta lege Mæuius. §. duorum, ubi Barto. ff. de lega. secundo. Item in diffinitione dicitur, de toto generali, nam plura sunt tota ut ego dixi in Rub. sup. de lega. primo. & in l. re coniuncti, in illa quæstione Bar. utrum si relinquatur uni totũ & alteri pars dicantur esse coniuncti.

11 Et sex sunt tota † principalia unum autem appellatur totum generale quod constituitur quando unum corpus immaginatum fit ex pluribus rebus unitis eas constringendo per unum nomẽ collectiuum, quod totum aliquando per doct. appellatur genus, ad similitudinem generis, sicut animal continet omnia animalia, & hoc nomen omnis continet omnes homines unitos per sermonem, lege legato generaliter de leg. primo, & in eodem toto potest contineri chorus. l. si chorus. ff. de lega. tertio, & familia, cognati, populus, & similia, lege si cognati. ff. de rebus dubiis, & alio nomine appellatur totum discretum ex pluribus discretis factum. leg. si cognatis. ff. de rebus dubiis, & in eo res sub hoc nomine agregatiuo continetur, & appellatur quædam idea, secundũ Bar.

Bar. in dicta. l. Mæuius. §. duorum. ff. de lega. secundo, quod totum potest separari per utranque diuisionem actualem, ut ponendo centum in una parte, uel decem, & centum uel decem in alia parte, & intellectualiter tertiam partem armenti, uel gregis dando uni, & aliam tertiam alteri, & aliam alteri remanente tamen unito grege.

12 Secundo† reperitur totum uniuersale, quod cõstituitur quando plures res simul uniuntur sub uno aggregato habente propriam substantiam existentem in rerum natura, prout est hæreditas, nam hæreditas est unum corpus existens in rerũ natura constitutum a lege cum sua substantia, & continente postea res hæreditarias. l. hæreditas est. ff. de uerbo. significatio. & differt a toto generali, quia illud totum non est in rerum natura, neque habet corpus, sed in intellectu consideratur aggregatum unum continens multas res. Hoc autem totum uniuersale est corpus uerum habens substantiam existentem in rerum natura licet nõ uideatur, & continet postea multas res uisibiles, & in eodem numero reperitur peculium, & dos secundum ueriorem opinionem quam ego firmani in rub. supra soluto matrimo. & hæc tria exempla possunt continere res corporales, & incorporales & iura & actiones. Reperitur postea aliud totum uniuersale quod non continet nisi res corporales, ut est grex uel armentum secundum unã opinionem. nam Philosophi tenent quod grex, & armentum non habeat corpus, sed tantummodo immaginetur per intellectum, leges tamen aliter uidentur sentire, quod imo sit unum corpus in rerum natura existens de quo possit fieri iudiciũ. l. 1. §. fin. cum l. seq. & l. uendicatio. ff. de rei uendicatione. ubi dicitur, quod uendicatur grex etiam, quod corpora sint aliena, & idem habetur in l. si grege, cum similibus. ff. de lega. primo. & eodem modo per legem domus dicitur, esse uniuersum. l. eum qui ædes. ff. de usucapio. & hoc totum omni prædicto modo cõsideratum potest diuidi actualiter & intellectualiter, cum hæreditas actualiter possit diuidi separando res ipsas & partes rerũ, item potest diuidi intellectualiter, relinquendo tertiam uel quartam partem hæreditatis, uel dotis, seu peculii, uel gregis, dicto. §. hæreditas. inst. de hæredi. insti. cum concord.

13 Tertio† reperitur totum spetiale, quod alio nomine appellatur indiuiduum, habens suam formam spetialem, ut est ille Titius, ille equs, ille seruus, ille fundus, illa ædes, nauis, & huiusmodi infinita quæ indiuidua sæpissime diuiduntur per secationem cum cultello ut faciunt carnifices, & per secationem cum intellectu, ut quando dictæ res sunt communes plurium fratrum.

14 Quare habes quod non sine ratione dictũ fuit in diffinitione quod est actualis, & intellectualis de toto generali uniuersali uel spetiali. Item habes, quod diuisio in genere subdiuiditur, ex eo quia una est diuisio actualis, alia est diuisio intellectualis, quas duas diuisiones quotidie & qualibet hora nos habemus in sermone quotidiano, & in tota hac materia istius legis millies nominabimus.

15 Rursus istæ duæ diuisiones continent sub se quatuor alias speties diuisionum diuersas inter se, ut diuisionem numeralem, diuisionem quotitatiuam, diuisionem integralem, & diuisionem simplicem.

16 Diuisio numeralis† est quando plures res unitæ diuiduntur per numerum, faciendo plures partes, ut plures nummi in arca exist̃etes uel alio modo uniti, plures res contentæ sub nomine collectiuo, unde hæc diuisio proprie fit de toto generali quod constituitur ex rebus discretis. l. in stipulationibus. §. operarum. supra eodem. Secunda† est diuisio quantitatiua quæ fit de toto uniuersali plærunque, ut quando totam substantiam unius rei in qualibet parte consideramus pro rata, ut fit de hæreditate quando relinquitur tertia uel quarta pars uni, & ille debet habere partem tertiam uel quartam omnium rerum. l. non amplius. §. fin. ff. de lega. primo, & lege secunda. C. quando & quib. quarta pars debetur. lib. 10. & l. 1. ff. ad l. falcidiam, & potest etiam fieri de ligno longo, & de aliis rebus consideratis in materia, tam actualiter, quam per intellectum, & hæc reperitur sæpissime in seruis, equis, & aliis rebus communibus, & sociorum tam sub uniuersitate, quam spetialiter consideratis.

17

18 Tertia est† diuisio integralis, quæ facit partes integrales, ut est homo, qui conficitur ex anima, & corpore, & domus quæ conficitur ex pariete, & tecto, & fundus legaliter consideratus conficitur ex usufructu & proprietate, iuxta no. per Bart. in l. qui usumfructum. ff. de uerborum obligationibus, & iste partes dicuntur integrales quia sine eis totum esse non potest, unde dicuntur illud integrare, & differunt a partibus quotitatiuis, quia ille continent totam substantiam totius pro rata, hæc uero non continent totam substantiam sed res substantialiter separatas, unitas tamen & necessarias ad faciendum illud totum sine quibus esse non potest, & homo habet animam, & corpus separatas substantia, quæ faciunt totum integrale, sed totus homo postea consideratus potest habere partes quotitatiuas, ut unusquisq; habeat partem hominis in qua insit corpus, & anima continentia totam substantiam hominis.

19 Quarta est† diuisio simplex, quando res diuiduntur in frustra, idest in partes sine ratione, ut si amputetur pes uel brachium homini, uel prora naui aufferratur, uel camera domini, & hæc aliquando potest dici integralis si contineat qualitatem necessariam ad integrandum, uere tamen non est integralis, quia non continet unum totum, ex quo mixto constituatur aliud totum, quæ omnes quatuor speties pertinent ad legislatores & sunt considerabiles in iure, & necessariæ scitu pro plena cognitione materiæ nostræ.

20 Sed tamen† quantũ ad materiam stipulationũ, seu ad considerationem ipsarum stipulationum, non omnes prædictæ diuisiones conueniunt, cum actualis diuisio non pertineat ad stipulationes, quoniam quando quis stipulatur rem nunquam stipulando eam diuidit actualiter sed solum in-

tellectualiter partes considerat diuidendo per intellectum sicut testator instituendo hæredes nũquam diuidit hæreditatem uel rem relictã actualiter, sed solum eam per intellectum diuidit considerando partes pro indiuiso, d.l. Mæuius.§.duorum.ff.de lega.secundo.

21 Igitur habes† quod sola diuisio intellectualis proprie pertinet ad materiam nostram stipulationum,& actualis postea interuenit quando domini habentes rem communem uolunt eam diuidere per iudicem, uel arbitros per titulum familiæ hercifcundæ & communi diuidundo, item nec omnes species intellectualis pertinent ad materiam nostram, nam solum numeralis admittitur, lege in stipulationibus.§. operarum. supra eodẽ. Item,& quotitatiua, ut tertia uel quota.l.si stipulatus sum.§.qui decem, infra de solutionibus, nõ autem integralis, ut probatur in l. si ita stipulatus fuero si Titius.§.primo. infra eodem, & minus illa diuisio simplex potest pertinere ad materiam, quia corrumpit rem, & ante stipulationem admittuntur dictæ diuisiones, sed postquam sunt in ea deductæ res integræ non admittuntur uirtute stipulationis.

22 Quare† facias tres principales propositiones semper repetendas in hac materia. Prima est, quod duplex est diuisio, actualis,& intellectualis & unaqueque species habet quatuor alias species, numeralem, quotitatiuam, integralem,& simplicem. Secunda est propositio, quod diuisio actualis non pertinet ad materiam nostram, sed ad titulum familiæ hercifcundæ & communi diuidundo,& solum debet cognosci respectu finis. Tertia est propositio, quod sola diuisio intellectualis pertinet ad materiam stipulationum, nec omnes eius species, sed numeralis & quantitatiua tantum adaptatur post res deductas in conuentione ante autem non possunt interuenire.

23 Secundo† principaliter prę mittendum est, quę sint stipulationes diuiduæ uel indiuiduæ, in qua quæstione uidentur iura repugnantia, cum in hac lege stipulationes seruitutum,& pactorum dicantur indiuiduæ,& quod diuisio corrumpit stipulationem.& tamen apparet quod sunt diuiduæ, cũ quædam sint prætoriæ, quædam iudiciales,& quę dam communes, lege quinta, supra eodem,& quę dam pure,& in diem, uel sub conditione,& quædam utiles,& quædam inutiles, & quædam rerum,& quædam factorum.

24 Quare† pro resolutione dicas, quod stipulationes considerantur duobus modis, uno modo per se & in abstracto, alio modo respectu rerum in eis contentarum seu de quibus disponunt. Pri-

25 mo modo† recipiunt omnes species diuisionum, cum diuidantur per numerum in partes integrales & simplices, quoniam stipulationes habent interrogationem & responsionem,& in stipulationibus reperitur causa efficiens, materialis,& formalis, subiectiua, solemnitatis,& finalis, ut diximus in lege prima, supra eodem, & quædam sunt in diem, pure, uel sub conditione.§. omnis. insti. de uerborum obligationibus,& quædam sunt utiles,& quædam inutiles inst.de inutili.stipulatio. per totum,& quædam consistunt in dando, quædam in faciendo,& quædam in dando & faciendo simul, lege secunda, in principio supra eod. & quædam recipiunt partis præstationem, quædam non, dicta lege secunda.§.primo,& quædam sunt iudiciales, prætoriæ, communes, & conuentionales, dicta lege quinta, supra eodem, & insti. de diuisione stipulationum. per totum, quæ tamen diuisio non pertinet ad materiam nostram, neque consideratur a doctoribus, cum habeat alium finem.

26 Secundo modo † considerantur stipulationes respectu rerum promissarum, & tunc illæ dicuntur diuiduæ si res promissæ sunt diuiduæ, & dicũtur indiuiduæ quando continent promissionem rerum indiuiduarum,& hoc modo capiũtur hic, & in dicto.§.Cato, & probatur ex isto text. dum dicit, stipulationes non diuiduntur earum rerũ, quæ diuisionem non recipiunt, ut sunt seruitutes, & eodem modo stipulationes continentes promissionem factorum sunt indiuiduæ quando facta sunt indiuidua, ut patet in exemplis hic positis,& quando facta sunt diuidua dicuntur diuiduæ, ut in duobus exemplis positis in dicto.§.Cato.& hoc modo diuisio consideratur principaliter respectu obligationis & solutionis,& non respectu ipsarum stipulationum,& ratio est, quia stipulationes concipiuntur propter utilitatem contrahentium,& quando res diuisæ afferunt utilitatem in partibus, stipulationes diuiduntur, quia sequitur finis intentionis contrahentium, quando autem per diuisionem res alterantur, ut non possint afferre utilitatem in partibus, tunc efficiuntur indiuiduæ, sicut res ipsæ promissæ nõ possunt diuidi cum deficiat finis intentionis contrahentium,& legis quæ respicit bonum publicum, ideo in hac lege redditur ratio talis, harum diuisio corrumpit stipulationem, id est corrumpit utilitatem rerum & stipulationis,& finem, & intentionem concipientium stipulationem.

27 Quare† cum stipulationes in hac qualitate regulẽtur ab ipsis rebus promissis, si uolumus scire an stipulationes sint diuiduæ, uel indiuiduæ oportet ut diligenter perscrutemur naturam ipsarum rerum tam corporalium, quam incorporalium, & naturam factorum quando diuidantur, uel diuidi non possint,& inuestigare regulas generales & ueridicas quæ docent nos scire quomodo res cognoscantur diuiduæ uel indiuiduæ, quo cognito sciremus etiam quomodo stipulationes reputentur diuiduæ uel indiuiduę, de quo in præsentiarum nos agimus.

Tertio igitur principaliter præmittẽdum est, quod rerum quædam sunt diuiduæ,& quædam indiuiduæ, ac factorum, quædam sunt diuidua, & quædam indiuidua, pro cuius inuestigatione recurrendum est ad primam secundam & tertiam quæstionem Bar. ubi magistraliter hoc intendit declarare, in prima ponendo quomodo res corporales sunt diuiduæ uel indiuiduæ, in secunda ponendo quomodo res incorporales sunt indiuiduæ,

duæ, in tertia ponendo quomodo facta sunt di-
28 uidua uel indiuidua. Quas † tres quæstiones pro præmissis ante figurationem casus legis declarare curaui, quoniam in eis ipse imperfecte locutus fuit, & sine eis non possumus deuenire ad cognitionem legis nostræ, & ratio quare Bar. imperfecte & confuse locutus fuit est, quia non habuit perfectam cognitionem diuisionũ & earum spetierum de quibus dixi in primo præmisso, uel eas pro nunc nõ habuit memoriæ, ideo est opus quod ego suppleam constituendo regulas claras firmas. & generales.

29 Primo igitur † circa res corporales, Bar. in prima quæstione dixit, quod duplex est diuisio. naturalis & legalis. Naturalis est illa, quæ a natura permittitur, legalis uero quæ a lege permittitur. in naturali ponit regulam generalem quod illa permittitur in omnibus rebus corporalibus excepto punto. omnes enim res corporales potẽtia naturali possunt secari & diuidi, legalis uero diuisio in omnibus reb. corporalibus permittitur si constituantur partes quotitatiuę quæ appellãtur partes pro indiuiso. similiter omnes res corporales per legis dispositionem possunt diuidi in partes integrales, ut usus fructus, & proprietas, exceptis rebus quę usu consumuntur, ut insti. de usufructu in principio. & §. constituitur. Tertio inquit ipse omnes res corporales possunt diuidi & secari per legem in partes discretas, seu simplices uel in frustra. Fallit in quatuor casib. in quibus res corporales non possunt diuidi per legem quamuis per naturam diuidantur, primus est quando incommodum affert diuisio, i. partes per diuisionem efficiuntur inutiles. §. q si commode. insti. de officio iudicis. Secundo fallit quando lex prohibet. l. si pupillorum. ff. de rebus eorum. Tertio fallit quando per testatorem ex iusta causa prohibetur. ut in §. disponat. in authen. de nuptiis. Quarto fallit quando prohibentur per conuentionem. l. in hoc iudicio. §. si conuenerit. ff. cõmuni diuidundo. Quinto fallit quando ius petendi diuisionem pręscribitur. arg. l. 1. §. adhoc. C. de annali exceptione. sed hæc ultima reprehenditur per Bar. in l. fi. C. communi diuidundo, quã theoricam sequuntur communiter Doct. Sed imperfe-
30 cta † fuit & falsa, & Bar. in ea non bene se informauit a suo magistro gentili de Logica & Philosophia prout solitus erat, cum dicat contra totam scholam logicorum, & philosophorum, quod omnes res corporales sunt diuiduæ per naturã, quia imo totum cõtrarium dicunt quod ipsę sunt indiuiduæ, & propterea omnes res singulares appellantur indiuiduæ, quia diuidi non possunt, licet intelligant de diuisione prædicamentali, ut singulæ res non diuidantur sicut faciunt genera, & species, tamen etiam intelligunt de diuisione actuali secatiua, quia quælibet res diuisa desinit esse species perempta forma. l. si homo mortuus. supra eodem. & partes non sunt amplius partes hominis, ut per gloss. in leg. mortuo boue. ff. de condictione furtiua & in terminis est tex. in leg. non amplius. §. final. ff. de legat. primo. ibi, si res sunt indiuiduæ naturaliter.

31 Præterea † theorica sua de prohibitione legis procedit ut res corporales non possint diuidi secando per cultellum, tamen non obstante dicta prohibitione possunt diuidi intellectualiter, cũ omnes res pupillorum, & res plurium fratrum prohibitæ diuidi sint communes inter ipsos fratres, ut unusquisque habeat suam partem quotitatiuam, & sic sunt diuisæ intellectualiter, item diuisio in partes integrales non permittitur in materia stipulationum, per legẽ si stipulatus fuero si Titius. §. 1. infra eodem.

32 Quare † ultra ipsum alio modo est ordinanda hæc theorica, & dicendum est quod diuisio est duplex, actualis & intellectualis, & in unaquaque spetie demostrandum est quomodo res sint
33 diuiduæ per naturam uel per legem. ideo † dicas, quod omnes res corporales excepto puncto si considerantur ut materiæ possunt diuidi permittente natura per omnem spetiem diuisionis, cum bos ut comedatur posit omnino diuidi, & homo quoque ut fiat anatomia, uel in pœnam & exemplum aliorum. sed si considerantur dictæ res corporales cum sua forma, nullum animal poterit diuidi per naturam, cum indiuiduum appelletur, neque etiam aliæ res artificiales. leg. rerum mixtura. de usucapioni. & dicta lege non amplius. §. final. ff. de legat. primo. & §. quod si commode. insti. de officio iudicis. Hæc eadem diuisio naturalis a Bartolo nuncupata secundum legem permittitur fieri, sicut & a natura, quia si considerantur res ut materia, diuidi permittitur, toto titulo. ff. familiæ herciscundæ, & ff. communi diuidundo, & lege lignorum. ff. de legatis tertio. & si considerantur cum sua forma, possunt diuidi, dicta lege non amplius. §. final. fallit quando est incommoda diuisio, ut est in fundo uel domo etiam quod non sint animalia, fallit quando prohibetur a lege ad aliquem temporalem finem, dicta lege. si pupillorum. fallit quando prohibetur a testatore. fallit quando prohibetur ex conuentione partium in illis casibus, in quibus tales prohibitiones ualent. quæ fallentiæ procedunt solum in diuisione actuali quæ in iis casibus prohibetur, ut dictum fuit.

34 Secunda est diuisio † intellectualis nuncupata quæ a natura passim permittitur in omnibus rebus corporalibus excepto puncto, cum & cœlum secundum astronomos diuidatur in multas partes per intellectum, & terra a geometris, & homines, animalia cætera, atque etiam cæteræ omnes res, siue considerentur ut forma, siue ut materia, quia p talem diuisionẽ non corrumpuntur res, neque partes impediuntur afferre utilitatẽ. Similiter hæc diuisio intellectualis permittitur a l. passim in omnib. rebus corporalibus, cũ leges permittant homines diuidi in partes quotitatiuas per intellectũ, quę appellantur pro indiuiso. l. Meuius. §. duorum. ff. de leg. pri. & toto titul. de stipulatione seruorum. & si hoc permittitur in homine & aliis animalibus habentibus ani-

mam ſenſitiuam uel formam ſpetialem fortius
permittitur etiam in aliis rebus non animatis
tam pro materia conſideratis quam pro forma,
quia hæc diuiſio affert multa utilia in lege. & in
actionibus hominum, & partes afferunt utilita-
tem pro rata ſicut totum in toto, fallit quan-
tem pro rductæ in ſtipulationem, quia non poſ-
do ſunt dei in partes integrales, per l. ſi ſtipula-
ſunt diuid Titius. §. 1. infra eo. item fallit in tri-
tus fuero ſiſibus in quibus per accidẽs certo mo
do res non diuiduntur, ut dicam in ſequenti q.
35 Vnde † conſtituitur una propoſitio generaliſ-
ſima de rebus corporalibus, quod omnes res cor
porales ſunt diuiduæ per intellectum tam ſecun-
dum permiſſionem naturæ quam per legem, &
ſic ſtat concluſio, quod omnes res corporales
ſunt diuiduæ per intellectum. Ex qua regula
36 † ſumitur alia notabiliſſima in materia noſtra
ſtipulationum, quod omnes ſtipulationes con-
tinentes res corporales ſunt diuiduæ omni re-
ſpectu & ab utraque parte contrahentium, ſed
ex accidenti aliquando efficiuntur indiuiduæ,
in quatuor caſibus. Primus quando uelles diui-
dere in partes integrales, dicta lege ſi ſtipula-
tus fuero ſi Titius. §. primo, infra eodem. Se-
cundo fallit quando eſſet appoſita pœna tam pe
cuniæ. lege prima. §. fin. ſupra eodem, quam al-
terius rei l. in executione. §. final. infra eodem.
Tertio fallit in perſona principalis tã pecunię.
l. tutor. §. Lutius· ſupra de uſur. quam alię rei,
ut not. in l. quidam æſtimauerũt. ff. ſi certum pe-
tatur. Quarto fallit in ſtipulatione quamuis,
uel alternatiue, uel alio caſu, in quo continge-
ret fieri ſolutio in diuerſis rebus. l. in executio-
ne. §. pro parte, ſupra eodem. & lege ſecunda.
§. primo. ſupra eodem. & hæc de rebus corpo-
37 ralibus. De rebus † autem incorporalibus Bar.
loqutus fuit in ſecunda quæſtio. & in quarta, &
adhuc imperfecte, & primo dixit quod nulla res
corporalis poteſt diuidi per naturam, ideſt a-
ctualiter, quoniam cum uideri neque tangi poſ-
ſit neque per cultellum actualiter ſecari, ualebit.
ut inſti. de rebus corporalibus & incorporalibus.
§. 1. quę eſt uera palpabilis, & generalis cõcluſio.
38 Secundo tacite † concludit iuncta quarta quę-
ſtione, quod res incorporales per intellectum di
uidi poſſunt permittente lege quando partes af-
ferunt utilitatem in parte ſicut totum in toto, ſi
uero non afferunt tantam utilitatem in parte re
ſpectu partis ſicut in toto reſpectu totius, & tunc
appellantur indiuiduæ etiam per iſtam diuiſio-
39 nem intellectualem. Ideo † omnes ſeruitutes tam
reales quam perſonales & ruſticorum & urbano
rum prædiorum appellantur indiuiduæ, quia nõ
afferunt utilitatem in parte ſicut in toto reſpe-
ctu totius, cum ſi quis habeat tertiam partem
ſeruitutis nullam poteſt de ea habere utilitatẽ,
quoniam ſi habet tertiam partem per tranſuer-
ſum nihil prodeſt, quia non poteſt peruenire ad
fundum ſuũ deficientibus aliis duabus partibus
magis propinquis fundo, & ſi habet tertiam par
tem per longum, etiam nihil habet, quia non po
teſt unus homo pro 3. parte ire & pro aliis dua-
bus partib. ſtare. uſusfructus uero dicitur eſſe di-
uiduus, quia habet utilitatem in parte, cum ſi ha-
beat tertiam partem uſusfructus fundi præſtan-
tis centum ſalmas grani uel cẽtum uegetes uini,
poterit percipere 33. ſalmas pro tertia parte ſibi
debita, & trigintatres uegetes uini, & ſi habebit
medietatem, poterit percipere 50. quæ afferrent
tantam utilitatem reſpectu ſui, ſicut afferrent cẽ
tum reſpectu totius, ſicut ſi totus uſusfructus ſibi
deberetur, & idem poteſt dici de cæteris rebus
incorporalibus, conſiderando dictam utilitatẽ,
quamuis paucæ ſint res incorporales quæ præſtẽt
utilitatem in parte ſicut in toto reſpectu totius,
& ratio eſt, quia lex nihil fruſtra operatur neque
permittit partes damnoſas fieri, cum tendat ſem
per ad bonum publicum. arg. §. quod ſi cõmode,
cum ſimilibus. inſti. de officio iudicis. & patet in
diffinitione poſita in rub. ſupra eodem, & facit
tex. in l. 2. ff. de iis qui ſunt ſui uel alieni iuris. &
inſti. eodem tit. §. penul.
49 Ex quibus † ſequitur in materia noſtra alia ge
neralis propoſitio, quod ſtipulationes continen
tes promiſſionem rerum incorporalium ſunt di
uiduæ quando res ipſę ſunt diuiduæ, & ſunt indi
uiduæ quãdo res ipſę ſunt indiuiduæ, & ſic ſtipu
lationes rerum incorporalium ſunt diuiduæ quã
do afferunt tantam utilitatem in parte reſpectu
partis ſicut in toto reſpectu totius, & indiuiduæ
dicuntur quando non afferunt d. utilitatẽ in par
te ſicut in toto reſpectu totius, & probatur in l.
noſtra, quæ dicit, ſtipulationes non diuiduntur
earum rerum quæ diuiſionẽ non recipiunt, quo-
niam earum diuiſio corrumpit ſtipulationem, i.
utilitatem & finem ſtipulationis.
Verumtamen quia ex ſtipulationibus naſcun-
tur actiones & obligationes & ſolutiones inde ſe
quendæ ſint, ideo Bar. poſtea declarat quãdo obli
gationes & actiones & ſolutiones ſint diuiduæ,
dicens quod hoc cognoſcitur reſpectu rerum, ſi-
cut in ipſis ſtipulationibus & rebus contentis, nã
ſi continentur res diuiduæ, i. quæ afferunt utilita
tem in parte ſicut in toto, obligationes & actio-
nes ſunt diuiduæ, & plærunq; etiam ſolutiones, ſi
uero res contentæ ſunt indiuiduæ, obligationes
& actiones ſunt indiuiduæ, & etiam ſolutiones,
per eandem rationem, quia earum diuiſio cor-
rumpit utilitatem ſtipulationis.
41 Quare † ſequitur alia propoſitio ẽt generalis
in hac materia, ꝙ ſtipulationes rerum incorpora
lium qñ res ipſę afferunt utilitatẽ in parte ſicut
in toto dicuntur diuiduæ contractu obligatione
actione & ſolutione, & ſic omni reſpectu, & quan
do res contentæ non afferunt utilitatem in par-
te ſicut in toto reſpectu totius, ſtipulationes di-
cuntur indiuiduę contractu obligatione & actio
ne & ſolutione, & huiuſmodi ſunt ſtipulationes
42 ſeruitutũ † l. 2. §. ex iis. ſupra eodem, & l. in execu
tione. infra eodem, & ſic apparet quod inter ſti-
43 pulationes † rerũ corporaliũ & incorporaliũ ſunt
aliquę cõuenientię & aliquę differẽtię. nã ſtipula
tiones rerum corporalium ipſę regulariter ſunt
diui-

diuiduæ contractu obligatione & actione, quia omnes res corporales sui natura sunt diuiduæ per intellectum, & afferunt utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, d.l.2.§.1.supra eodẽ, & d.l.in executione.§.1.Fallit tamen dicta regula in quatuor casibus in quibus efficiuntur indiuiduæ solutione per accidens, quos subsequenter subiicit Bartol.& licet exemplificet de rebus corporalibus, tamen ex identitate rationis possunt etiam procedere in rebus incorporalibus, differentia autem est inter stipulationes rerum corporalium & incorporalium sicut & in ipsis rebus diximus, quoniã res corporales regulariter sunt diuiduæ,& eodem modo stipulationes rerũ corporaliũ regulariter sunt diuiduæ, res uero incorporales frequentius ut diximus sunt indiuiduæ, ideo stipulationes rerum incorporalium regulariter sunt indiuiduæ,& efficiuntur diuiduæ quando contingit quod ipsę afferant tantam utilitatem in parte sicut in toto respectu totius.

44 Quæ stipulationes † rerum incorporalium diuiduæ aliquando, & stipulationes rerum corporalium regulariter diuiduæ efficiũtur postea per accidens indiuiduæ in dictis quatuor casibus notatis per Bartol.in quibus potest esse conuenientia ut dixi. primo igitur fallit quando sumus in persona singularium principalium, quia ille stipulationes iudicantur indiuiduæ obligatione, & actione, uel saltem solutione, quia quilibet singularis homo promittens quamcunque rem obligatur ad eam totam, quamuis sui natura sit diuidua.l.tutor.§.Lutius. supra de usuris,& l.quidam æstimauerũt.ff.si cert.petat. & hoc ideo est, quia præsumitur creditorem aliter non fecisse stipulationem. Secundo efficiuntur per accidens indiuiduæ saltem solutione quando apponitur pœna, quia propter conditionem indiuiduam stipulationes ipsę quantumcunq; rerũ diuiduarũ uniũtur.l.5.§.fi.supra eodem.& l.in executione.§.pen. infra eodẽ. Tertio efficiuntur indiuiduæ saltẽ solutione quando contingere posset ꝙ fieret solutio in diuersis rebus, ut in stipulatione generis & alternatiua.l.2.§.1. supra eodem.& l.in executione.§.pro parte.infra eodem. Quarto efficiuntur indiuiduæ solutione, quando quis uellet diuidere ipsas res in partes integrales, ut usufructus,& proprietatis, quia non admitteretur talis diuisio, cum non afferat utilitatem in parte sicut in toto, solum autem permittitur diuisio in partibus quotitatiuis quæ continent totam substantiam rei pro rata, ut possint afferre utilitatem in parte sicut in toto respectu totius.l. si stipulatus fuero si Titius.§.1. infra eodem.

45 E contrario † quoque stipulationes indiuiduæ efficiuntur diuiduæ per accidens, qñ agitur de numerali diuisione, ut si eueniat ꝙ plures res eiusdẽ naturæ quantũcunq; indiuiduæ promittantur, nã tunc poterunt per numerum diuidi.l. in stipulationibus.§.operarum, supra eodem. Secundo per accidens possunt effici diuiduæ, quando succedit secundaria obligatio interesse,& aliquando pœnæ, quia cum tunc deberi incipiat pecunia quæ diuidua est etiam ipsa secundaria obligatio ad interesse efficietur diuidua per istum tex. in uers. Celsus, ꝙ etiam aliquando poterit accidere quando agitur de solutione pœnæ, quia aliquando, etiam quod committatur insolidum, pro parte soluitur, & hæc de stipulationibus rerum.

46 Rursus † quia facta etiam deducuntur in stipulationibus, uidẽdũ est pro generali introductione qño dictæ stipulationes sunt diuiduæ uel indiuiduæ, de quib.per Bar.habetur in 3.q.in qua primo dicit ꝙ facta considerantur duob. modis, primo prout sunt facta & in esse deducta perfecte. Secundo prout sunt in fieri, si considerantur prout sunt perfecta, tunc recedunt a materia factorũ & recipiunt aliud nomẽ, & incipiunt appellari res factæ, ut domus, nauis, armarium, & transeunt in res corporales, uel incorporales secundum quod fiunt, & ipsa iudicantur diuidua uel indiuidua, sicut & res corporales, & incorporales secũdum theoricam præcedentem. Secundo † modo

47 considerantur prout sunt in fieri, & tunc proprie appellantur facta, & retinent nomen factorum, de quibus habetur in tota materia nostra, & diffiniuntur hoc modo, facta sunt operationes quædã operantiũ ad aliquem finẽ,& probatur in l.1. ff.de oper.libertorum. ibi, opera est diurnũ officium, idest est operatio hominis in una die, & illa dicitur operatio successiua plærunque, cũ aliquando sit operatio momentanea, ut tradere rẽ.

48 Et cum † sint operationes, apparet quod nõ sunt in rerum natura nisi post perfectionem, & quod sunt res incorporales inuisibiles & intangibiles, & quamuis homo operans uideatur & tangatur, tamen ipsa operatio non uidetur nec tangitur, sicut etiam homo loquens uidetur, & legens lectionem, tamen uerbum ipsum & lectio ipsa non uidetur nec tangitur, item cum consistant in fieri apparet quod non sunt in rerum natura nisi post perfectionem sine qua non possunt assumere formam, l.si is qui quadringenta. §.quædam. ff.ad l. falcidiam. ibi, non potest dici fecisse theatrũ uel balneum nisi dederint formam quę per ultimam consumationem contingit, ideo dicitur in dicta l. prima quod opera est diurnum officium, idest operatio integri diei, ita quod non est in rerum natura nisi post lapsum diei quo tempore recipit formam.

49 In factis † igitur ita consideratis Bart. primo ponit conclusionem generalem, dicens quod facta non recipiunt diuisionem actualem, neq; secundum naturam, neq; secundũ legẽ, qm̃ cum sint incorporalia uideri nec tãgi possunt, ergo nec cũ cultello secari, sicut dictũ fuit de aliis reb. incorporalibus, diuisionem uero intellectualiter secundum naturã & leges recipere possunt, raro tamẽ euenit, ut probatur in l.4.§. Cato. supra eodem. ad quod cognoscendum Petrus tradebat regulam quæ basis est in materia, dicens quod facta sunt diuidua quando pro parte afferunt utilitatem sicut in toto respectu totius, ut euenit in exemplis positis in §. Cato. de stipulatione amplius non agi, & rem ratam haberi, si uero

non afferant utilitatem in parte ficut in toto re-fpectu totius, & tunc dicuntur indiuidua, ut in exemplis tex. noftri de ftipulatione rē tradi, foffam fodi, & infulam fabricari, & operas præftari. fed Bar. dicit ꝙ hæc regula non conuenit omnibus exemplis iftius tex. cū non conueniat ftipulationi rem tradi quæ poteft præftare utilitatem in parte ficut in toto refpectu totius, & tamen dicitur indiuidua, per iftum tex. & l. fi rem tradi, fupra eod. Quare ipfe ad regulam Petri addit aliā qualitatē, dicens duo copulatiue requiri ut facta fint diuidua, primo ꝙ afferrant utilitatē in parte ficut in toto refpectu totius. Secūdo ꝙ fi fiat folutio de partib. non contingat fieri in diuerfis rebus, indiuidua uero facta conftituuntur qn̄ unum ex iftis duob. contingit, uel ꝙ non afferant utilitatē in parte ficut in toto, uel ꝙ fi afferunt contingat folutio in diuerfis rebus, per text. in l. in executione. §. pro parte, infra eo. ita ꝙ ex duplici caufa efficiuntur facta indiuidua, quorū una fufficit, uel ꝙ non afferant utilitatem ficut in toto, uel quod contingere pofsit folutio in diuerfis rebus quod frequentifsimum eft, quia fuccedit obligatio ad intereffe, & fæpifsime unus poffet foluere partem facti & alter partem intereffe.

50 Ex quo infert † intellectū ad d. §. Cato, ꝙ ibi, amplius non agi, erat promiffum de negotio pecuniario, quia non poteft euenire illud inconueniēs, cū femper foluatur pecunia, fed fi effet ftipulatio amplius nō agi ad domū uel fundum, diceretur indiuidua, quia cōtingere poffet folutio in diuerfis rebus, fed ego reprobaui in d. §. Cato. & dixi ꝙ inconueniens. §. pro parte non habet locū qn̄ fit uera folutio in diuerfis rebus, & ficta non fufficit. l. 2. §. fi tamē hominē, fupra eodē, & l. qui hominē. infra de folutionibus, & ideo dixi ꝙ ille tex. loquitur generaliter, & ꝙ illa facta funt indiuidua. item Alexander ibidem dicebat quod inconueniens. §. pro parte non poteft facere indiuiduam obligationem, & folū facit indiuiduam folutionem, quam opinionem ego late approbaui, tam in d. §. Cato. quam etiam infra. in d. 3. q.

51 Ideo † ego dedi nouam theoricam ad cognofcendum facta diuidua uel indiuidua, confiderando quod aliquando facta exercentur ad rem nouam in effe deducendam principaliter, ut foffam fodi, infulam fabricari, nauem fieri, librum fcribi, operas præftari, & ifta dicuntur effe femper indiuidua omni refpectu, quia ipfa quando promittuntur nunquam funt in rerum natura, neque poffunt regulari a re ipfa, quoniam & ipfa res quoque non eft in rerum natura, ideo neceffario funt incerta, & indiuidua, cum illud quod non eft diuidi non pofsit, argum. l. eius qui in prouintiam. ff. fi cer. pe. & l. nam & fi fub conditione. §. poft defectum. ff. de iniufto rupto & irrito teftamento. & l. decem. infra eodem, & nunquam poterunt effe in rerum natura nifi poft perfectionem, dicta lege. fi qui. §. quædam. ff. ad legem falcidiam. maxime in partes quotitatiuas. quæ contineant totam fubftantiam rei pro rata, quoniam fubftantia non poteft interuenire nifi poft perfectionem, idcirco hæc pars generaliter eft uera, & fine aliquibus limitationibus, & in ea procedunt plæraque iura in materia allegata.

52 Aliquando † facta exercentur circa rem deductam in rerum natura, ut rem tradere, rem reftituere, hominem non offendere, hominem defendere, amplius non agere, uel fundum uel domum defendere, & ad eum non agere, & rem ratam haberi, de fundo uel domo, & tunc illa facta funt diuidua quando fiunt de re diuidua, & illa funt indiuidua quæ fiunt de re indiuidua, & fic regulantur a re ipfa, ficut diximus ftipulationes ipfas & obligationes effici diuiduas, uel indiuiduas fecundum naturam rerum in eis contentarum, & ratio eft, quia res ipfe principaliter funt in confideratione, & facta ueniunt in confequentiam & efficiuntur acceffloria eis, ficut ftipulationes & obligationes, & probatur in facto de dando quod eft uerum factum. l. in facto. ff. de cōditionibus & demon. tamen quia datio femper fit de re deducta in effe & concernit dominii trāflationem quæ prima eft in intentione, definit effe factum, & tranfit in aliam fpetiem diuerfam quæ diftinguitur a facto fecundum difpofitionē iuris. l. 2. fupra eodem. & l. ubi autem non apparet. §. qui id quod. & §. fin. infra eodem. & l. fi rem tradi. infra eodem. unde in iftis factis regula Petri optime dicitur conuenire, ficut in aliis rebus incorporalibus, & procedit etiam in obligatione rem tradi, & rem reftitui, fecundum uerā opinionem, quicquid dicat Bar. cum fi contingat folutio in diuerfis rebus non efficiuntur facta indiuidua obligatione, fed folum folutio impeditur pro parte fieri, quando illa euenire poteft in diuerfis rebus, & ideo fi euenire non poffet, ut fæpe contingit remanerent omnino diuidua ut infra dicetur.

53 Ex quibus † habes alias propofitiones in hac materia, una eft, quod ftipulationes continentes facta exercenda circa rem deducendā in effe femper funt indiuiduæ, ficut & ipfa talia facta femper funt indiuidua, ut in tribus exemplis text. noftri. & dicuntur indiuidua etiam contractu, & obligatione & folutione. quid quid uellit Bartol. ut infra dicam. Alia eft propofitio † quod
54 ftipulationes factorum quæ exercentur circa rem deductam in effe funt diuiduæ fi res ipfæ funt diuiduæ, ut ftipulatio rem tradi, rem reftitui, amplius non agi, & rem ratam haberi, fi uero res ipfe funt indiuiduæ, ut defendere hominem, uel non offendere, & tunc etiam ftipulationes funt indiuiduæ, lege cum ex caufa, & lege in executione. §. infolidum. infra eodem. & no. in dicto. §. Cato. quia earum diuifio corrumpit finē & utilitatem ftipulationum, ut in hoc text. Stipula-
55 tiones † autem factorum indiuiduæ aliquādo per accidens efficiuntur diuiduæ, ut quādo fuccedit obligatio ad intereffe uel ad pœnam, quoniā illa fecundaria obligatio datur ad pecuniā diuiduā, & quæ eft diuidua fui natura ut in hoc tex. in uer §. Celfus. & ftatim dicetur. fimiliter ftipulationes diui-

diuiduæ per accidens efficiuntur indiuiduæ solutione quando contingit fieri solutio in diuersis rebus, argumento dicti. §. pro parte, & aliis modis statim dicendis quatenus conueniunt, stipulatio quoq; rem restitui est diuidua omni respectu regulariter per d. theoricam, tamen ipsa efficitur indiuidua per accidens quatuor modis. Primo si eueniat illud inconueniens quod fiant solutiones in diuersis rebus, quod tamē raro accidit, quia non succedit obligatio ad interesse nisi re extincta, & opportet ꝙ post solutionem res pro parte pereat. Secundo efficitur indiuidua propter dolum. l. in depositi. ff. depositi, & l. si duo, eodem tit. Tertio efficitur indiuidua si unus habeat facultatem soluendi totam rem. l. 3. §. hæres. ff. commod. Quarto efficitur indiuidua si actum est quod insolidum teneatur. l. 1. §. si apud duos. ff. depositi. secundum unum intellectum, quæ causæ plene examinantur in d. §. Cato. cum tota eius materia, & hæc sufficiant quantum ad generalem theoricam cognoscendi quæ stipulationes sint diuiduæ, uel indiuiduæ, & quæ obligationes rei corporalis & incorporalis diuidantur, uel non diuidantur, cætera autem plene infra suis locis tradentur.

56. Quarto † principaliter præmittēda sunt quædam alia concernentia declarationem literæ, & primo dum dicitur stipulationes non diuidūtur, exponitur ut declaratum fuit, stipulationes efficiuntur indiuiduæ quando continent res indiuiduas, & sic hæc qualitas earum regulatur a rebus contentis tanquam a subiecto & fine, sed si considerantur in abstracto respectu sui, tunc semper sunt diuiduæ. l. 1. & 2. & l. 5. supra eodem. & §. omnis. insti. de uerb. oblig. & de inutilibus stipulationibus, ut dictū fuit in primo præmisso. Secundo dum in tex. ponitur, idē puto si quid faciendum stipulatus est, illud uerbū faciendū, expressum fuit cū ministerio, primo ad differentiā præcedentis dicti, ubi quid dandū stipulatus fuit, habuit. n. respectum ad l. 2. supra eod. ꝙ stipulationum quædam consistunt in dando, & quædam in faciendo, & licet Bar. & docto. in dicta. l. 2. §. primo, dicant quod qui stipulatur seruitutem stipu-
57 latur ius & factum † tamen uere sunt duæ stipulationes, una de iure, alia de facto. iuxta legem scire debemus. infra eodem. & clare dixit Bar. infra in 4. quæstione. dum allegat l. 3. §. dare. supra de usufructu. & stipulatio de sui natura continet factum negatiuum, de quo in l. 2. §. item si in facto. supra eodem. & l. si sic. infra eodem. & potest apponi postquam quis est stipulatus ueram seruitutem & ius reale, uel stipulatus est merum factum eundi affirmatiuum, de quo in d. §. item si in facto, & d. §. Cato. in uerbo, iter fieri. Secundo etiam deductum fuit quid faciendū ut appareret ꝙ stipulatio factorum continet actum futurū seu operationem futurā quæ non est in rerū natura, non aūt rem factā quę in hac materia definit esse factū, qua de cā dicuntur incerta semper l. ubi aūt. §. qui id ꝙ. infra eod. & indiuidua quando tendunt ad rem nouam fiendā, ut in exemplo fossam fodi, insulā fabricari, & operas præstari.

58 Tertio dictum fuit † quid faciendum secundū Bar. quia conclusio istius tex. ꝙ facta sint indiuidua, procedit quando iam sunt deducta in stipulationem, quoniam si non sunt deducta in stipulationem non dicūtur indiuidua, cum pro parte possint deduci in contractum. l. locus. ff. de acq. possess. & l. 2. §. præterea. ff. de aqua pluuia arc. ibi fossā purgare pro parte quæ cohæret fundo tuo, & ideo hic præmittit ꝙ stipulationum quædam sunt indiuiduæ omni respectu ut stipulationes seruitutum, quædam sunt diuiduæ contractu sed postquā sunt deductæ in contractu dicuntur indiuiduæ obligatione actione & solutione, & sequuntur doc. sed ego infra in 6. oppositione tenui contra Bart. quoniam facta quando tendunt ad rem nouam fiendā semper sunt indiuidua omni respectu contractu obligatione & solutione, quoniā ipsa non sunt in rerum natura, & nō possunt recipere diuisionem aliquam & minus quotitatiuam, quæ præsupponit partes continere totam substantiam pro rata, ꝙ non potest esse nisi quādo res est deducta in esse. l. eius qui in prouintia. ff. si cert. petatur. & dict. l. si is qui. §. quædam. ff. ad legem falcidiam, unde ipsemet in dicta oppositione dicebat quod facta non possunt deduci in stipulationem pro parte pro indiuiso per dictas rationes, ut tertia pars foueæ uel domus fienda, sed bene potest deduci pro parte pro diuiso, ut decem perticas foueæ uel parietis, & tertia pars domus uel partem tecti, & quotidie uidemus de facto seruari, per dictum. §. præterea, sed non aduertit Bartol. quod tunc non est pars facti, sed unum factum integrum promissum limitatum, sicut si quis stipularetur quod de mane usque ad decem & octo horas laboraret, tunc enim non potest dici opera diurna, tamen dicitur per se unum factum integrum limitatum, & in dic. §. præterea ponitur exemplum de uno facto integro limitato, sicut fundus pro parte pro diuiso efficitur nouus integer fundus. l. si quis duos. §. si partem. supra cōmunia prædio., facta uero quæ exercentur circa rem deductam in esse dicuntur omnino indiuidua si res est indiuidua, ut defendere uel non offendere hominem, sed si sunt circa rem diuiduam dicuntur in totum diuidua sui natura, nisi eueniat quod fiat solutio in diuersis rebus, quia tunc per accidens efficiuntur diuidua solutione, nam secundum ueram opinionem licet Bartol. teneret quod propter illud inconueniens efficerentur indiuidua obligatione & solutione, & solum essent diuidua contractu pro parte diuisa uel indiuisa per dictam. l. locus, tamen istud non est uerum, ut ibidem dicam, & respondebo huic tex. quia omnia æqualiter commiscet, quod uoluit ponere uaria exempla secundum uarias naturas, & non in totum æqualia, ut ipsemet fecit, & ideo uerbū, faciendum, non fecisset hunc effectum, sed prædictos tantum.

59 In secūda † parte principali ponitur notabilissima differētia quæ est in obligatione secūdaria succedēte per legis dispositionē factis, cū. n. ui-

deretur esse incõueniens & quædã speties seruitu
tis,ꝙ præcise quis obligaretur ad factũ.l.1.&2.ff.
de lib.homine exhibendo,& l.Titio centum.§.Ti
tio.ff.de conditi.& demonstratio. & per alias ra
tiones positas infra per Bart.in 10. oppositione,
inductum fuit quod qui promisit facere regulari
ter non cogeretur facere sed post moram succe-
dat ex legis dispositione una noua obligatio, &
actio ad interesse, quo soluto liberetur reus per
iltum tex.& l.si quis ab alio.§.fi.ff.de re iudicata.
quod interesse soluitur in pecunia numerata, ut
in hoc tex.ibi pecuniam dare opportere,& d.l. si
quis ab alio.§.fi.ibi, condemnari in pecuniam nu
meratã in magna & parua quantitate secundum
damnum eueniens. Qua de causa hæc obligatio
succedens efficitur diuidua sicut ipsa pecunia est
omnino diuidua,ut etiam in tex.dicetur,unde se
quitur quod post moram actor habet actionem
ad factum promissum quæ est indiuidua cũ obli-
gatione,& datur insolidum contra omnes hære-
des,item etiam habet actionem, & obligationẽ
ad interesse,quæ est omnino diuidua, & non da-
tur nisi pro parte hæreditaria cõtra hæredes pro
missoris,& hæredibus stipulatoris,quæ duę actio
nes competunt cumulatiue, sed alternatiue, ut
una tantum solutio sufficiat regulariter secundũ
modum positum per Bar. infra in septima quæ-
stione,& latius in nona quæstio. simile est in sti-
pulatione pœnali subiecta quæ & ipsa efficitur
diuidua quando incipit deberi, & datur contra
omnes hæredes pro hæreditaria portione, secun
dum modum positum in lege secunda.§. item si
in facto,& l.4.§.Cato,supra eodem, aliquæ tamẽ
differentiæ sunt inter obligationem pœnalem &
interesse,una ponitur in dicto.§. Item si in facto,
in fi.alias ponit Ruy.in d.7.quæstione, ubi dixi,
& una est notabilis, quia stipulatio pœnalis ipsa
est diuidua & tamẽ facit principalem promissio
nem sui natura diuiduam effici indiuiduam pro
pter conditionẽ.l.5.§.fi.supra eodem,& l.in exe-
cutione.§.pen.sup.eod.quod non est in interesse,
quod non alterat principalem stipulationẽ, quæ
bene nota pro generali cognitione terminorum
legis & materiæ, & omnes propositiones supra
in quocunque præmisso positas scribas, & in ca-
pite bene ponas quia eis bene perceptis discer-
nes omnes qualitates materiæ, euitabis æquiuo-
cationes, & facilem habebis aditum ad intelli-
gentiam.

60 Quibus sic†generaliter præmissis, deuenio ad
tex.qui diuiditur in duas partes principales, in
prima ponitur de stipulationibus indiuiduis fa
ctorum & seruitutum in primitiua obligatione,
in secunda ponitur de secundaria obligatione
succedente in stipulationibus factorum, secunda
ibi, Celsus.Item prima subdiuiditur,quia primo
ponit de stipulationibus dandi, Secundo ponit
de stipulationibus factorum. Secunda etiam sub
diuiditur,quia primo dicit quod succedit obliga
tio ad interesse,secũdo dicit quod diuiditur obli
gatio.Tertio dicit quod pro parte datur petitio,
Summatur ut per docto.sed plenius quam ipsi fa
ciant ita eum summa,stipulationes efficiuntur in
diuiduæ quando continent res quæ non recipiũt
diuisionem,ideo stipulationes seruitutum, & fa-
ctorum dicuntur indiuiduæ quia earum diuisio
corrumpit finem,& utilitatem stipulationis, cũ
partes sint inutiles, in stipulationibus tamen fa-
ctorum post moram succedit obligatio ad inter
esse,quæ diuidua est & datur contra hæredes pro
hæreditaria portione.

61 Casus ita†breuiter fingi potest,quidam stipu-
latus est fundum sibi tradi,& quia sperabat do-
minium sibi acquirere, stipulatus fuit seruitutẽ
itineris & aquæ ductus ad illum, atque etiam in
eo domum fieri,& fossam fodi, ac operas quasda
præstari, decessit promissor pluribus hæredibus
relictis,stipulator conuenit unum ex hæredibus
promissoris magis exigibilem ad totum fundum
tradendum & successiue ad seruitutes ipsas dan
das & cætera facta per ipsum solum adimplẽda.
negabat ille posse conueniri insolidum, dicendo
se teneri tantum ad prædicta omnia pro hære-
ditaria portione,fuit quæsitum quid iuris, & ra-
tio dubitandi erat & uidebatur dicendum,quod
tantummodo pro parte hæreditaria teneretur.
Primo,quia stipulationes omnes sunt diuiduæ.l.
2.l.5.sup.eo.& no.in l.1.& insti.eo §.omnis.& ui
detur tex.in l. si stipulatus.§.qui decem. infra de
solutionib. Secundo faciebat tex.in l.arbor.§.fi.
supra communi diuidundo. & de seruituti. rusti.
prædiorum.l.ergo. &.l. si partem. in uerbo diui-
sio.& l. Lutio.§.fi. de aqua pluuia arcend.ubi iter
diuiditur pro tempore & mensura. Tertio facie-
bat tex.in l.ut pomum,& est l.si cui.supra de serui
tu.ubi potest constitui ad certam partem fundi.
& l. certo.de serui. rusti.prediorum. Quarto fa-
ciebat tex.in l. quinta. §. eo. supra de usufructu,
Quinto similiter quod stipulationes factorum,
sint diuiduæ allegabatur tex.in l.4.§.Cato. supra
eod. Sexto faciebat tex.in l.inter cohæredes.§. si
quis stipulatus, supra famil. herciscund. Septi-
mo faciebat tex.in lege secunda.§.præterea.ff.de
aqua pluuia arcenda, ubi fossa pro parte potest
præstari,ergo unus hæres faciendo partem libera
bitur. Octauo faciebat tex,in l. in stipulationi-
bus.§.operandi.infra eodem, ibi necesse est par-
tem operæ petere, & idem probatur de stipula-
tione rem tradi in lege locus,de acquir.possessio.
& de obligatione rem restitui, in lege tertia.§.
hæres.ff.commodati.cum similibus infra allegan
dis per totam legem.

Quibus tamen non obstantibus contrarium
fuit determinatum in hac lege,quod imo ipse hæ
res solus possit conueniri ad integram rem tra-
dendam, & ad alia facta insolidum præstari, &
seruitutes dari,& ratio decidendi ponitur in isto
tex.quia omnes seruitutes & plæraque facta indi
uidua sunt, & propterea etiam stipulationes effi
ciuntur indiuiduæ contractu actione, & obliga-
tione,& solutione, & ratio rationis assignatur,
quia earum diuisio corrumpit stipulationẽ, hoc
est corrumpit finem & utilitatem stipulationis,
nam cum stipulator stipuletur illud quod est si-
bi uti-

bi utile.l.stipulatio ista.§.alteri.supra eodem, & si ei præstaretur medietas fundi,& medietas seruitutum & factorum nullam utilitatem haberet, & nihil in effectu consequeretur quo commoditatem habere posset,ideo finis & commoditas stipulationis corrumperetur, quod non est admittendum.l.5.§.fi,sup.eo.ibi,non potest aliter fieri siue iniuria stipulatoris.& l.2.§.ex iis.sup.eo.& l.4.§.Cato.in primo responso.

Non obstant contraria,& primo quod omnes stipulationes sunt diuiduæ,quia uerum est quando cōsiderantur in abstracto& de per se,sed quādo considerantur respectu rerum sunt indiuiduę, si res contentæ non diuiduntur.Non obstat.l.arbor.§.fi.quia ibi non dicitur quod seruitutes sint indiuiduæ,sed solum dicitur de commoditate extrinseca quæ diuidi potest,& de instrumento, & dicemus in prima oppositione Bar. non obstat l.ad certū.quia ille tex.intelligitur de certa parte pro diuiso quæ efficitur nouus fundus,per tex.in l.si quis duos.§.si partem. supra communia prædiorum.eodem modo intelligitur dicta le. certo genere,& in l.si cui.restringitur usus & commoditas,non ipsa seruitus,ut inf.dicetur. Nō obstat l.quinta.§.reo.sup.de usufructu.quia loquitur de usufructu qui solus est diuiduus.& l.j.§. usufruct. sup.ad legem Falcidiam. Non obstat l.4.§.Cato,quia ille tex.loquitur de factis quę exercentur circa res deductas in esse & diuiduas, quo casu facta efficiuntur accessoria rerum & dicuntur diuidua secundum ipsas res ut supra dixi, nō obstat lex inter cohæredes.§.si quis stipulatus. quia loquitur de facto habendi ratum quod exercetur circa rem deductam in esse diuiduam, ideo efficitur diuiduum,ut dictum fuit in §. Cato uers. uideamus.Non obstat.l.2.§.præterea. quia ibi pars facti diuisa fuit antequam deduceretur in stipulationem, hic uero facta considerantur quando sunt deducta in stipulationem,secundum Bar. & docto.sed secundum meam expositionem ibi promittitur unum integrum factum restrictum ad illos limites,quod uidetur pars respectu intentionis partium,tamen uere est unicum in opere uniuersali cū plura facta interueniāt.Nō obstat le.in stipulationibus.§.operarum, quia ibi opera non diuiditur sed estimatio,& ille tex. exponit partē operæ,idest partem estimationis operæ,quia prę terita est & amplius præstari non potest·l. si quādo.inf.de oper.liberto.& dicitur in 9.oppositio. Non obstat.l.locus.ff.de acquire.possessione.quoniam obligatio rem tradi est diuidua in substantia,quia factum illud exeretur circa rem diuiduā & solum efficitur indiuidua solutione propter inconueniens.l.in exequtione.§.pro parte.inf.eod. non obstat l.3.§.hæres.qnia similiter loquitur de facto quod exercetur circa rem diuiduā, ideo est diuiduū nisi efficiatur indiuiduū ex quatuor causis supra narratis,& dicā late in octa.opposi.Bar.

62 Sed tunc succedit† secunda dubitatio, quid si post moram conueniretur unus solus hæres ad damnum passum, utrum insolidum teneatur ad totum factum, & uidebatur dicendum quod insolidum recte conueniretur, per omnes rationes positas in præcedenti decisione. Secundo faciebat tex.in l.quinta.§.fi.sup.eodem.ubi obligatio ad pecuniam est indiuidua. Tertio faciebat tex. in l.hæredes.§.idem iuris, supra familiæ hercisc. ubi similiter hæredes tenentur insolidum ad pecuniā.Quarto faciebat tex.in l.cum ex causa.inf. eodem. ubi similiter hæredes insolidum conueniuntur.Quinto faciebat,quia interesse subrogatur in locum factorum,ergo assumit eorum naturam.in §.fuerat.insti.de actionib.& l. qui eum. §. qui iniuriarum.ff.si quis cautionibus. & uidetur tenere Paulus de Castro in l.secunda.§.ex iis.sup. eo.& Ias.inf.in finalib.uerbis huius legis.

Iis tamen non obstantibus contrarium determinatum fuit in hoc tex.quod imo hæres possit conueniri tantummodo pro parte hæreditaria, qua soluta liberatur,& ratio decidendi ponitur in tex.quia in obligationibus factorum post moram reus tenetur dare pecuniam, quoniam ex dispositione legis succedit obligatio ad interesse, l.si quis ab alio.§.fi.de re iudi.quod interesse consistit in pecunia quæ diuidua est, & ideo obligatio diuiditur inter hæredes.& solum potest conueniri ad partem estimationis.

Non obstant contraria, & primo decisio statim posita,quia illa decisio fuit data de primitiua obligatione ad factum quæ indiuidua est,quoniam factum est indiuiduum, hic autem dicitur de secundaria obligatione quæ succedit ex lege, & datur ad pecuniam quæ diuidua est, ideo obligatio etiam diuidetur inter hæredes.Non obstat l.5.§.fi.quia similiter ille tex.loquitur de primitiua obligatione ad pecuniam quæ efficitur indiuidua propter conditionem appositam in stipulatione pœnali,l.quæ conditio.de condi.& dem. nos autem hic loquimur de secundaria obligatione quæ semper diuidua est sicut etiam ipsa obligatio ad pœnam.l.4.§.Cato.Non obstat tex. in l. hæredes.§.Idem iuris.quia eadem quoque est responsio.Nec obstat.l.cum ex causa.quia ibi hæredes conueniuntur ad factum ideo insolidum tenentur,hic uero cōueniuntur ad interesse in quo pro parte tenentur ut innuit tex. ille in fi. Non obstat quod interesse subrogatur loco facti, quia non est plena subrogatio sed solum fit ut loco facti liberetur præstando interesse. Non obstat authoritas Pauli & Ias.quia loquuntur quando conuenitur hæres ad factum qui uult liberari soluendo interesse,ex capite quod habet facultatē soluēdi illud,hic autem principaliter agebat actor ad interesse, & reus hæres tenetur pro portione hæreditaria.Quare remanet quod quando hæredes conueniuntur ad factum insolidum tenentur & insolidum conueniuntur, sed quando conueniuntur ad interesse post moram tantummodo pro hæreditaria portione. hic est casus,

63 Notandum est primo ex isto tex.† quod dictū fuit in summario, uidelicet quod stipulationes efficiuntur indiuiduæ propter res in eis contentas.Item quod seruitutes sunt indiuiduæ, quæ cōclusio ampliatur procedere in omnibus seruitu-

tibus tam urbanorum quam rusticorum prædio
rum, licet tex. non loquatur nisi de rusticis. Item
ampliatur etiá nõ procedere in seruitutibus per
sonalibus, ut in usu & habitatione. l. usus pars.
supra de usu & habitatio. Limitatur non proce
dere in usufructu qui diuiduus est, per l. primá.
§. si ususfructus. ff. ad l. falcidiam. & l. iiij. §. reo.
supra de usufructu. & de ratione dicemus super
quinta oppositione, & super quarta quæstione. Se
cundo limitatur quantum ad usum & commodi
tatem, quia omnes seruitutes efficiũtur diuiduæ.
l. Lutio. §. fi. cum l. sequenti. de aqua pluuia arcen
64 da, & dicetur in prima oppositione Bar. Tertio†
limitatur quantum ad modificationem, quia om
nes seruitutes possunt modificari. l. 4. §. modus. &
l. si cui, supra de seruituti. & ratio quare sunt indi
uiduæ assignatur in tex. quia earum diuisio cor-
rumpit stipulationem, & alibi dicitur quia usus
earum est indiuiduus. l. uię. supra de serui. alibi di
citur quod partis præstationem non recipiunt. l.
2. §. primo. supra eodem. quæ omnes rationes re-
dactæ ad bonum sensum ueræ sunt, quia una est
consequtiua alterius, nam prima est, quia usus ea
rum indiuiduus est, & succedit secunda, quia non
recipiunt partis præstationem, & postea sequitur
tertia, quia earum diuisio corrumpit stipulatio-
nem idest finem & utilitaté stipulationis, quod
necessario sequitur, quoniam usus est indiuiduus,
& hoc modo deducendo efficitur ratio multum
clara & concludens, sed dum dictum fuit quod
usus earum est indiuiduus cõtradicit. l. 4. §. usus.
supra de seruituti. tu cõcorda, nam antequam de
ducantur in esse, hoc est quando promittuntur
per stipulationem, usus earũ indiuiduus est, quo-
niam non potest pars usus earum promitti, sed
postquam deductæ sunt in esse, tunc usus earum
certo respectu efficitur diuiduus, quia commodi
tas & modus utendi per accidens potest diuidi,
ut infra dicemus in oppositionib.

65 Item† dum tex. dicit cæterarum, uariæ sunt ex
positiones, una est quod referatur ad seruitutes
reales tantum, & tunc nulla erit exceptio, quia di
ctio (cæterarum) comprehendit similes de pro-
prietate sermonis, ut per glo. in l. non solũ. §. quæ
ritur. ubi Bar. in uerbo cæteros. sup. de procurato
ribus. & glo. in cap. deinde. 26. distinctio. & capi.
apostolicæ. 56. distinctio. sed tamẽ cõtradicit po
stea tex. in dicta. l. j. §. si ususfructus. ubi sub dictio
ne (cæteræ) continentur seruitutes personales, ꝓ
quo facit, quia dictio (cæteræ) comprehendit etiá
res non similes. in l. non impossibile. & l. ab em-
ptione. sup. de pact. & cap. omnes principes. de
de maioritate & obedientia. ibi, cæteros homi-
nes. Ias. dubitat & nõ resoluit, sed tu dicas quod
dictio (cætera) ponitur tribus modis adiectiue &
substantiue, si ponitur adiectiue & nominatur sub
stantiuum tunc de proprietate sermonis denotat
identitatem in substantia materiali, sed non in
forma, ut in d. cap. omnes principes. & additur
cęteros homines, quod denotat similitudinem in
materia non autem in forma seu in qualitate, &
hoc modo procedũt quasi omnia allegata, & iste
tex. ubi ponitur dictio (cæteræ seruitutes) & de-
notatur in substantia materiali conuenientia, nõ
autem in forma, cum seruitutes personales diffe-
rant forma a realibus, seu spetie, & tex. in dicta, l.
1. §. si ususfructus. inf. ad legem Falcidiam. sed si
exprimeretur res multum diuersa, seruaretur ex-
pressum mutata natura uerbi cætera. arg. l. si uno.
ff. locati. & cap. intelligentia. de uerbo. significa.
& d. l. non solum. §. quæritur. de procuratorib. ali
quando ponitur hæc dictio adiectiue, sed substan
tiuum non aditur, & tunc non potest referri nisi
ad positos in oratione præcedenti, & denotabit
plenam similitudinem, quia de eisdem loquitur,
& ideo si in hoc tex, non esset aditum (seruitutes)
sed solum esset positum uerbum (cæteræ) referri
opporteret ad nominatas, & non comprehende-
ret nisi seruitutes reales, & hoc modo posset pro
cedere prima opinio. Tertio ponitur hæc dictio
substantiue, ut faciunt notarii, dum dicunt & cæt.
& tunc comprehendit ea, quæ solita sunt poni in
oratione antecedenti. l. Gallus. §. quidam recte.
ff. de lib. & posth. & ibi docto. plenissime de tali
dictione tradũt. Quare apparet ꝙ nedũ ex méte
legislatoris sed etiam de proprietate sermonis
continentur hic seruitutes personales, & tex. reci
pit limitationẽ de usufructu, ut fit in dicta. l. 1. §.
si ususfructus. ff. ad legem Falcidiam. & remanet,
quod omnes seruitutes sunt indiuiduæ excepto
usufructu. concordat lex pro parte. supra de serui
tutibus. & l. si sub una. §. fi. & l. si pluribus. §. & si pla
cet. supra eodem.

66 Secundo† notandum est, quod facta hic enume
rata sunt indiuidua, & ampliatur procedere etiá
in aliis factis, tamen cum distinctione quam po-
sui in præmissis quod si exercentur ad nouá rem
deducendam in esse semper sunt indiuidua, ut in
exemplis tribus, fossam fodi, insulam fabricari, &
operas præstari, quia incerta sunt, nec in rerũ na
tura existunt. Fallit quando desinunt posse præ-
stari, quia tunc necessario deuenitur ad estima-
tionem & efficiuntur diuidua. d. l. stipulationib.
§. operarum. sup. eodem. & l. si quando. inf. de ope
ris libertorum, si uero exercentur circa rem dedu
ctam in esse, & tunc sunt diuidua uel indiuidua,
secundum res ipsas, & ideo sequitur quod obli-
gatio rem tradi est aliquãdo omnino diuidua,
ut si fiat de tradẽdo pecuniam, sed si fiat de re in
diuidua ut de feudo & aliis rebus omnino indi-
uiduis erit omni respectu indiuidua. Si autẽ fiat
de re corporali communi, tunc sui natura est om
nino diuidua contractu obligatione & solutione,
d. l. locus. de acqui. possess. sed per accidens effici
tur indiuidua solutione tantum, quando contin
gere posset solutio in diuersis reb. l. in exequtio-
ne. § pro parte. inf. eodem. nec debet dici indiui-
dua obligatione, quamuis Bar. tencat contrariũ
per istum tex. qui eam æquiparat cæteris factis,
nam respondetur quod non est plena æquipara-
tio, cum uellit obligationem rem tradi esse diui
duam contractu pro diuiso & indiuisa parte. d.
l. locus. & aliqua facta diuidua contractu pro par
te pro diuiso sunt, non pro parte pro indiuiso, ut
fossam

fossam fodi, ideo etiam potest dici quod non cõ siderauit aliam similitudinem de obligatione, item potest dici quod uerificatur similitudo quã do fit de re omnino indiuidua, cum fateatur si es set de pecunia quod esset omnino diuidua.

67 Tertio†notandum est ibi, earum diuisio corrũ pit stipulationem, idest finem & utilitatem stipu lationis, ratio quare stipulationes sit indiui- duæ, ex qua sequitur quod plures hæredes uel alii obligati ad factum indiuiduum non habent be- neficium diuisionis concessum duobus reis, etiam si esset actum quod teneretur ut rei, secundũ Bar. in l. 2. ff. de duob. reis. quia earum diuisio corrum pit stipulationem, & fortius procedit in seruitu- tib. per legem hæredes. §. an ea. ff. famil. hærciscun dæ. quod non esset in obligatis ad rem tradendã uel restituendam, quia diuisio non corrumpit sti pulationem ut statim dixi, & hic per Ruyn. item procedit etiam quod unus tantum sit in mora, quia per contrauentionem unius cæteri tenẽtur, per tex. in d. §. item si in facto. & in. §. Cato. quod tamen declara ut hic per Ruy.

68 Quarto notãdum est†in uersi. Celsus, quod in obligationibus factorum post moram succedit obligatio ad interesse, in quo conueniunt omnes sed dubitatio tantũmodo est unde nascatur hæc obligatio ad interesse, & glo. hic in uerbo (dare opportere) dixit quod nascitur est contractu sti- pulationis, qa tacite per partes uidetur esse actũ quod si non præstetur factum soluatur interesse, per. l. si quis ab alio. §. fi. ff. de re iudica. cum glos. quam dicit Bal. sic esse notandam, & esse commu niter approbatum, & hanc glo. etiam comendat hic Bologni. in additionibus suis, & dicit tenere Bar. in l. 1. ff. de actio. emp.

69 Ex quo†infertur per Romanum in l. certi con dictio. ff. si cer. peta. quod si statutum disponit in strumentũ guarẽtigiatum debere mitti executio ni, comprehendit etiam interesse, quia tacite in illo instrumẽto interesse uidetur esse promissum per istum tex. cum glo. sed contrarium tenuit An to. de Butrio & Imo. in cap. translato, de constitu tionibus. ubi etiam per Mod. Alexa. in d. l. certi condictio. dicit quod hoc pendet a notatis per Bar. in l. 1. ff. de iis quæ in testam. delentur. & per eundem Alex. in l. iurisgentium. §. quod fere. ff. de pact. ubi dicunt quod stipulatio quæ fingitur a lege in causa dotali. iux. l. 1. C. de rei uxo. actio. non potest dici esse scripta in instrumento, & nõ mittitur exequtioni. Tu uero dicas quod hæc quæstio dependet ab alia, an interesse sit tacite promissum a parte, an uero succedat ex tacita le gis dispositione, & quod ueniat ex promissione partium uidetur tenere dicta glos. pro qua facit tex. in l. si pœnam. in fi. & l. ubi autem, per totã le- gem. & l. liber homo. §. fi. inf. eodem. in quib. dici tur quod stipulatio incerta est siue cõtinet incer tum quando promittitur factum quia uenit illud quod interest, & sic ex stipulatione nascitur obli gatio ad interesse, ergo habet exequtionem para tam, nisi in statuto sit dictum quod expressa in in strumento mittantur exequtioni, quoniam tunc non mitteretur, ex eo quod nõn potest dici ex- pressa, sed tamen communis* est opinio quod nec tacite nec expresse in instrumento promittatur interesse, sed uolunt quod succedat hæc obliga- tio ex sola legis dispositione, ut per Bar. late inf. in 7. q. ita quod nec fingitur a lege quod sit pro- missum a partibus, ideo non potest dici quod de eo debeat fieri exequtio, maxime quia incertum est, & talia statuta solent disponere tantummodo de certis, & mandare quod obligationes seu pro missiones certæ mittantur exequtioni. Nec ob- stat contrarium, quia ego dedi responsum infra in fi. quæst. dum dixi quod partes non promittũt interesse, neque illud uenit ex uoluntate partium dispositiua sed solũ ex uoluntate permissiua con sentiendo quod lex subiungat dictam obligatio nem ad interesse, iux. no. per Socci. in l. filius fa- milias. ff. de leg. j. ubi plene dixi. & eodem modo determinare debes de quæstione quando factum promittitur in pacto nudo, de quo hic per Ruy. late, & sic remanet conclusio generalis, quod sta- tutum uolens instrumentum guarentigiatũ mit ti exequtioni non comprehendit obligationem succedentem ad interesse, de quo etiam ego la- tius posui in l. cum quid. nume. 16. ff. si cer. pe. & per Dec. in d. ca. translato. col. 1. de constitutioni. habetur etiam per Ripp. late post alios in l. 1. ff. de uulgarii & pupilari maxime quando statutum dicit quod expressa in instrumento mittantur exequtioni.

70 Quinto notandũ est, †quod obligatio ad inter esse dicitur diuidua licet factum sit indiuiduum, quod limitatur duobus modis, ut hic per Ias. & per Paul. in l. 2. §. ex iis. sup. eodem. & Ruy. hic in fi. notabili. in uersi. similiter. & infert idem Ruy. quod cum ex isto tex. colligatur obligationẽ ad interesse non sequi naturam sui principalis, se- quetur ꝙ si duo se obligant ad indiuiduum sub pœna ꝙ quilibet obligabitur ꝓ parte ad pœnã, tãquã quilibet promiserit pœnã. arg. l. reos. §. cũ in tabulis. ff. de duobus reis. & uoluit Imo. in d. §. Cato. & l. 5. §. fi. supra eodẽ. & uidetur hic in tex. probari. Sed cõtrariũ tenuit Alex. in d. §. Cato. & l. 5. §. fi. sup. eo. per no. per Bar. in d. l. stipulatio. §. quæsitum. supra eodem. & l. 2. in 2. q. inf. de duob. reis. & hic Ruy. & ego puto uerum, quia pœna ue nit ex promissione uera partium, interesse uero uenit ex sola legis dispositione permittentibus partibus & non ex uoluntate dispositiua, unde si militudo non est bona, quod nota, quia facit ad multa alia similia.

71 Expeditis notabilibus†esset deueniendum ad glo. sed quia materia glo. tractatur in 5. & 6. quæ stione Bar. reseruo ibi eas declarandas. Bar. autẽ plenius examinando articulum, an & quãdo ser uitutes & facta sint diuidua uel indiuidua format aliquas oppositiones, & primo opponit ad con- clusionem, quod seruitutes sint indiuiduæ, de le- ge Lutio. §. fi. ff. de aqua pluuia arcenda. & l. arbor. §. fi. ff. commuui diui, & l. si partem. ff. communia prædiorũ. In quibus dicitur quod seruitus aquæ ductus diuiditur per mensuram aquæ, & per tem

pus,&unus habere potest tertiam uel quartā partem aquæ cum certa mensura quæ solet appellari unum denarium, uel unum carlenum, uel unū tarenum,uel alius habeat tantumdem uel plus, uel minus,uel ꝙ unus utatur de mane, alius de sero, & unus de Hieme & alius de æstate. soluit glo.in d.l.si partem.quod spetiale est in seruitute aquæductus quæ diuidua est,sicut usufructus, sed Bar.reprehendit,quia in dicta.l.1.§.si usufructus.ff.ad l.Falcidiam. solus usufructus accipitur,& bene loquitur, sed melius probatur in hoc tex.ut perpendit Ruynus qui includit seruitutem aquæ ductus in sua regula generali, quod seruitutes sunt indiuiduę eam nominando in exemplis, unde secundo soluit Bart. quod in dictis iuribus non dicitur seruitutem aquæ ductus diuidi, sed solum dicitur quod aqua ipsa uel tempus diuidatur,idest actus seu commoditas diuiditur, & sequuntur communiter docto.

72 Pro qua†conclusione Ias.hic adducit simile de iurisdictione, quæ licet sit indiuidua in casibus positis in ca.imperialem.§.præterea ducatus. de prohibita feudi alienatione per Federicum. &de iure Regni in plærisque feudis illa diuiditur ut per tēpus unus utatur uno anno & alter alio,uel unus exerceat causas ciuiles,& alius criminales, & sic per mensuram & tempus diuiditur,&est cōmunis*opinio, ut patet ex authoritatibus adductis hic per Ias. & per And. & plenius Afflictum in d.§. præterea ducatus.

73 Secūdo adducit † simile de iure patronatus, ꝙ est indiuiduum.glo.in cap.piæ mentis.10.q.7.& in cap.primo.de iure patrona.ubi Abbas. & potest diuidi per tempus præsentando alternis annis.clem.2.de iure patronatus.& ibi nota. Aliud simile est de ecclesia communi duobus episcopis ut possit diuidi gubernatio ad tempus. secundū glo.16.q.3.cap.licet.& Abbas in cap.fi.de re iudi.cum similibus.& creatur generalis conclusio in omnibus rebus &iuribus indiuiduis ut possint recipere diuisionem respectu usus & commoditatis per tempus,ut probatur in l.4.§.usus. ff. de seruituti.tit.generali.

74 Sed tamen † contra prædictam conclusionem ultra docto.facit tex.in l. uia. supra de seruituti. ubi dicitur,ꝙ uia actus & aquæductus pro parte in obligatione deduci non possunt, quia earū usus est indiuiduus, & sic expresse contradicit dictæ conclusioni Bar.hic, de usu qui diuiditur. & d.l.4.§.usus,& idem dicitur in l.in exequtione. §.2. sup. eodem. ubi assignatur ratio quod facta non diuiduntur quia effectus eorum diuidi nō potest,& sic se refert ad usum & commoditatem nō tantum ad substantiam, & negat indistincte diuidi posse seruitutes etiam respectu usus& commoditatis.Potes tamen concordando dicere distinguendo inter seruitutem constituendam, & constitutam,nam si est constituenda prout contingit semper quando deducitur in stipulationē uel legatur seu alio modo promittitur uel debetur,& tunc omnino dicitur indiuidua.d. leg.uia. quæ in promissione,seu in deductione in obligationem loquitur.& d.l.in exequtione.§.secundo. eum non possit media seruitus promitti uel deberi etiam cum diuisione usus & commoditatis, per istum tex.& d.l.prima.§.si usufructus. & l.2. §.primo.supra eodem.& l.hæredes.§.an ea.ff. familiæ hercis.sed si iam deducta est in esse, hoc est iam est instituta seu acquisita, tunc potest diuidi inter habentes eam ratione usus uel commoditatis,iuribus adductis per Bar.& dict.l.5.§.usus.de seruituti.& probatur hæc distinctio in terminis in l.pluribus.§.& si placet.inf.eodem. sed adhuc huic distinctioni obstare uidetur generalitas textus,in d.l.5.§.usus.& l.4.§.modum.ff.de seruituti. ubi modus & restrictio potest apponi in seruitutib.constituendis,& per consequens diuisio etiā tempore promissionis fieri potest, & idem dicitur in d.l.certo generi.per quæ iura uidetur esse simpliciter permissa diuisio ut possit promitti seruitus aquæ.cum restricto usu de mane tantum uel de sero tantum,uel quod paruam partē aquæ habeat,uel quod non portet nisi carbonem uel lapides uel calcem per prædium debens seruitutem,sed respondetur fatendo quod potest conueniri taliter,sed tamen non est diuisa seruitus sed potius est una integra seruitus promissa ita modificata & restricta,sed non potest promitti una magna seruitus,ut habeat tertiam partem usus illius seruitutis uel pro tertia parte temporis, & alia pars sit alterius, quia usus & effectus est indiuiduus,sed solum quando est instituta possunt principales eam diuidere ratione usus& commoditatis,& propterea conclusio communis restringenda est ut procedat quando seruitus est constituta,quia tunc consocii possunt eam diuidere ratione usus & commoditatis.

75 Secundo opponit† Bar. contra conclusionem legis nam fateris,quod ratione commoditatis & usus seruitus potest diuidi,ergo & etiam ipsa seruitus in substantia poterit diuidi quæ inducitur propter finem habendi usum & commoditatem, ita quod ratione finis uidetur quod possit dici diuidua,quoniam omne agens agit propter finē secundum philosophos,& actus secundum finem distinguitur & cognoscitur.l,si quis nec causam. ff.si cert.petatur.ideo supra conclusimus secundum omnes quod stipulationes sint diuiduæ uel indiuiduæ propter res deductas in eis,& obligatio est diuidua uel indiuidua propter res deductas in ea,& diximus colligi ex isto tex.& per eundē Bar.infra in 2. quæstione, & sic uidetur quod indistincte seruitutes debeant iudicari diuiduæ. soluit Bar.quod quinque considerantur in seruitutibus realibus,fundus dominans, fundus seruiens,instrumentum quo utimur,& tempus,& ipsum ius seruitutis Secundum fundum dominantem & seruientem omnes seruitutes sunt indiuiduæ, quia nō possunt acquiri ab uno ex sociis neque ab uno promitti.l,pro parte.cum concordātibus.ff.de seruitutib. & idem debet dici de iure seruitutis quod est indiuiduum,licet Bar.non exprimat,sed sentit omnino quartam,ut instrumētum quod plærunque indiuiduum est, ut homo equus

equus & currus, sed in seruitute aquæductus aqua est instrumentum quæ diuidua est, & quintū de tempore similiter semper est diuiduum. dicta le. 5. §. usus. supra de seruitu. sed dicit Bar. cum serui tutes omnes sint indiuiduæ in primis tribus qua litatibus non desinunt esse indiuiduæ propter di uisionem usus & commoditatis in mensura aquæ uel temporis, ut per eum hic, qui tamen imperfe cte loquitur.

76 Nam primo non tollitur † obiectum formatum de fine, neque respondet. unde tu potes responde re, quod illa commoditas diuidenda post institu tam seruitutem est accidentalis non considera- bilis cum ipse totam seruitutem stipulatur non diuidendam, & quando considerat diuisionem, tunc seruitus modificatur & restringitur, & rema net unica integra, licet parua. usus autem & com moditas in seruitute instituenda est indiuidua, ut dixi, & sic respondetur negando quod com- moditas & usus prout est finis sit diuiduus, quo- niam imo contrahentes intendunt usum & com- moditatem indiuiduam concedi.

77 Item contra Bar. † instant doct. quia ipse uult seruitutes esse indiuiduas propter fundum do- minantem & serujentem, & sic respectu rerū qui bus accedit, non autem propter suam naturam, quod est inconueniens. Primo, quia iura uolunt quod sint indiuiduæ propter suam naturam. l. 2. §. 1. ibi, a natura partis præstationem non reci- piunt. & l. hæredes. §. an ea. ff. famil. hercisc. & Bar. non contradicit. sed non dixit. Secundo si regula retur, ex eo quod potest acquiri pro parte effice- retur diuidua, cum uideamus quod certo generi potest promitti & acquiri, l. certo generi. supra communia prædiorum. & sic parti fundi. Itē po- test reduci ad unam partem. l. si cui. & l. ad certā. supra de seruitu. cum aliis allegatis in 3. & 4. op- positione. quibus non conuenit responsio, quod sint partes pro diuiso facientes separatum fun- dum, cum tunc sint partes pro diuiso remanente eadem re. Tertio dicit secundum Cuman. quia si consideramus acquirentem & debentem sequere tur quod obligatio pecuniæ esset semper indiui dua, quia omnis obligatio est tota in toto homi- ne & in qualibet parte eius, cum non possimus dicere quod manus & pedes & caput debitoris obligentur, imo tota persona, & neque debetur manibus & pedibus creditoris sed integre per- sonæ, ergo semper esset indiuidua, & licet Cuma. & Ias. conentur respondere, tamen nihil boni di- cunt neque concludunt.

78 Vnde tu potes † aliter saluare Bar. negando q. ipse uellit tradere rationem quare seruitutes sint indiuiduæ propter hoc quod non possint acqui- ri pro parte fundi, nec deberi, quia alia ratio est, nec etiam negauit quod sui natura non sint indi uiduæ, sed solum uoluit ostendere quod propter tres qualitates apparet quod sunt indiuiduæ, nā tamen sua uidetur sentire quod sint indiuiduæ, nec propter diuisionem cōmoditatis & usus tol- litur quin sui natura sint indiuiduæ, & quod non demonstretur talem habere naturam quia non possunt acquiri nec deberi pro parte fundi do- minantis uel seruientis, & ad illud obiectū quod sequeretur obligationem dandi pecuniā esse in- diuiduam, respondetur quod ibi solum subiectū est indiuiduum. sed res seu pecunia est diuidua, in seruitutibus uero ultra prædia substantia ea- rum est diuidua, hoc est quod debetur ibi est diuiduum, hic autem quod debetur, idest ipsa ser uitus est indiuidua, non potest tamen negari qn Bar. imperfecte loquatur, unde ut omnia reddan tur clara, opportet quærere primo quæ est ratio, quod seruitutes sunt indiuiduæ, item quæ est ra- tio quod ratione commoditatis & usus sunt diui duæ, & quæ est ratio quod pro parte fundi domi nantis uel seruientis non potest acquiri uel debe ri uel quomodo sed potius uidendum est de in- tellectu tertiæ oppositionis.

79 Vnde tertio † Bar. opponit, quia imo uidetur, quod seruitutes pro parte fundi possunt deberi, & acquiri, per legem qui per certum. ff. commu- nia prædiorum. & legem ad certam. & l. si cui. su pra de seruitutibus. & l. certo generi. ff. de seruitu tib. rusticorum prædiorum. soluit Bar. post gloss. in d. l. ad certam. quod in illis iurib. seruitus non debetur a parte fundi neque acquiritur, sed imo integro prædio debetur, quia ibi partes erāt ple ne diuisæ ut integer fundus uel domus esset effe- cta unaqueque pars, per l. si quis duas. §. si partē. ff. communia prædiorum, & si opponatur de lege boues. ff. de leg. 2. & l. si finita §. ex hoc ædicto. ff. de damno infecto, & glo. in l. recte dicimus. §. fin. ff. de uerbo. significa. ubi partes pro indiuiso pos sunt esse remanente unica re. Responde quod ue rum est quantum ad possessionem ut possit pos sideri pro diuiso remanente eadem re ut dixit ip se inf. in 2. quæstione, sed non respectu seruitutū ut hic. Sed adhuc iterum opponit de lege si cui. de seruituti. ubi non fit diuisio in partes, ut uel debeatur tota uni parti uel ipsa diuidatur in par tes, soluit ipse quod tunc non diuiditur sed mo- dificatur, nam seruitus debetur in toto fundo, & tota in qualibet parte, lege uia. §. fi. ff de serui. ru- sti. prædiorum, modus autem potest imponi in seruitutibus non ipse diuidi. lege quarta. §. inter dū. ff. de seruituti. sicut anima in homine est tota in toto, & tota in qualibet parte, & per diuisio- nem alicuius membri non diuiditur, sed modifi- catur seu restringitur, unde concludit, quod nun quam pro parte fundi diuiditur, sed uel efficitur integer fundus uel eo manente uno modificatur seu restringitur.

80 Sed utraque † solutio Bar est dubitabilis. nam restrictio ad dictam legem ad certam, & dictam l. certo generi, quod intelligantur de plena diui- sione quæ faciat nouam rem, est diuinatiua ad il- la iura, & uiolatiua ualde, cum tunc non posset dici pars, dicta l. recte dicimus. §. fi. de uerbo. si- gni. & tenuit ipsemet Bar. in dicta prima quæstio ne quando uoluit præsumi in dubio una res. simi liter quod in dicta lege si cui, fiat restrictio, non bene conuenit, tum quia anima in homine nun- quam est in parte hominis separata, sed seruitus

bene est in tota parte separata & multiplicata, d.l.uia.§.fi.de seru.rust.prædi.unde uidetur quod seruitus tota remittatur ad partem.Item tex. in d.l. certo generi. dicit quod modus terminabitur,& sic præsupponit modum, non diuisionem, item uia potest constitui per certum locum.l.qui per certum.ff.cõmunia prædiorũ,& d.l.si cui.& ille certus locus determinatus habet uel debet seruitutem.dicta.l.certo generi.§.primo.& l.si mihi, de seruitutibus rusti.prædiorum.ibi, cæteræ partes agri liberæ sunt.& in l.ex meo.dicitur locum illum certum ad usum seruitutis destinatũ. nec potest dici quod sit nouus fundus licet modicus locus possit esse fundus.l.locus.ff.de uerborũ significatione,& hic per Ruy.Ias.quoque dicit ꝙ si seruitus modificaretur,sequeretur quod si quis stipulatus esset seruitutem fundo suo, & antequã constitueretur alienaret partem, non deberet uitiari stipulatio sed restringi ad partem non alienatam, & tamen contrarium dicitur in dicta. l. pro parte.ff.de seruitutibus.& l.si sub uno.§.fi.infra eodem.soluit Ias.quod dicta iura intelliguntur quando stipulator alienauit pro parte pro indiuiso,sed si pro parte pro diuiso, ualeret stipulatio,quia remaneret totus fundus,quæ saluatio est contra dicta iura quæ generaliter loquuntur,& credendum est a communiter accidẽtibus quod alienatio fiat pro indiuiso,unde tene quod euanescit semper antequam sit quæsita,sed postquam est quæsita transit insolidum in quamlibet partem.dicta.l. uia. §. fin.

81 Postea † Ias.credens omnia prædicta dici pro ratione quare seruitutes sunt indiuiduæ, ultra Bar.dicit Romanum addere duas alias fragiles, & ipse posuit quartam rationem,quia dictæ seruitutes nullo modo possunt diuidi cum sint incorporales, & incorporalia non diuiduntur per naturam, quia scindi cultello non possunt item nec diuisio legalis cadit, quia illa est per partes integrales,cum ille non reperiantur, quoniã non potest esse ususfructus seruitutis, quia cum ususfructus sit seruitus personalis sequeretur quod esset seruitus,contra legem primam.ff.de seruitute legata. nec potest esse diuisio multiplicatiua, quoniam inest tota in toto&tota in qualibet parte fundi.ergo qualibet minima pars fundi diuideretur in partes.Item seruitus debetur pro necessitate prædii quæ incerta est, ergo cum sit incerta nõ potest recipere partes multiplicatiuas. l.ergo.cum l.si duo.ff.de seruitu.urbanorum prædiorum,ut hic per eum cum multis uerbis.cuius conclusio non est bona in seruitutibus, quoniam potest esse ususfructus in seruitutibus quando aliquis habet usumfructum fundi, cum etiam utatur omnibus eius commoditatibus,& quia seruitus fundatur in fundo etiam eius ususfructus in eo constituetur & stabit.Similiter quod non reciperet partes multiplicatiuas obstat, quia commoditas & usus diuiditur ꝑ partes quotitatiuas, & imponi & restringi potest ad partes quotitatiuas fundi, per supradicta,& apparet quod docto. non recurrerunt ad uera principia istius materiæ,ideo dicas ut infra.

82 Ruynus quoque † hic dicebat distinguendum esse,an seruitutes sint indiuiduæ respectu subiecti ut possint constitui pro parte fundi uel acquiri uel remitti uel in totum. Secundo ratione sui, an pars seruitutis sit media uel tertia, & actiue uel passiue cõstitui possit.primo casu dicit quod non potest constitui per iura allegata per Bartolum, quia pro parte iri non potest, quin alia pars tangatur, neque pro parte potest retineri, dicta lege ut pomum.§.primo.sed ad certam partem pro diuiso potest acquiri, dicta lege ad certam & lege certo generi.& dicta lege qui per certam, quia cessat ratio quod non possit iri pro parte quin tangatur alia,cum imo possit iri pro parte cui est imposita, & sic reprehendit in hoc Bar. sed tamen non tollit quod seruitus tota sit in toto, & in qualibet parte, & hoc casu non est tota in toto,& obstat dicta l.si quis duos.§.si parte.ff.communia prædiorum,cui non bene respondet. Secundo casu dicit quod tertia, uel quarta pars seruitutis non potest acquiri, non per rationem Bar.quæ adhoc non tendit, sed per rationem aliam, quia esset diuidendus locus si pars seruitutis imponeretur necessario ad usum seruitutis,& si tu sumeres partem loci per quem esset eundem non posset uti illa seruitute,& sic nullam afferret utilitatem,ut hic plenius per eum,qui respectu seruitutum aquæductus quæ pro parte potest constitui & diuidi prædicta dixit, quæ tamẽ ratio est imperfecta,quia uult seruitutem esse indiuiduam propter locum,quod non potest stare.

83 Unde † tu plenius considera & facias multas distinctas conclusiones. Prima est,quod seruitus est tota in toto,& tota in qualibet parte fundi. l. uia.§.fi.ff.de seruitutibus.quam conclusionem tenent simpliciter docto. sed non allegant rationem, tu autem assigna rationem, quia est quædam qualitas respiciens totam rem sicut anima, & obligatio in homine quæ non potest esse nisi in tota persona & toto homine, sunt enim quædam uirtutes actiuæ, & passiuæ quæ non possunt respicere nisi totum corpus,& in illud totum influunt,sed hoc plus est in seruitute, quod multiplicatur in plures partes diuisas,dicta.l.uia.§.fi. sed obligatio non multiplicatur in partes hominis diuisas neque anima, cum si separes crura uel manus restringitur ad reliquas partes, non autem diuiditur,& ratio est,quia illę partes separatæ non faciunt hominem integrum, sed partes fundi separatæ faciunt plures fundos integros, unde multiplicatur seruitus, quod est ualde notabile,quia lex non potuit diuidere seruitutem per partes fundi,dicta l,hæredes.§.an ea.ff.familiæ herciscundæ.unde ne periret uel seruitus, uel commoditas, inductum fuit quod multiplicẽtur seruitutes,& quod debitor habeat hoc incommodum ut teneatur pati seruitutes tot personarum,& partium fundi pro una primo debita, simile est in l.2.§.ex iis,supra eodem, & idem puto dicendum ex parte debitoris si fundus debẽs seruitutẽ alienaretur in plures dominos pro diuiso

uiso, nam & omnes domini tenerētur æqualiter ad seruitutem illam quamuis prius unica esset, maxime si cessit per longum.d.l.uia.ff.de seruitu. rustico.prædio.& hoc est unum apparens signū, quod seruitus est indiuidua,cum alias ipsa diuideretur non multiplicaretur sicut fit in d.l. si partem.ff.communia prædio.

84 Secunda est conclusio,† quod seruitus non potest acquiri pro parte fundi uel deberi, per d.le. pro parte.cum concord.nec obst.d.l.ad certam. sup. de seruitutib.& dict.l. certo generi. quia secundum Bar.intelliguntur de partibus pro diuiso quæ effectæ sunt noui fundi.per tex.in l.siquis duos.§.si partem.ff.cōia prædior.Ruy.uero reprehendit, quia est uiolare. dicta iura quæ loquūtur de parte,& partes præsupponunt totū.l. recte dicimus.§.fi.ff.de uerb.oblig.& facit tex.in d.l. certo generi.§.1.qui dicit,cæteræ partes liberę sunt, ergo seruitus potest deberi pro parte,sed ego nō auderem recedere ab opinione Bar.quæ probatur in d.l.si quis duos.non cauillando literam. & cum illa lex ponat totam quæstionem,& cum distinctione respondeat,apparet quod omnes aliæ leges simpliciter loquentes debent determinari per eam magis distincte loquentem,& in eisdem terminis,per no.in l.sciendum.ff.qui satis.cog.& in auth. offeratur. C. de litis contestatio.& dum fit mentio de parte intelligitur habito respectu ad totum quod fuit.d.l.recte dicimus.§.fi. & declarat tex.in l.si partem.nec obst.d.l.certo generi.§.1.quia illa intelligitur ut statim dicam de libertate ab onere usus,non autem a substantia seruitutis.unde stat conclusio firma, quod seruitus non potest deberi neq; acquiri pro parte,& hanc conclusionē probat ratio præcedens,quia est quędam uirtus quæ stat in toto & tota in qualibet parte,unde non potest in parte constitui pro indiuiso quæ est confusa & opportet quod cōsistat fundi pars plena ut transeat in totum.

85 Tertia est conclusio,† quod seruitus acquisita integro fundo potest modificari ut restringatur ad certam partem.per l.si cui.ff.de seruitu. tamē hæc modificatio est quantum ad usum& commoditatem tantum,quoniam ipsa seruitus consistit in toto fundo,& effectus erit, quia si flumen illā partem erriperet per alluuionem posset creditor ire per alias partes fundi, quia totus debet seruitutem.Ruy.uero tenet contrarium, ꝙ imo restringatur seruitus ad illam partem fundi,&cęteræ partes remaneāt liberæ,ut clare dicit tex.in d.l.certo generi. §.1. de serui rusticorum prædiorum, & innuit tex.in dicta le.si cui. & probatur in le.4.§. modus.ff.de seruituti. ubi in constituenda seruitute imponitur modus ut sit restricta etiā in ipsa substantiā seruitutis, ergo fortius ad partem fundi,cū non impediat quin per hoc remaneat indiuidua seruitus.imo uidetur magis rationabile,cū si restringitur magis uniatur,quā quod debeatur pluribus, & multiplicetur, & ita semp confirmabat suā opinionē,ꝙ pro parte possit deberi & acquiri, & modificari, & restringi. Sed tamen etiam magis placet communis* opinio per iura allegata,quæ sunt nimis clara, uolētia ꝙ seruitus pro parte non possit deberi neque acquiri,quæ opinio probatur in dicta l.si cui.dū dicit,quod ciuili modo debetur, & uerba semꝑ se referunt ad usum nō ad ipsam seruitutem, nec obst.d.l.certo generi.§.1.ibi,cæteræ partes liberæ sunt,cum suis cōcor. quia loquuntur de libertate quantum ad impedimentū manuale ne prohibeat plantare arare seminare fossata facere & cætera sibi utilia etiam uoluntaria,cum ex rigore seruitutis dominus in toto fundo uon potest aliquid facere præiudicium usui seruitutis,ut clare dicit tex.Ideo dum postea subdit quod cæteræ partes sunt liberæ,intelligit ab hac prohibitione manuali,cum sufficiat pro illa particulā relinquere aptam ad itinerandū, & sic semper conclusio est,quod seruitus respicit totum fundū, sed restringitur quantū ad usum & commoditatem postquā fuit cōstituta super toto fundo, & illa restrictio minor est quā illa quæ fit de anima incisio pede uel brachio, qa in pede remoto nihil de anima remanet,sed in aliis partibus fundi remanet substantia seruitutis sine exercitio.

Vnum tamen notabile ponitur in d.l.4.§.modus,quod seruitutes tempore promissionis& institutionis possunt recipere modificationem, & restrictionem,ut quis stipuletur seruitutem itineris cum modificatione quod certo modo tantū possit ire per certum genus iumentorum minus damnosum,uel certum genus uehiculi quantum ducatur uel uti posit seruitute in certis mēsibus quando fructus pendentes non erunt in agro,uel quod non utatur seruitute aquæ nisi de nocte,uel tribus diebus de mense,uel de æstate, & non de hieme, quod est ualde practicabile & quotidianum, & appellabitur seruitus restricta.Sed tamē intellige semper quod nihilominus illa debetur a toto fundo & est in qualibet parte fūdi sed modificata ut non posit alio tempore nec loco dominus uti,unde notarius debet esse cautus ut dicat,unam seruitutem imponi. Sinautem diceret quod mediam seruitutem uel tertiam seu quartā promisisset corrumperetur stipulatio & efficeretur nulla per istum tex.& d.l.pro parte.de seruitutibus.& d.l.uia.eod.tit. quia pro parte deberi non potest.

86 Quarta est conclusio,† quod ratio quare seruitutes sunt indiuiduæ est quia pro parte acquiri neq; deberi possunt,&ita intelligunt doc.ꝙBart. uoluerit allegare dictā rationē quare sint indiuiduæ seruitutes,& postea in hoc plæriq; reprehendunt Bar. quoniam quod non posit acquiri nec deberi pro parte non probat ratio non esse talē, cum obligationes sint totæ in toto homine & totæ in qualibet parte,& tamen sunt diuiduæ plærunq;.l.pro hæreditariis.C.de hæreditar. actio. & idem potest dici de actionibus & aliis iuribus realibus uel personalibus.Item sequeretur quod seruitutes efficerētur indiuiduæ propter res quibus adhærent non propter naturam suam, quod est contra dictam.l.2.§.1.sup.eo.ibi, sui natura. Ruy.tamen saluando dicit hanc non fuisse men-

tem Bar. quia quod ꝓ parte nõ possit acquiri nõ est ratio, imo potius effectus, quia sunt indiuidui quod nec etiam est uerum, quoniam non est effectus, quia una res indiuidua potest stare in quolibet loco & mille seruitutes possunt stare in uno fundo. l. qui per certum. ff. communia prædiorũ. ideo tu dicas Bar. non uoluisse adducere pro ratione sed solũ pro confirmatione, hoc est ad probandum, & signum adducendum quod sint indiuiduæ illud adduxit & probauit, nam quod sint indiuiduæ probatur quod sunt qualitates existẽtes in toto & totum in qualibet parte, sicut anima in corpore, & licet obligatio efficiatur diuidua illud euenit propter aliud deductum in ea non in subiecto retentiuo, quod extrinsecum nõ reperitur in seruitute ut possit a sua natura retrahi, & quod respiciat totum fundum probat, quia nõ potest ꝓ parte acquiri aut deberi. unde Rom. assignabat duas rationes debiles ut hic per Ias. qui postea assignabat quartã cũ longo sermone.

87 Sed breuiter† dicas rationem esse generalem quæ respicit totam materiam, & est basis in ea, uidelicet quia si fieret diuisio per partes non haberet utilitatem tantam in parte respectu partis quantam in toto respectu totius ut dixi in 2. & 3. quæstio. Nam si quis stipulatur tertiam partem uel quartam itineris seu aquæductus nihil haberet siue per longum siue per transuersum lumina poneres, ut hic probat Ruy. qui in hoc bene loquitur, quia homo pro parte ire non potest neque currus, & si uadit usque ad medium fundum non habet utilitatem ut possit peruenire ad fundum tantumdem distantem sicut posset si haberet totam seruitutem, & quando commoditas & usus diuiditur illud fit de tota seruitute non autẽ aliquid operaretur in media seruitute, & quãdo quis stipulatur unam mensuram totius aquæ non acquirit mediam seruitutem sed totam seruitutem acquirit modificatam ut supra dixi, per dictam. l. 4. §. modum. ff. de serui. minus etiam potest remitti una pars seruitutis per dictam. l. pro parte. §. fi. de seruituti. sed solum remanente integra seruitute potest moderari post eam acquisitam. per dictam. l. si cui. ff. de seruituti. & sic apparet quod doctor. plus æquo laborauerunt in hac ratione assignanda.

88 Quarto† opponit Bart. ꝙ imo seruitutes possunt deberi pro parte uel acquiri, de lege ut pomum. ff. de seruitutibus rusticorum prædiorum. & lege simul. §. finali. infra eodem. ubi si quis emat partem fundi seruientis retinet seruitutẽ, & tamen pro parte extinguitur, quia res sua nemini seruire potest lege uti frui. ff. si usufructus petatur. & lege si communi. ff. communia prædiorum. ergo remanet in sola parte, siue debetur pro parte fundi. Soluit negando quod serui tus extinguatur pro aliqua parte sed remanet tota, & illa res communis potest seruire quamuis si esset tota sua non posset, Sed Romanus opponebat ut hic per Iason. quia sequeretur quod in re communi posset deberi seruitus in toto fundo proprio, contra legem si quis duorum. §. itẽ si duo. & l. sicut. ff. communia prædiorum. sed hoc parum urget, & soluitur per dict. l. pluribus. §. & si placeat. inf. eodem. quia post acquisitam seruitutem hoc tolleratur.

Secundo adducit argumentum de toto quo ad totum quod habet locum in parte quo ad partẽ leg. quæ de tota. ff. de rei uendicatione. ergo si tota sua non potest seruire nec etiam pro parte sua, & si tota acquireretur extingueretur. lege prima. digestis quemadmodum serui. amitta. ergo & si pars acquireretur. sed responde quod primum tollitur per dictum. §. & si placeat, & secundum tollitur quia non ualet dictum argumentum quãdo militat diuersa ratio. glo. in clemen. si una. in uerbo defensor, de rebus ecclesiæ non alienan. & l. qui hominem. in princ. inf. de solutio.

Tertio opponit de dicta leg. ut pomum. ibi, pro parte retinetur licet non acquiratur per partes. & l. si unus ex sociis, de serui. rusti. prædiorũ. ibi, pro parte retinetur, & sic pars tantummodo seruit, & exponere pro parte idest occasione partis est uiolare literam. Ias. respondet quod illa expositio est necessaria in illis iuribus ut iura iuribus concordentur, & declarat Ruynus qui dicit non deuenire ad casum a quo incipere non possunt, quia imo in fundo communi ab initio ratione partis dominii poterat acquiri seruitus ut hic per eum, sed postea dicit quod Bartolo obstant illa iura quorum impropriatio non uidetur tollerabilis, unde ipse in effectu tenet opinionem Romani, quod imo seruitus tota retineatur sed non in toto fundo sed pro parte qua est aliena, permanens in sua opinione, quod pro parte fundi potest deberi & acquiri seruitus, quia seruitus quæ iuris est potest in parte pro indiuiso retineri quamuis usus non possit fieri uere seruitutis in gleba communi quæ est sua & aliena ut per eum.

89 Mihi tamen† magis placet opinio Barto. quia hæc est natura seruitutis quæ non potest deberi neque acquiri pro parte fundi, & ideo remanet seruitus in toto fundo non restricta ad partem. & tolleratur quod res mea mihi seruiat occasione partis, dictis iuribus, & probatur in fortiori casu in l. tria prædia. ff. de seruitutibus rusticorum prædiorum. ubi imus fundus debet seruitutem summo quamuis sint unius domini propter illum qui est in medio, si ergo tolleratur quod totus unus fundus seruiat domino proprio propter mediũ fortius tollerabitur quando est pars pro indiuiso quæ reddit eum unitum, & tollerabilius est dicere quod unus fundus seruiat proprio domino quam dicere quod seruitus pro parte fundi debeatur contra tot iura & rationes & substantiam seruitutis quæ est tota in toto. Non obst. ꝙ per partes dicitur retineri seruitus, quia retinetur per partes ut seruet naturã ueræ seruitutis, tñ est collocata in toto fundo, & cõliderando quod nõ est propriissima seruitus in ꝓprio dicemus ꝙ retinetur per partes tanquam propria, & pro alia parte alteratur, seruitus tamen est. Hæc

Hæc tamen opinio glo. & Ruyn. sine difficultate procederet quando partes acquisitæ fuissent penitus diuisæ. nã tunc in parte diuisa esset tota seruitus integra quæ est in qualibet parte & essent effecti duo fundi. d. l. constitui. §. fi. de serui. rusti. prædio. & cum ille cui debetur emisset totam illã partem quæ est effecta unus fundus extingueretur illa seruitus, & remaneret alia seruitus quę debetur alio fundo qui propter diuisionẽ totus est alienus. per l. si quis duas. §. si partem. ff. communia prædiorum, & hoc casu opinio glosæ posset procedere.

90 Ex quibus† quatuor oppositionibus habes firmatas conclusiones, quod seruitutes sunt indiuiduæ, atq; quod non possunt pro parte deberi neque acquiri ab initio nec postea neq; possunt diuidi, sed solũ potest usus & commoditas diuidi per tempus & mensurã remanente integra seruitute. Item potest restringi & modificari usus ad certum locum & tempus, dicta. l. si cui. remanente seruitute in toto fundo. Item potest seruitus una ab initio restringi ad certũ spetialem usum qui sit tertia uel quarta seruitutis, sed non cum nomine tertiæ uel quartæ, quia semper indiuisibilis est & non potest pro parte sui neq; pro parte fundi deberi uel acquiri, quæ nota.

91 Quinto† loco Bar. opponit contra prædictam firmatam conclusionẽ, quod seruitutes sint indiuiduæ, de l. 1. §. si usus fructus. ff. ad l. Falcidi. ubi usus fructus diuidi potest. soluebat glo. quod ille tex. loquitur in creditore in cuius persona omnes seruitutes sunt diuiduæ, ibi enim erat legatarius cui relictus erat usus fructus, ille autẽ tex. cum concordantibus loquitur in promissore seu debitore in cuius persona usus fructus, & cæteræ seruitutes sunt indiuiduæ, & sic aliud est in persona stipulatoris aliud in persona promissoris. Barto. uero reprehendit per tex. in l. 5. §. reos. supra de usufructu. ubi dicitur quod mortuo reo promittendi usus fructus diuiditur inter hæredes, & sic usus fructus est diuiduus ex parte promissoris, & diuiditur obligatio, & uno tantum defendente quod non debetur usus fructus ipse solus uincit suam partem. unde Bar. secundo soluit quod est spetiale in usufructu, cæteræ autẽ seruitutes sunt indiuiduæ ut clare dicit ille tex. ita quod etiam illa regula procedit in usu & habitatione quæ sunt personales seruitutes & indiuiduæ. l. usus pars. de usu & habitatio. & rationem differentiæ ponit infra in quarta quæstione, quia usus fructus est certus in eo quod debetur personæ, cum omnes fructus debeantur licet sit incertus respectu temporis, usus autem est incertus respectu temporis & respectu eius quod debetur, quia ipse debetur tantum secundum diurnam necessitatem. leg. plenum. §. primo, supra de usu & habitatio. & §. primo. insti. de usu & habita. & sequuntur omnes*. sed tu adde quod glo. in prima solutione præsupponit unum falsum quod seruitutes reales sint diuiduæ ex parte stipulatoris, quia imo sunt indiuiduæ. d. l. 2. §. ex iis. ubi actio suis hęredibus insolidũ acquiritur, & sicut nõ posset deberi pro parte fundi promittentis seu seruientis ita nec etiã acquiri potest pro parte fundi dñantis & stipulantis. d. l. pro parte. cũ aliis sup. adduct. Ratio tamen glo. potest sustineri in rebus sui natura diuiduis quæ tamen propter accidens efficiuntur indiuiduæ, ut quod debeatur res uel domus cum obligatione rem restitui, nã pro parte debitoris potest esse indiuidua solutione, sed pro parte actoris erit in totum diuidua, ut declaraui in d. §. Cato. Item dum Bar. assignat rationem inter usum & usumfructum fundatam in causa incertitudinis non est multum concludens. Sed uera ratio est† quã implicite ponit ibi Bar. quia usus fructus diuisus affert partes utiles respectu partis, cum si deducatur pro parte in stipulationem afferat tantam utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, cum fructus ipsi diuisi æqualem in parte sua afferant utilitatem, & sic cessat ratio prohibendi diuisionem, & hæ regulæ sunt basis in tota hac materia ad cognocendum an res sint diuiduæ uel indiuiduæ. lex enim non permittit fieri diuisiones inutiles seu damnosas quia tendit ad bonũ publicum, ut in diffinitione iuris dixi supra in rubrica, & probatur in. §. penultimo. institu. de iis qui sunt sui uel alieni iuris. & §. quod si commode. insti. de officio iudicis. sed quando potest contingere quod partes sunt utiles pro rata illius partis semper permittitur diuisio ad euitandas discordias & incommodum quod sæpius contingit ex dicta nõ admissa diuisione, ut in l. secunda, §. ex iis. supra eodem. & in l. uia constitui. §. fi. supra de seruitutibus rusticorum prædio. Vnde permisit quod in seruitutibus usus, & commoditates seruitutum possint diuidi per mensuram & tempus quando afferunt partes utiles diuisiones ut supra dictum fuit, & hac ratione permisit etiam quod seruitutes quantum ad usum possunt restringi & modificari, quia cum illa modificatione possunt afferre utilitatem quamuis diuisæ nõ afferrent, & hæc est facilis & clara ratio per quam potes tollere infinitas similes difficultates quas inculcant docto. & sæpius infra tangam.

92

93 Subdit† postea glos. ad cognoscendum quod seruitutes sunt indiuiduæ, aliquas conclusiones, quod pro parte fundi seruientis neque pro parte fundi dominantis potest acquiri seruitus, & si stipulator alienat partem fundi ante institutam seruitutem quod euanescit stipulatio, quas conclusiones approbauit Bar. in præcedentibus oppositionibus, & nos etiam firmauimus, non quod faciant rationem ꝙ seruitutes sint indiuiduæ, sed potius inducunt quoddã exemplũ seu signũ ad comprobandũ seruitutes esse indiuiduas, sed tamen quia conclusiones glo. recipiunt aliquas declarationes, docto. exponendo glos. eas ponunt hic, Ruy. & Ias. in principio.

94 Nam† Paulus de Castro intelligebat illam conclusionem quod pro parte promitti non possit, procedere quantum ad præsentem efficaciam, & effectum, ipsa tamen promissio non est nulla sed stat in suspenso donec alii socii ratificẽt & promittant eã

pro suis partibus, per tex. in l. fi. ff. communia prę diorum. & l. fundum ff. de ser. rust. prædio. quæ tamen iura loquuntur de cessione non autem de stipulatione concedendi seruitutem, ideo Paul. de Cast. in l. 2. §. item si in facto. sup. eo. dicebat ꝙ cessio seruitutis ualet si stat in suspenso, & põt cogi cedens interim obseruare, sed si promisit seruitutem cõstituere stipulatio est inutilis. per tex. in l. si unus ex sociis. ff. de serui. rusti. præd. qui expresse dicit quod stipulatio est inutilis. facit etiã tex. in l. unus. eo. tit. dũ dicit, permittendo nihil ait, & ratio differentiæ est, quia ius reale potest stare in pendenti, quod inducitur per cõstitutionem, sed ius personale non põt. l. ususfructus. de stipula. seruo. & l. continuus. §. cum quis, inf. eo. quã distinctionem sequitur Bar. in d. l. fi. dicens ꝙ obligatio personalis nõ potest stare in suspenso, d. l. ususfructus. & dicit glo. ibi ita sentire. sed ꝙ imo etiã stipulatio ualeat & stet in pendenti Ruy. adducit. l. existimo, 2. resp. inf. eo. ubi stipulari quis potest seruitutem fundo quẽ non habet, & stipulatio stat in suspenso donec emat fundũ, idem est in promittente seruitutem qui non habet fundũ, quia stabit stipulatio in suspenso donec emat. le. hæredes. §. an ea. ff. fam. hercis. Nec obst. d. l. ususfructus. quia procedit qñ in stipulatione est defectus propter uitium personæ, sicut si deficit ex alia causa. nec obst. d. l. continuus. §. cũ quis. quia ibi est defectus ex parte rei tantum, secus autem quando est defectus ex parte rei, & personæ mixtim, quia ualet & stat in suspenso secundum Bar. & glo. in d. l. existimo. Pro qua opinione facit etiam quod uoluit Petrus quem refert Bar. in l. j. C. si in communi causa. dicens quod licet seruitus sit indiuidua tamen obligatio personalis ad seruitutem diuidi potest, allegat. d. l. per fundũ. ff. de serui. rusti. prædio. & sic præsupponit eã habere locum in promissione seruitutis. Quare concludit Ruy. limitando dictum glo. & doct. hic, uolentium quod seruitus non possit ab uno ex sociis acquiri, ut procedat quantum ad effectum a contradicentibus & expresse negantibus sociis, secus si non contradicunt, quia tunc actus ualebit tam constitutionis quam promissionis seu stipulationis, & stabit in pudenti donec socii stipulentur uel ratificent, per dictam legem per fundum. de seruitutib. rusticorum prædiorum, & le. fin. C. communia prædiorum, quam tamen limitationem restringebat procedere quando socius simpliciter stipularetur ad fundum communem seruitutem, secus si stipularetur expresse ad unam partem dominii in fundo se restringẽdo ad partem suam, quia tunc ab initio esset nulla stipulatio, & ex post facto duranre communione, in tantum quod etiam stipulantibus postea sociis non reconualesceret prima, nec reconualidaretur seu confirmaretur, per d. leg. si quis partem. §. si quis duos. quia hoc casu socius uoluit. l. multum inter est. C. si quis alteri uel sibi.

95 Sed tu† pro augumento istius limitationis ad glosam nostram quod socii stipulatio ualeat addas, quod imo uidetur stipulationem de præsenti ualere, quoniam tanquam dominus uidetur stipulari pro parte sua & tanquam procurator pro parte sociorum, per glosam in lege nemo ex sociis. ff. pro socio. quæ dixit quod socius uidetur habere mandatum a socio ad faciendum ea quæ sunt utilia societati, quam uidentur sequi communiter doctores. ergo tanquam sit procuratoris stipulatio debet statim totum ualere, pro quo facit etiam, quia stipulatio alteri facta ualet quando interest stipulantis. leg. stipulatio ista. §. alteri. supra eodem. & §. alteri. institut. de inutilibus stipulationibus, ergo hæc stipulatio ad fundum communem debet ualere etiam in fauorem socii, quia interest ipsius quod ualeat, cum si non ualeret pro parte sociorum pro sua quoque parte efficeretur inutilis in totum, hanc tamen extensionem non tenebat Roma. per legẽ, per fundum, & dictam legem fin. & dictam lege. si unus ex sociis, quæ dicit inutilem stipulationem. & dicta lege unus, quæ dicit permittendo nihil agit, ideo dicta gloss. in lege nemo ex sociis, reprehendebat uolens, quod socius non possit stipulari pro socio per istam glo. hic, & legẽ de pupillo. §. si plurium. ff. de noui operis nuntiatione ubi socius non stipulatur pro socio, & uidetur tenere Bald. in l. si absentis. C. si certum petatur.

Ias. uero hic in principio refert senenses tenere quod illa glo. & ista bene loquuntur, nam duplex est societas, una conuentionalis, quæ fit per contractum societatis, & alia accidentalis, & fortuita quæ fit sine cogitatione, ut l. 2. ff. communi diuidundo. per quem tex. dicit ibi Bartol. quod ementes simul unam rem efficiũtur socii, & alias quando a casu aliqui incidũt in communionem, ut in pluribus hæredibus institutis & legatariis in una re, ut in §. Item si inter aliquos. initu. de obligatio. quæ ex quasi contractu nascuntur. Quando est societas conuentionalis tunc procedit illa glo. in l. nemo ex sociis, quod socius tanquam procurator socii uidetur stipulari, sed quãdo sunt socii per casum tunc non uidentur habere mandatũ & non dicuntur stipulari nomine sociorũ, & illa glo. non procedit sed ista tantũ quæ uult stipulationem non ualere, & rationem differentię dicit esse, quia in societate incidenti nõ dicũtur esse uere socii, & non est hæc cogitatio inter eos, & cõpetit actio negotiorũ gesto. l. qui in aliena. §. fi. sup. de neg. gest. & d. §. si inter aliquos. inst. de obli. quæ ex quasi cõtractu nascuntur. ubi tex. propter hoc notabiliter appellat socios sine societate, & sequitur Bal. in capitulo primo, in prima colum. de beneficio fratris, qui uult actionem negotiorum gestorum competere emptoribus ementibus rem communem, & uidetur sequi Ias. hic, quamuis confuse referat dictam conclusionem Pauli de Castro.

Quare cum Iason imperfecte loquatur & Ruy. non bene respondeat ad dictam legem si unus ex sociis. & l. unus. ff. de seruitutib. rusticor. prædiorum. tu pro resolutione cõstituas quatuor casus.

96 Primus casus est† quando unus ex sociis acquirit serui-

seruitutem per præsentem constitutionem, & tūc cessio ualet ab initio pro parte acquirentis, sed stat in suspenso donec alii socii etiam ipsi acquirant, per d. l. per fundum. ff. de seruituti. rusti. prædio. & d. l. finalem. ff. communia. prædio. quæ proprie loquuntur in constitutione seruitutis, dum utuntur uerbo (cedere) & loquuntur de pluribus sociis promittentibus & acquirentibus, & ita intelligunt hic docto. & nullus uidetur discrepare, consentiendo quod ius reale possit stare in suspēso.

Secundus casus est quando unus ex sociis stipulatur, & sic acquirit solam obligationem personalem, & tunc aut stipulatur seruitutem suæ partis fundi nominādo partem suam, & tunc omnes etiam conueniunt quod talis stipulatio non ualeat neque pro sua parte neque pro parte sociorum, quoniam eam restrinxit ad partem fundi, quo casu nullo modo ualere potest, quia deficit habilitas, cum seruitus non possit esse in parte, sed debeat esse in toto sicut anima in corpore, ut supra sæpius dictum fuit, neque potest ualere pro parte sociorum, quia hic non facit actū. arg. l. multum interest. C. si quis alteri uel sibi, in tantum quod si postea socii stipularentur non ualeret, cum & illa secunda esset de parte tātum, quoniam prima iam erat in totum nulla, & non uidētur docto. etiam in hoc discrepare, & potest procedere tex. in d. l. si unus ex sociis. & d. l. unus. de seruituti. rustico. prædio. qui dicunt inutilem stipulationem.

97 Tertius casus † est quando unus ex sociis stipulatur seruitutem toto fundo expresse nomine suo & nomine sociorum, & tunc Roman. uidetur tenere quod ualeat ab initio in totum, quia tāquā habens mandatum a sociis uidetur tamquam procurator eorum stipulari. per glo. in dicta leg. nemo ex sociis. ff. pro socio. Sed Socci. & Ias. uidentur tenere contrarium, dum dicunt glo. in d. l. nemo ex iis loqui in sociis ueris ex conuentione factis qui habent præsumptam uoluntatem secus in sociis ex incidenti, ut in pluribus dominis unius fundi, uel institutione seu legato. dicta lege si finita. §. si plurium. ff. de damno infecto. quia non habent præsumptam uoluntatem uel consensum, sed prima opinio uerior uidetur, & siquidē essent uere socii, omnes conueniunt quod ualeret stipulatio & requireretur sola ratificatio, per glo. in dicta l. nemo. si autem sunt socii ex incidenti, & adhuc uidetur quod debeat sustineri, quia interest stipulatoris socio stipulari, ideo alteri stipulari poterit per dictum §. alteri. Item stipulatio non est restricta ad unam partem tantum ut deficiat habilitas subiecti, & nascitur saltem naturalis obligatio, ut no. in dicto. §. alteri, & tanto fortius si esset apposita pœna uel iuramētum, quo casu alteri acquiritur actio, ut dicitur in dicto. §. alteri. cum materia. Ideo uidetur sufficere ratificatio sequens. Ad tollendam tamen dubitationem faciat stipulator notarium stipulari pro aliis sociis, & tunc eis sine scrupulo acquiri poterit actio & statim pro omnibus ualebit, quia notarius alteri stipulando acquirit ei. ut no. per glosam in dicto. §. alteri. insti. de inutilibus stipulationibus. & dicta lege stipulatio. §. alteri. supra eodem. & ponunt omnes ubi diximus in l. prima. in fine principii. supra eodem. cum similibus. & teneretur ratificare tanquam gesserit negotium utile per dictum. §. si inter aliquos. & le. qui in aliena. §. primo. ff. de negotiis gestis. nec obstat dicta l. multum interest, quia ibi non fuit societas aliqua neque notarius alteri fuit stipulatus.

98 Quartus casus est † quando socius fuit stipulatus simpliciter seruitutem fundo tali communi non exprimendo pro parte sua neque nomine sociorum, & hic uidetur casus dubius, & Ruy. uidetur tenere quod ualeat, per dictam glosam in l. nemo ex iis, sed glo. ista hic & sequaces uidētur tenere contrarium per d. l. si unus ex sociis. & dictam l. unus. ff. de seruitutib. rusticorum prædio. & dicta l. si finita. §. si plurium. ff. de damno infecto. & uidetur esse communis * quam ego etiam puto ueram, quia esset nimia restrictio ad dicta iura quod stipulatio sit facta pro parte sua tā tum, & militat ratio communis quod obligatio personalis non potest stare in suspenso, per dictam legem usus fructus. ff. de stipula. seruorum; & dictam legem continuus. §. cum quis. infra eodem. Secundum intellectum Bar. in dicta l. fi. ff. communia prædio.

Secunda est principalis conclusio Bar. & glo. quod si promittat aliquis ex sociis seruitutem debendam a fundo communi stipulatio non ualet per dictam legem pro parte cum similibus. per rationem illam, quia est quædam uirtus quæ est in toto & in qualibet parte, & pro parte non potest deberi, nam se habet tanquam unus caracter qui imprimitur cum ferro ignito in corpore, ut declarat Bar. in l. 4. supra de serui. & lege nemo potest. ff. de lega. primo. qui caracter non potest imprimi pro parte tantum cum non sit minimus cespes terræ qui sit solius promittentis, & socius habeat suam partem in quolibet cespite, ut per Bar. in l. Meuius. §. duorum. ff. de lega secundo. & no. in l. qui Romæ. §. duo fratres. infra eodem. ergo non potest ualere. sed istam glo. reprehendūt Cumanus Paul. & Alexand. quia aliquis potest promittere seruitutem per fundum alterius. l. hæredes. §. an ea. uersi. contra. ff. famil. hæriscundæ. si uero non habens fundum potest promittere seruitutem, tanto fortius poterit qui habet partem fundi, & uidetur tenere Bar. in leg. sub una. §. 1. inf. eodem. nec obstat quod seruitus sine prædio deberi non potest. insti. de serui. §. penul. quia uerum est ut tunc constituatur seruitus, sed bene non habens prædium potest obligari ad seruitutem. & sine prædio potest induci obligatio ad eam. Secundo adducit Paulus de Castro, quia si quis stipulatur pro parte pendet stipulatio uel si constituit. dicta l. fi. ff. communia prædio. ergo etiam si quis promittat debet etiā pendere stipulatio donec alii socii promittant. Tertio adducitur ratio communis, quod commune est meū est. l. serui electione. ff. de lega. primo.

& sequitur hic Iaſ. Ruy. quoque sequitur hãc opinionem contra glo. d. l. existimo, inf. eod. ibi, non habens fundum poteſt ſtipulari ſeruitutem, & poſtea addit rationem diuerſitatis inter ſtipulatorem & promiſſorem, quia ſtipulatio ſtat in pendẽti donec alteri ſtipulatori acquiratur, ſed promiſſio ſtatim obligat, quia debet fundum emere ut ſeruitutem preſtare poſſit, & ſi non poteſt emere difficultas præſtationis non excuſat ab obligatione, l. continuus §. cum quis, inf. eod. Sed certe hæc reprehenſio eſt multum rigoroſa, & doct. cũ ea turbant totam iſtam materiam, & omnia quæ dixit Bar. ſup. nec ratio ſuper qua ſe fundant, ꝙ poteſt promittere ſeruitutem pro fundo alieno eſt ſufficiens, quia ſicut talis ratio non ualet in ſtipulatore ad faciendum quod ſeruitus poſſit acquiri pro parte ut ſupra firmatum fuit, cum quilibet poſſit fundo alieno ſtipulari ſeruitutem, dicta l. existimo. infra eodem, & tamen non poteſt fundo communi pro parte, eodem modo non debet poſſe ſufficere in promiſſore, cum illa ſimilitudo loquatur de integro fundo, & in fundo communi ceſſat inhabilitas in ſubiecto, & ſolum eſt impedimentum ibi quod fundus eſt alienus, hic autem eſt impedimentum quod fundus eſt alienus & non poteſt alium obligare, & in ſua parte eſt impedimentum quod ſeruitus non poteſt ſtare in parte, & neceſſario eſt tota in toto & tota in qualibet parte, d. l. uia conſtitui. §. fi. ff. de ſerui. ruſtico. prædio. Item facit ratio Bar. quod eſt quidam caracter qui non poteſt imprimi in aliqua parte pro indiuiſo ſicut nec etiam in parte animæ & parte non.

99 Quare† pro reſolutione & claritate doctorum hic conſtituas ſimiliter illos quatuor caſus. Primus eſt, quando unus ſocius promiſit ſeruitutẽ in fundo communi pro parte ſuã tm̃ dominii tertia uel quarta, & tunc teneas indubitanterꝙ non ualet dicta promiſſio ab initio neq; poſtea, quia deficit habilitas ſubiecti & repugnat natura ſeruitutis, ita quod nec etiã poteſt ſtare in ſuſpenſo cũ ſit obligatio perſonalis, d. l. an uſuſfruct. ff. de ſtipulatione ſeruor. cum ſimilib. ſup. adductis.

Secundus caſus eſt qñ de facto conſtituit ſeruitutem in fundo cõi conſtituendo ius reale, & tũc ualeat conſtitutio pro ſua parte ab initio & ſtat in pendenti donec alii promittãt. d. l. per fundũ. ff. de ſer. ruſti. prædio. & d. l. f. ff. cõmu. prædi. quæ loquitur de promiſſore & ſtipulatore, & eſt ratio, quia ius reale poteſt ſtare in ſuſpenſo, ut etiã ſupra dictum dictum fuit.

Tertius caſus eſt qñ ſocius promittit ſeruitutẽ in fundo cõi expreſſe promittendo ſtipulãti pro parte ſua & ſociorũ & nomine ipſorũ promittit, & tunc poteſt dici ꝙ ualeret promiſſio quaſi emere & adimplere teneretur, & interim ipſe obligetur licet non ſit conſtituta, & in iis terminis uidetur procedere opinio reprehendentium glo. quia non adeſt inhabilitas ſubiecti, neq; repugnat natura ſeruitutis, cũ ſit facta promiſſio de integro fundo, & alienũ hic quis promittere poteſt, & qui obligatur perſonaliter, & de hoc caſu nõ uidetur ſenſiſſe glo. quæ opinio nõ haberet difficultatem ſi promitteret nomine ſuo ſeruitutẽ ad oẽs partes alienas, ſed ſi eueniat quod promittat nomine ſociorũ non uidetur poſſe procedere, quia nõ poteſt obligare ſocios aliquo modo neq; uere neque pſumptiue, neq; actio negotiorũ geſtorũ poteſt habere locum in promittente, niſi forſan demonſtretur quod erat utilitas ſtipulatoris & ipſorum ſociorum, etiam quod obligarentur, cũ propter alia negotia forſan concluſa non inconueniat utile eſſe ſociis quod obligentur, ut patet in l. ſi pupilli. & per totum titulum. ff. de negoc. geſtis. & cum dicta reſtrictione dicta impugnatio poteſt ſaluari tantum.

Quartus caſus eſt, quando ſocius promiſit ſeruitutem pro tali fundo nõ exprimendo de parte ſua nec de parte ſociorũ, & hic ſimiliter poteſt eſſe caſus dubius, ſed ſi quidem ignoret partes eſſe alienas uidetur quod non teneat promiſſio pro parte ſua, quia non ſufficit, nec pro parte aliorũ, quoniã non cogitauit, & repugnat natura rei promiſſæ quæ in totum debetur. Sinautem ſciunt rẽ eſſe communem opportet coniecturari an uoluerit ſe obligare pro parte aliorũ, quia ſi uoluit poteſt dici quod ualeat ut in præcedenti caſu, ſinautem nulla eſt coniectura, uel ſumus in dubio, & tũc puto quod non ualebit ſtipulatio, quia deficit habilitas ſubiecti & repugnat natura rei promiſſæ, & nemo in dubio uidetur ſe obligare pro alio, & imputetur ſtipulatori qui legem apertius non dixit l. ueteribus. ff. de pactis. & l. quidquid aſtringendæ. ſupra eodem. nec obſtat quod poſſit promittere ſeruitutem pro fundo alieno, quiã intelligitur quando promittit pro toto uno ſundo & cogitat promittere, hic autem promittit ſimpliciter, & non apparet quod cogitauerit, neque apparet quod promittit ſeruitutem pro toto fundo, ideo non obſtat, & ſic hæc glo. bene loquitur quando quis promittit pro parte ſua tantum uel ſimpliciter pro fundo, ſecus quando expreſſe promittit pro toto fundo nomine ſuo, & pro parte aliorũ gerendo rem utilem, quia tunc poteſt ualere per allegata contra eam, quæ nota quoniam ſunt utilia in practica, & faciliter incurritur in æquiuocationem.

100 Tertia† eſt principalis cõcluſio glo. ꝙ qñ quis ſtipulatur ſeruitutẽ fundo proprio & poſtea alienauit partẽꝙ euaneſcit ſtipulatio. d. l. pro parte. de ſeruitutib. & l. ſi ſub una. §. fi. inf. eo. & ſequuntur communiter* doc. quando alienauit partẽ ſuã pro indiuiſo, qa tũc inducitur inhabilitas ſubiecti & uenit ad caſum a quo incipere nõ põt ante quã effectus eſſet cõſumatus, ſecus ſi alienaret ꝓ parte ꝓ diuiſo, qa tũc remaneret ſibi integer fundus in alia parte cui poteſt acquiri ſeruitus. l. ſi quis duas, §. ſi partẽ. ſup. cõia prædio. ſecũdũ Paulũ de Caſt. Ro. Alex. & Iaſ. Itẽ limitãt procedere quando alienatio eſt facta ante conſtitutã ſeruitutem, ſecus autem ſi poſtea, quia ſi eſſet acquiſita tranſiret ꝓ parte alienata in emptorẽ tota ſeruitus. & remaneret tota in ipſo ſtipulatore, quia multiplicat ſeruitus cũ ſit tota in qualibet pte d. l. uia

l. nia constitui. §. fin. supra de serui. rusti. prædiorum. & per regulam dictæ. l. pluribus. §. & si placeat. intra eodem, & l. patre furioso. de iis qui sunt sui uel alieni iuris. addit postea Ruy. quod si promissor interim alienat totum fundum remanet obligatus cum possit quis promittere seruitutem ad fundum alienum, ut supra, dicta leg. existimo. infra eodem. & hic per Alex. qui reprehendit Angelum contrarium tenentem in l. non solum. §. morte. ff. de noui oper. nũtiatione. quando esset alienatus totus fundus, quando uero esset alienatus pro parte, tunc potest saluari Angelus quod euanesceret stipulatio cum deueniret ad casum a quo incipere non posset, & sequuntur docto. sed Ruy. plus uult, quod si stipulator alienaret totum fundum stipulatio duraret, quia & etiam ipsa stipulari posset seruitutem fundo alieno. dicta l. existimo. secundo responso. infra eodem. & sic nec etiam hoc casu deueniret res ad casum a quo incipere nõ posset, sed tamen postea ipse reprehendit, quia non cogitauit promissor de aliena persona, neque stipulator uoluit acquirere emptori, unde obligatio non habet substantiam uoluntatis nisi forsan alienatio esset necessaria quod tamen nec probatur, unde conclude quod in stipulatore alienante non ualet stipulatio in totum uel pro parte, dicta l. si sub una, eã ampliando quamuis distinguatur in promissore ut supra.

Addit etiam hic Ruy. an stipulator uendendo fundum possit cedere ius suum, & Barto. ibi dicit quod ante traditionem cessionarius non habet fundum, ideo non ualet, sed postea facta traditione ualeret, quod intellige quando alienaretur totus fundus, sed si pars alienaretur non ualeret cessio, quia nec subsisteret in persona sua, ut dictum fuit, & est uerior opinio, licet Imo. teneret contrarium, quia eius fundamentis bene respondet Aretin. quid quid dicat Ruy. ex quib. habes expeditam materiam seruitutum, quo modo & quando dicantur indiuiduæ, & pro qua parte possunt acquiri uel deberi.

Sequitur secunda pars primæ partis legis, in qua tractatur de factis, & uidendum est quomodo & quando ipsa sint diuidua uel indiuidua, & quia tex. dicit quod si quis stipulatus est quid faciendum stipulatio factum tale continens est indiuidua quia eorum diuisio corrumpit stipulationem, & sic facta etiam sunt indiuidua.

101 Ideo † sexto loco Bar. ingrediendo materiam factorum opponit cõtra tex. quod imo facta sunt diuidua, & stipulatio potest pro parte factorum ualere, per l. locus. ff. de acquir. possessio. & l. 2. §. præterea. ff. de aqua pluuia arcenda. ubi quis potest stipulari partem foueæ purgari & fieri. soluit ipse quod facta ab initio possunt deduci in stipulationem pro parte, sed quando sunt deducta sunt indiuidua obligatione & solutione, ita quod facta dicuntur diuidua contractu sed indiuidua obligatione & solutione, & differunt a seruitutibus quæ sunt plene indiuiduæ, uidelicet contractu obligatione & solutione, & sic omni respectu, & ideo notabiliter tex. dixit, stipulatus sit aliquid faciendum, sentiens quod facta sunt indiuidua quando iam deducta sunt in stipulationem, ante uero possunt esse diuidua.

Subdit postea Bart. post glo. quod facta conueniunt cum seruitutibus ab initio, quia sicut seruitus pro parte indiuisa fundi acquiri uel deberi non potest ita nec etiam facta pro parte indiuisa possunt deberi in fundo sed corrumpitur stipulatio, & idem etiam quando post promissionem stipulator alienaret partem fundi, quia euanesceret stipulatio, nec obstat dicta l. cum filius. §. fi. quia loquitur quando totus fundus fuit uni ex hæredibus prælegatus cui potest acquiri actio quæsita, cum sit successor uniuersalis, secus si sit successor singularis, ut in hoc casu, quod tamen dicitur de factis ut pro parte possint deduci in stipulationem, intellige quando respiciunt rem aliquam diuiduam, quædam tamen sunt quæ non possunt ab initio deduci in stipulationem pro parte, ut non offendere hominem, uel defendere, & quia hæc uidentur confusa, ipse postea subdit distinctionem, considerando quod facta aliquando sunt de solo seu de re soli, ut rẽ tradi, aliquando fiunt in solo, ut insulam fieri & fossam fodi, aliquando fiunt in personam, ut defendere hominem non offendere, non impedire, amplius non agi, & rem ratam haberi, in primo genere factorum dicit quod facta sunt diuidua contractu pro diuiso & pro indiuiso. nam stipulatio rem tradi potest fieri pro parte fundi diuisa & pro parte fundi indiuisa, sicut & pars pro diuiso potest uendi, l. locus. de acquir. poss. in secundo genere dicit quod factum potest ab initio pro parte diuisa deduci in stipulationem, ut fossam fodi usque ad illos limites. dicto. §. præterea, & domum fieri usque ad illos limites, sed pro parte pro indiuiso non potest deduci, ut tertiam partem foueæ & tertiam partem domus nõ positis limitibus, quia incerta est sicut nec in seruitutibus. in tertio genere dicit quod sunt indiuidua si fiunt ad personam, ut non offendere, uel non impedire, uel defendere personam, quoniã persona non potest pro parte offendi nec defendi quin tota offendatur uel defendatur, uel nihil, fallit tamẽ ut subdit in septima oppositione in factis quæ afferunt utilitatem in parte sicut in toto, in stipulatione amplius non agi, & rem ratam haberi, de quibus in §. Cato cum suis similibus, hæc est sua tota theorica in cognoscendo an facta sint diuidua uel indiuidua uel omni respectu uel obligatione seu solutione tantum.

102 Sed contra † eam instant doct. in aliquibus, & primo dicunt quod hæc consideratio, an facta sint deducta in stipulationem uel non deducta, & si non sunt deducta quod sint diuidua, non est ad propositum, quia hic agimus de factis deductis in stipulationem, cum tex. loquatur de stipulatione ipsa perfecta, & non curamus quid sit ante stipulationem, tamen faciliter potest responderi, quia stipulationes ipsę sunt diuiduæ, uel indiuiduæ propter facta contenta, unde est ne-

cesse scire an facta sint diuidua uel indiuidua, & quia iura uidentur dicere quod sint diuidua, fuit necessarium distinguere ante contractũ uel postea, ut soluatur contrariũ & tollatur æquiuocatio.

103 Secundo † instatur, quia Bar. præsupponit omnia facta sic enumerata esse diuidua contractu, ergo etiam operæ sunt diuiduæ contractu, quoniam enumerantur, sed in contrarium est tex. in l. si libertus qui. ff. de oper. libertorum. ubi expresse dicitur quod operæ pro parte promitti non possunt, & sic sunt indiuiduæ contractu & omni respectu, & per hoc infertur quod Bar. in præmissis male loquitur, dum dicit quod facta sunt diuidua contractu quæ hic sunt enumerata, quia operæ prætoriæ fabriles & rusticales sunt indiuiduæ etiam contractu & omni respectu, & dicit cogitandum esse de solutione, sed tu faciliter potes defendere utrunq; dictum, quoniam medietas operæ potest promitti duobusmodis, uno modo pro limitibus, dicendo promittis mihi mediam operam, & tunc dicitur indiuidua, quia cũ non sit in rerum natura non potest esse media illius operæ quæ non est. Alio modo potest promitti medietas cum limitibus, dicendo promittis mihi operari usque ad decimãoctauam horam, & tunc potest pro parte promitti, & nihil impedit quin promissio ualeat, & per experientiam quilibet cognoscere potest, & sic erit casus in quo pro parte opera promitti poterit. & tex. in dicta l. libertus qui loquitur primo casu quando sine limite horæ opera promittitur, & est de intentione expressa Barto. hic, & per consequens patet quod in omnibus exemplis istius text. potest uerificari dictum Barto. quod facta sunt diuidua contractu quando promittuntur cum limitibus idest pro parte diuisa, sed tunc ex alio non bene dicit, quia illo casu propter limites & diuisionem cœperunt esse integra facta, sicut quando partes fundi sunt expressæ cum limitibus pro diuiso non sunt amplius partes sed incipiunt esse fundus integer, lege recte dicimus in fi. ff. de uerborum significatio. & l. si quis duos. §. si partem. supra cõmunia prædiorũ, & statim dicetur.

104 Tertio † contra Bar. instatur, quia iste text. simul iungit stipulationem seruitutum & factorũ, unde uidetur quod æqualiter omni respectu sint indiuidua, quia una pars declarat aliam. l. 1. ff. de rebus dubiis, & æqualiter loquitur de seruitutibus deductis in stipulationem sicut de factis, ergo æqualiter debent esse indiuidua, igitur facta ipsa debent esse indiuidua contractu. sed respõdetur quod uoluit loqui de factis indiuiduis cum eorum natura, quod patet, quia subdit obligationem ad interesse succedere in obligationibus factorũ quæ non succedunt in obligationibus seruitutum, & cum sit diuersitas in eo potuit & esse diuersitas in alio quod contractus sint diuidui, sicut etiam dicetur infra de stipulatione. rem tradi.

105 Sed tamen † ex alio dictum Bart. non placet ut dixi in præmissis, quia quando promittitur factum restrictum ad certos limites non dicitur pars facti sed incipit esse integrum factum, sicut pars fundi plene diuisa incipit esse fundus integer & non pars alterius. d. l. si quis duas. §. si partem. & probatur in dicta leg. locus. quando emptor emit partem fundi, & sibi stipulatur illam tradi, certe tunc est integrum factum promissum, cum nulla sit cogitatio de alio facto maiori, & inconueniens est quod sit pars ubi non consideratur totum, & idem potest dici in dicto. §. præterea, cum ille uicinus non cogitat de tota fouea, sed solum de illo facto foueæ limitatæ. unde bene dici potest quod facta sunt magna & parua secundum intentionem contrahentium, tamen nunquam partes factorum promittũtur sed semper unum totum & integrum, quod etiam procedit quando intenderet stipulator facere unã magnam domum, & postea pro commoditate a pluribus magistris stipulari poterit partes factorũ, ut unus faciat parietem totum uel mediam, alius picturas uel columnas, quæ erunt integra facta limitata, licet quantũ ad intentionem ad totum opus possunt dici partes, tamen uere sunt integra facta, cum respiciendo totum opus non possit apparere eorum pars quantitatiua uel quotitatiua, item cum sint facta non existentia in rerum natura non possunt recipere partem quantitatiuam quæ consistit in tota substantia rei pro rata, & tota substantia non potest considerari in parte nisi prius tota sit in esse deducta, & effecta unum totum. unde uerior est opinio, quod tunc sint plura facta distincta & integra & præcise nũquam promittitur pars factorum. igitur semper erit indiuidua contractu obligatione & solutione. sicut seruitutes, quidquid dixerit Bartol. & sequaces.

106 Quarto † instatur contra Bart. dum uult quod quis non potest stipulari insulam fieri uel fossam fodi in re communi, sicut nec seruitus acquiri, uel debẽri, de tex. in l. stipulatio ista. §. si quis insulam. supra eodem. ubi qui promittit domino facere insulam si forsan sit occupatus potest stipulari ab alio illam insulam fieri in fundo primi stipulantis & stipulatio ualet, ergo sicut potest ille architector stipulari insulam fieri in fundo alieno in totum fortius poterit socius in re communi cuius interest ualde, & semper in suo pro parte fit edificium, hanc oppositionem formauit Cuma. & dixit quod clare patet Bar. male loqui. communiter tamen docto. saluant Bart. quia ille tex. limitat tantum, & restringit non autem oppugnat Bar. nam ille tex. loquitur consentiente domino, nam cum ille architector stipulatus fuisset facere, & teneretur, eius intererat fieri, unde potuit stipulari alteri & acquirere ei, sed intelligitur ei consentienti & acceptanti, sed si recusat, tunc ei non quæritur stipulatio uel ille potest alium subrogare cum teneatur ad factum proprium. l. 1. §. ne autem. C. de caducis tollendis, uel aliquando teneretur consentire si architector promisisset facere totam domum pro centum, & ille conduceret rusticos facientes fossata, hoc enim tacite uideretur actum inter eos, & sic

& ſic dictum Barto.procedit quando quis ſtipularetur inſulam fieri, uel foſſam in fundo communi, & recuſauit ſocius, quia ſibi eſſet damnoſum uel non placeret, quia in re communi potior eſt conditio prohibentis.l. Sabinus.ff. communi diuidundo, & l.an unus.ſupra ſi ſerui.uendi.& hæc uere fuit intentio Barto.idem etiam erit in ſeruitutibus, quia ſi ſocius ſtipularetur ſeruitutem integro fundo communi & nomine ſociorum acquireretur ſeruitus toto fundo eis conſentientibus, ſed eis contradicentibus non quæreretur, quia ipſi poſſent dicere nolo habere aliquam ſeruitutem ad partem meam, cum in re mandata quilibet ſit moderator & arbiter. arg. glo.in l.nemo ex ſociis. ſupra pro ſocio. & dictũ fuit, nota etiam intellectum ad l.continuus.§.ſi. ut intelligatur quando hæres ille eſſet in totum dominus fundi, uel quia ei prælegatus, uel quia prius eſſet dominus, & uidetur eſſe de mente literæ, quoniam ſi fundus eſſet communis parum prodeſſet nominatio illius hæredis, cum omnino edificium efficeretur commune omnium hæredum ſicut ſunt cætera edificia in fundo communi conſtructa.§. cum in ſuo ſolo. inſtit. de rerum diuiſ.& ſolum poſſet habere optionem ut præferretur aliis in diuiſione, quod non cogitauit ille tex.qui uoluit diuerſificare obligationem dandi & faciendi. Potes etiã ſaluare alio modo Bar. ut intelligatur quando ſtipulatus eſt inſulam fieri in ſua parte tantum rei communis, nam tunc cum impoſsibile ſit fieri in parte pro indiuiſo ſtipulatio eſt in totum nulla, & dicto. §. ſi quis inſulam ſtipulatus fuit fieri in toto fundo, quo caſu natura non impedit opus fieri, & cum hac diſtinctione etiam debet intelligi alia concluſio Bar. quod ſi quis ſtipulatus fuit inſulam fieri in fundo proprio & poſtea alienat partem, uel totum quod euaneſcit. lege ſub una.§.final.infra eodem, non procedit cõtradicente emptore qui non indigeret domo,ſed ſi conſentiret tunc poſſet ei acquiri ſaltem per ceſsionem de obligatione pertinente ad rem emptam,ut per Bar.ibidem & Areti.licet Imo.contradicebat, procedit dictũ ſuum fortius in hac ſtipulatione, fieri domum, quæ eſt mere perſonalis, & eſt uera & bona ſaluatio. Tu adde quod licet dictum Bar.in ſe ſit uerum tamen per hoc non probatur quod facta ſint indiuidua ut intendebat ſacere gloſ.cum annulletur ſtipulatio,quia facta ſunt indiuidua,ſed quia domino non placet in ſuo factum illud ſeu opus fieri ut dicunt Docto.ſaluando concluſionẽ Bar.

107 Potes † etiam pro reſolutione diſtinguere ut in ſeruitutibus, aut ſtipulatur inſulam fieri in parte ſua dominii & ſtipulatio eſt nulla tanquam impoſsibilis.Aut ſtipulatur fieri in toto fundo communi, & tunc ſi nomine etiam ſociorum ſtipulatio incontinenti ualet & acquiritur ſociis.dict.§. alteri. & opportet quod renuntient ſi non placet. Aut uero ſimpliciter ſtipulatur fundo,& tũc ſtipulatio ſtat in ſuſpenſo donec ſocii conſentiant, & eis contradicentibus annullatur ut hic per docto,qui loquuntur hoc caſu,aut ſtipulatur fundo in totum alieno & tunc procedit dictus.§. ſi quis inſulam. per quæ apparet quod per dicta doctorum Bartol. non reprehenditur efficaciter niſi dum uult facta eſſe diuidua contractu & differre a ſeruitutibus.

108 Sed tu fortius † oppone contra ſuam theoricam traditam ad cognoſcendum quando facta ſunt diuidua uel indiuidua, nam ipſa eſt imperfecta ualde & nimis particularis non reſpiciens uera principia, & per conſequens eſt falſa. primo nanque ipſe conſiderat ſtipulationem rẽ tradi in rebus ſoli tantum,quaſi non fiat in aliis rebus, & non fuit recordatus quod ſtipulatio, rem tradi, plærunque fit in contractu uenditionis. l. 1.& l.ex empto.ff.de actio. empt.& in dicta l. locus.uenditio autem fit de omnibus rebus mobilibus & immobilibus quæ ſunt in commertio noſtro.argumen.inſti.de inuti.ſtipulatio.in principio.& lege & liberi.ff.de contrahen.emptione,ergo & ſtipulatio, rem tradi, fiet de omnibus rebus,& per conſequens Barto.non declarat quid fiet de ſtipulatione, rem tradi, aliarum rerum an ſit diuidua uel indiuidua. Similiter inquit ipſe quod facta quæ fiunt in ſolo ſunt indiuidua cõtractu in parte pro indiuiſo, & in parte pro diuiſo diuidua, & non recordatur quod facta fiunt in rebus mobilibus, ut ſcribere librum, ſarcire, & facere ueſtem, curare, uel pollire ueſtimenta, telam pannos & ſericos fieri, & infinita alia ſimilia. ideo remanet indeciſum, an facta in talibus rebus ſiut diuidua uel indiuidua contractu. Tertio ipſe uult quod facta quæ fiunt reſpectu perſonæ ſint omnino indiuidua, & non recordatur quod quædam fiunt in equis & reſpectu aliarum rerum conſeruandarum,ut quod defendatur domus & omnis res uẽdita non impediatur res paſcere, & amplius non agere ad pecuniam ad fundum & ad ſeruitutem.& rẽ ratam haberi,& infinita alia ſimilia. Quarto ipſe dicit quod facta ſunt diuidua quando afferunt utilitatem in parte ſicut in toto, & ipſe non aperit quando iſtud poterit eſſe, & quomodo poterimus hæc cognoſcere,ut nihil uideatur tradere perfectum.

109 Quare apparet † quod licet docto.tranſire uideantur cum iſta theorica, tamen ex ea nulla poteſt firma regula colligi ad cognoſcendam naturam factorum an ſint indiuidua, & quod omnia remanent cõfuſa ſine firma determinatione.propterea excogitanda eſt alia theorica magis concludens & firma, & ideo ultra alios debes dicere ut tetigi in præmiſsis.§. Cato & iſtius legis, ꝙ facta exercentur aliquando ad rem nouam ineſſe deducendam principaliter,ut facere domum, foſſam fodere, inſulam fabricare, ſcribere librũ, & ſimilia. Aliquando exercentur circa rem tam exiſtentem in rerum natura de ea aliquid faciendo, ut rem tradere, rem reſtituere, amplius non agere ad rem aliquam, ratum habere negotium factum de re aliqua,hominem non offendere,uel non impedire,ſeu defendere hominem,& aliã rẽ.

110 Primo caſu † facta dicũtur ſemper indiuidua, quia non ſunt in rerum natura neque erunt niſi

post assumptam formam quæ ex consumatione contingit. l. is qui quadringenta. §. quædam. ff. ad l. falcidiam. unde sunt incerta & non possunt recipere partes quotitatiuas continentes sui natura totam substantiam rei pro rata, cum substantia rei non possit cognosci nisi sit in rerum natura, & ipsa non possunt esse in rerum natura nisi post perfectionem, & in hoc genere factorũ bene dicebat glo. cum non entis nullæ sint qualitates. l. eius qui in prouintia. ff. si cert. pet. & quod non est diuidi non potest. l. decem. infra eodem. & l. nam & si. §. post defectum. supra de iniusto rupt. & irr. testam. quę omnes rationes concludũt etiã quantum ad contractum ut sint indiuidua contractu, & idem generaliter dici debet quod sunt omni respectu indiuidua siue fiãt in solo, siue in aliis rebus, siue respectu personæ, siue alterius rei, uel quacunque alia occasione, & quandocunque, uel quomodocunque, ueruntamen quia quędam sunt facta uniuersalia continentia plures operationes necessarias uel successiuas, Aliquando hæc facta uniuersalia simul promittuntur sub uno toto, Aliquando successiue possunt illa facta particularia deduci in stipulationem quæ & ipsa erunt sui natura omni respectu indiuidua, & sunt integra facta multiplicata in magno opere, quantum ad intentionem uidentur esse partes illius uniuersalis, tamen uere non sunt partes factorum sed facta integra particularia promissa & propter limites datos separata a toto operæ. Propterea uere considerando nũquam facta per parte possunt deduci in stipulationem, & est fienda regula firma & generalis, quod facta promissa principaliter ad rem nouam in esse deducendam sunt indiuidua semper & omni respectu cõtractu obligatione & solutione.

111 Secundo casu † principali quando facta exercentur circa rem in esse deductã ut de ea uel circa eam aliquid fiat ut in exemplis supra positis, tunc regula tradi debet, quod aut res ipsę de quibus uel circa quas facta sunt fienda tũc ipsę sunt diuiduæ & facta quoque sunt diuidua, Aut uero res ipsę sunt indiuiduæ & facta etiã sunt indiuidua, & est ratio, quia tunc efficiuntur accessoria rerum quæ principaliter sunt in consideratione, ideo sequũtur earum naturam, regula accessoriũ, de reg. iur. in 6. quod non contingit in factis tẽdentibus ad rem nouam deducendam in esse, quia non possunt regulari a re quæ nõ est & quæ de præsenti diuidi non potest. ideo sicut stipulationes propter res deductas in eis efficiuntur diuiduæ uel indiuiduæ ut in tex. nostro dicitur, & obligationes seu actiones sunt diuiduæ uel indiuiduæ propter res in eis declaratas, ut Barto. supra dixit. in secunda oppositione. & infra secunda quæstione. ita etiam ista facta quæ exercẽtur circa res deductas in esse principaliter consideratas efficiuntur diuidua uel indiuidua secundum naturam earum rerum, per dictam regulam accessorium. quod etiam probatur ex contingẽtia simili in factis interesse. nam dare est facere. l. in facto. de conditio. & demonstratio. & tamen hæc datio separatur a facto, quia fit ad finẽ transferendi dominium, & uincitur hæc natura facti ab ipso fine ut non appelletur amplius factum, & efficitur diuidua sicut dominium & res ipsa. l. 2. §. primo. supra eodem. & l. si stipulatus. §. 1. infra de solutionibus. & infra dicetur. ergo eodem modo facta circa alias res iudicabuntur diuidua uel indiuidua secundum naturam ipsarum rerũ quæ sunt finis ipsius facti, quomodo autem res sint diuiduæ uel indiuiduæ dictum fuit supra in præmissis, & in prima & secunda quæstio. Bart. unde stipulatio, rem tradi, aliquando erit omnino diuidua, ut in promissione tradendi pecuniam quę aliquando fit & si promissum fuerit tradere rem indiuiduam ut feudum uel aliud indiuiduum erit omnino indiuidua, & si erit diuidua sui natura sed propter inconueniens. §. pro parte, efficiatur indiuidua, stipulatio erit diuidua contractu & obligatione, & solutione indiuidua, sicut euenit in obligatione, rem restitui, ut infra dicam, quamuis aliter sentiat Bartol. in sequenti oppositione. Item stipulatio, amplius non agi, & rem ratam haberi de pecunia, erit omnino diuidua, & si fiat de seruitute, uel alio indiuiduo erit omnino indiuidua, & si fiat de prædiis & aliis rebus corporalibus erũt omnino indiuiduæ secundum ueram opinionem supra tactã. & in dicto. §. Cato. quia res sunt omnino diuiduæ. nec obstat inconueniens quod fiat solutio in diuersis rebus dicto. §. pro parte, quia non habet locum in stipulationibus negatiuis, uel aliis in quibus non fit solutio, sed tantummodo auocatio ut ibidem dixi. & si quis promittat defendere, uel non offendere hominem personaliter erit indiuidua, quia homo non potest pro parte defendi nec offendi, sed si tractaretur de defensio ne iudiciali, ut quod res non euincatur, tunc posset esse diuidua, cum nihil impediat quod euincatur pro parte & pro parte non, quamuis hoc casu apposita pœna efficeretur indiuidua. l. in executione. §. insolidum. infra eodem. & per hæc potes per te deuenire ad cognitionem generalem aliorum factorum.

112 In quibus † omnibus factis potest uerificari regula Petri, quod si afferunt utilitatem in parte sicut in toto respectu totius sunt diuidua, si uero non afferunt sunt indiuidua, nam si res ipsæ sunt diuiduæ facta afferunt utilitatem in parte sicut in toto, & si res ipsæ de quibus & circa quas fiũt erunt indiuiduæ & facta quoque ipsa non poterunt afferre utilitatẽ in parte sicut in toto ideo efficientur indiuidua, & semper illa regula remanebit basis in tota materia, & per prædicta potes te faciliter resoluere quando facta sint diuidua uel indiuidua.

113 Octauo † opponit Bart. ad spetialem conclusionem, quod stipulatio, rem tradi, sit indiuidua obligatione, quia imo uidetur quod sit diuidua obligatione, cum depositarius & commodatarius teneantur rem restituere quæ non est ipsorum sed illius cui restituitur, ergo non potest esse obligatio dandi, & per consequens remanebit

bit obligatio tradendi, idest ad illam solam operationem tradendi, & tamen hæredes tenentur pro parte. l. 3. §. hæres. ff. commodati. l. si plures. ff. de ui & ui armata. l. in condictione. ff. de condictione furtiua. hoc contrarium est ualde forte, & habet multas solutiones. Prima est, quod hic sit expresse actum ut ipsa obligatio sit indiuidua, quam reprehendunt omnes. Secunda est, quod ibi sumus in cōtractibus bonæ fidei, hic in stricti iuris, sed etiam reprehenditur per dictam. l. si plures. & dictam. l. in condictione. ubi est contractus stricti iuris. Tertia est fatendo contrarium quod est diuidua obligatione ut ibi, tamen indiuidua solutione ut hic, sed reprehendit Barto. quia iste tex. æquiparat obligationem rem tradi cum omnibus aliis factis indiuiduis obligatione. Quarti dicunt, quod quando obligatio contrahitur re est diuidua, dictis iuribus, aut uerbis & est indiuidua ut hic, quod etiam reprehendit Bar. quia in dicta l. in condictione. non contrahitur re obligatio, sed nascitur ex delicto, seu propter uarias causarum figuras. Quinta est solutio Bart. quod illa iura loquuntur in obligatione rem restitui, hic in obligatione rem tradi, & rationem differentiæ assignat, quia obligatio dandi est omnino diuidua. lege si stipulatus. §. primo. de solutionibus. ex eo quod præcise cogitur aliam partem non solutam dare in eadē re, & non potest sequi inconueniens quod fiat solutio in diuersis rebus. obligatio uero rem tradi est indiuidua, quia neque solutio neque obligatio afferunt utilitatem in parte sicut in toto, cum possit contingere solutio in diuersis rebus. dict. §. pro parte. obligatio autem rem restitui, tenet medium ut sit diuidua obligatione & indiuidua solutione, quia ante eam consumptam cogitur detinens eam præcise restituere sicut in datione, & si est perēpta succedit obligatio ad interesse, sicut in factis. l. in re furtiua. de condictio. furtiua. ergo etiam in indiuiduitate tenet mediam naturam ut sit diuidua obligatione & indiuidua solutione, & sic solutio in effectu traditur ad cōtrarium quod illud procedit in obligatione rē restitui quæ habet mediam naturam, & conclusio supra posita est de obligatione rem tradi quę habet unicam naturam, & cum hoc interesse succedat ex natura obligationis differt ab obligatione dandi in qua soluitur estimatio solo officio iudicis. l. si seruum. §. fi. supra eodem. item differt in alio, quia ex mora uariatur obligatio in stipulatione rem tradi, sed in obligatione dandi alternatiue uariatur propter in conueniens, ut hic latius per eum.

114 Ex cuius dictis † colligitur, quod stipulatio rē tradi est indiuidua obligatione & solutione, licet possit esse diuidua contractu, & pro diuiso & indiuiso, dicta. l. locus, & fundamentū istius opinionis est, quia in hoc tex. ponitur inter alia facta, quæ ex confesso sunt indiuidua obligatione, ut in l. ubi autem. §. qui id quod. infra eod. & ponitur in primo exemplo in conclusione quā do uolebat ponere de factis indiuiduis, unde uidetur quod omnino illa stipulatio sit indiuidua obligatione, & solutione. Secundo facit, quia tex. dicit harum diuisio corrumpit stipulationem & se refert ad omnia prædicta, ergo sunt indiuidua obligatione, cum obligatio sit sequella immediata stipulationis, & solutio ueniat ex accidenti. unde per solutionem diuisam non posset dici corrumpi stipulationem, sed solum hoc euenire possit per obligationem diuisam.

Tertio etiam probat iste tex. quia dicit obligationem ad interesse diuiduam, & dandam petitionem pro parte, ergo in præcedentibus non datur petitio pro parte. quarto facit ratio, quia quando succedit obligatio ad interesse potest cōtingere solutio in diuersis rebus, quo casu omnis stipulatio efficitur indiuidua, lege in executione. §. pro parte. infra eodem. & l. si duo. ff. depos. & l. 2. §. primo. supra eodem. & istud inconueniens afficit nedum solutionem sed etiam obligationem, cum sit quoque inconueniens quod ex una stipulatione unus sit obligatus ad factum & alter sit obligatus ad interesse. ideo obligatio ad interesse debet succedere insolidum, & durare obligatio ad factum insolidum, merito propter dictum inconueniens obligatio, & solutio efficitur indiuidua.

115 In contrarium tamen † quod imo non sit indiuidua obligatione adducūtur dicta tria iura, lex. 3. §. hæres. supra commodati. & l. si plures. ff. de ui & ui arma. & l. in condictione. supra de condictio. furtiua. respondet Barto. quod loquuntur de obligatione rem restitui quæ habet mediam naturam inter obligationem dandi & faciendi, iste tex. loquitur de obligatione tradendi rem quæ continet merū factū & in ea succedit obligatio ad interesse statim post moram, unde cum alteretur propter obligationem ad interesse, alteratur etiam in obligatione ne eueniat quod sit obligatus ad res diuersas, quæ tamen solutio impugnabatur per antiquos, quia obligatio, rem restitui, non differt ab obligatione dandi, cum in ea extante re præcise detur, & non extante soluitur æstimatio. l. si seruum. §. fin. infra eodem, cum glo. sed respondet Bar. quod imo differunt, quia re perempta non mutatur obligatio. sed durat eadem ut res ipsa peti debeat. dicta l. si seruum. §. fi. ibi, adhuc homo peti potest. sed in obligatione, rem restitui, succedit obligatio ad interesse, & solum ipsum petitur. dicta. l. in re furtiua. ibi, durat conditio estimationis, tamen potest replicari quod imo in obligationibus dandi re perempta petitur estimatio, sicut in dicta. l. in re furtiua. & tenent docto. in l. quod te. & in l. uinum. ff. si cer. petatur, tamen Bar. in dicta l. si seruum. tenet quod inepte ageretur petendo estimationem. sed adhuc respondetur quod imo obligatio, rem tradi, habet naturam, rem restitui, cum quis præcise cogatur tradere quando habet penes se rem, ut no. in l. 1. ff. de contrahen. emptio. & §. 2. insti. de donatio. & solum agitur ad interesse quando non habet facultatem præstandi rem uenditam. sed respondetur illud procedere in

contractu uenditionis ex eius natura, quia si est dominus tenetur transferre dominium, ut ibi no. sed in stipulatione, rem tradi, non procedit, quia nunquam cogitur tradere & liberatur semper prestando interesse. propterea responsio Bartol. hucusque subsistit.

116 Secundo † contra Bar. adducitur, quod inconueniens ne fiat solutio in diuersis rebus nō facit obligationem indiuiduam, sed solum solutioné, ut patet in obligationibus generis & alternatiue, dicta l. 2. §. 1. supra eodem. & l. in executione. § pro parte. infra eod. & hic per Alex. & eius sequaces. sed respondet Barto. in promissionibus dandi illud inconueniens facit indiuiduam solutionem tantum, quia exorbitantia aliqua non potest contingere in obligatione, cum semper eadem res remaneat in obligatione, & nunquam mutetur. dicta. l. si seruum. §. fi. infra eodem. sed in promissione, rem tradi, statim post moram succedit obligatio ad interesse. unde inconueniens potest euenire ante solutionem, quia si unus hæres est in mora est obligatus ad factum tradendi, & si alius est in mora obligatur ad interesse, & sic obligatio contingit in diuersis rebus. ideo ne eueniat, opus est ut obligatio sit indiuidua, ut semper stipulatori tota res debeatur, uel totum interesse. Replicabat Ruy. infra in quarta quæstione, quod hoc non facit indiuiduam obligationem, cum in stipulatione, amplius non agi, uno obseruante stipulator habeat rem, & si alter petat tenetur ad interesse, & sic obligatio fit in diuersis rebus, & tamen non impedit diuisionem obligationis. Duplicari potest, quod dicta stipulatio, amplius non agi, est negatiua, in qua non habet locum inconueniens. §. pro parte. cū ibi non fit solutio in diuersis rebus sed aduocatio, quod tamen non sufficit, quia negari nō potest quin obligatio sit in diuersis rebus, sed tunc finaliter dici potest fatendo quod factum sit indiuiduum illo casu ut ibi tenet Bartol. & dictus. §. Cato intelligitur quod ille stipulationes fuerint de facto pecuniario contractæ in quo non potest contingere illud inconueniens, & sic etiam potest sustineri responsio Bar.

Tertio contra Bart. facit tex. in l. si tibi homo. §. si fundus. & l. turpia. §. fin. ff. de legat. primo. ubi si fundus unius hæredis legatur ab omnibus ipsi hæredes tenentur ad factum tradendi, & tamen tenentur pro parte. & sic obligatio diuiditur. Respondet Alex. quod ibi obligatio incipit in persona hæredum, ideo est diuidua, secus quando incipit in persona testatoris & sic indiuidua, quia tunc etiam in hæredes transit indiuidua, replicat Ias. quod stipulatio rem tradi est diuidua obligatione quando pro parte deducitur, secus quando tota deducitur. Duplicari potest quod cum ibi sint plures hæredes omnes grauātur pro parte sicut facerent plures uenditores qui rem communem uendidissent, & sic responsio subsistit. Secundo respondet, quod ibi sumus in obligationibus dandi, quia legatarii tenentur ad dandum, cum dominium transferre teneantur, & si non habent, tenentur emere. l. non dubium. ff. de leg. tert. Replicat Ias. negando quod teneantur ad dandum, quia ibi non erant domini, tamē uere ibi tenentur ad dandum, & opportet quod emant a cohærede, ut possint transferre dominium, dicta. l. non dubium. ff. de leg. 3. cum ipse dominus non possit conueniri nisi pro parte, & sic uere non obstant.

Quarto contra Bar. adducit hic Ruy. rationé, quia stipulatio, rem tradi, est diuidua contractu etiam pro indiuiso. dicta. l. locus. ergo etiam est diuidua obligatione, cum si duo fratres uendant rem & promittant tradere unusquisque obligatur ad partem. l. reos. §. cum in tabulis. ff. de duobus reis. & unusquisq; solum tenetur ad partem, ergo est diuidua, sed responde quod hæc est æquiuocatio, quoniam si unusquisque tenetur ad partem obligatio ad illam partem est indiuidua, quia tunc est unum totum ab unoquoque promissum, sicut si quis emisset unam partem tantum, obligatio tradendi illam esset indiuidua, & non posset illa pars pro parte ipsius tradi.

Quinto adducit, quia sicut obligatio & actio efficitur diuidua propter rem deductam, ergo cum hæc res sit diuidua obligatio ad eam erit diuidua, sed respondetur quod non procedit quādo resultat inconueniens. §. pro parte. quia tunc obligatio efficitur indiuidua. dicto. §. pro parte, & si dicis, facit indiuiduam solutione tantum, respondetur quod uerum est in obligationibus dāndi, sed in obligationibus faciendi, quia succedit obligatio ad interesse, eueniret quod hæredes tenerentur ad diuersas res, quod est inconueniens in obligatione sicut in solutione, ut per Bar.

Sexto adducitur, quia obligatio, rem restitui, continet merum factum magis quam obligatio, rem tradi, glo. in l. certi condictio. in principio. ff. si cer. pet. & tamen est indiuidua tantum solutioné, sed respondetur quod illa habet mediam naturam & nunquam succedit obligatio ad interesse quando res extat. l. qui restituere. ff. de rei uendi. in fi. & solum quando est perempta. unde non potest euenire inconueniens in obligatione sed solum in solutione, in obligatione autem ré tradi succedit alia obligatio post moram durante obligatione facti, ideo potest obligatio fieri in diuersis rebus, ergo ne fiat opportet quod obligatio efficiatur indiuidua.

Septimo adducitur tex. in l. uxorem. §. agrippa gam. ff. de leg. tertio, ubi hæres grauatus uendere tenetur uendere partem etiam si alius nolit partem, & tamen etiam tenetur propter uenditionem eam tradere, sed respondetur quod illud contingit in uenditoribus qui tenentur pro parte uolente creditore, sed nos loquimur quando emptor uellet rem, & hæredes uenditoris tenerentur in diuersis rebus, & hic est casus contrarius in quo non potest militare inconueniens. §. pro parte. Cum ipsis hæredibus non est fienda aliqua solutio in diuersis rebus, solum est incommoditas communionis, quæ non sufficit ad faciédam indiuiduam obligationem uel solutionem, ut clare

ut clare dicit Bartol. & ibi doctores. in tertia quæstione.

Octauo adducitur text. in l. eadem. in principio. ff. de duobus reis. ubi per dictionem, insolidum, constituuntur duo rei, ergo ex natura obligationis non tenentur insolidum, sed pro parte, respondetur quod ibi illi tenentur ex natura contractus ad tradendas partes suas rei, quia diuidua est contractu stipulatio, sed tamen unusquisque tenetur insolidum ad partem a se debitam, & non posset liberari præstando partem suæ partis, neque eius hæredes liberarentur præstando partes partis, quia illa obligatio est indiuidua, & sic apparet quod nihil concludunt allegatum.

117 Nihilominus † ut ex solutionibus traditis colligi potest, constat quod tota difficultas istius quæstionis dependet a ueritate præsuppositi Bartol. an uariatio contingens in obligatione, ut si unus sit in mora teneatur ad interesse, & alius non est in mora teneatur ad factum, sit sufficiens ad faciendum obligationem indiuiduam, & Bartol. dixit quod sic, quia sicut illa uariatio in solutione contingens facit indiuiduum solutione. dicto. §. pro parte. lege secunda. §. primo. infra eodem. eodem modo facit obligationem indiuiduam si in ea contingat, & uidentur pertransire doctores multi. tamen tu dicas quod imo hæc uariatio non potest esse sufficiens ad faciendum obligationem indiuiduam, quoniam illa non est stabilis, seu durabilis, cum si secundus hæres committat & ipse moram tolletur uarietas, & uterque erit obligatus ad pecuniam, quod non continget in solutione, quia cum sit facta legitime non posset retractari. Similiter hæc uarietas obligationis non est præiudicialis, quoniam si ille qui conuenitur ad factum suum, idest suam partem facti, seu tradendi partem suam, non liberabitur præstando dictam partem, sed erit opus soluere totum, quia solutio est indiuidua, & sic apparet quod hæc uariatio obligationis, & eius incommoditas tollitur per solutionem indiuiduam. Propterea sufficit ad prouidendum stipulatori quod solutio sit indiuidua, & non est opus inducere quod obligatio sit indiuidua. Dicas igitur quod dictus. §. pro parte. uult illud inconueniens facere indiuiduam solutionem tantum, & nos non habemus textum dicentem, quod faciat obligationem indiuiduam, & dum Bartol. allegat illum textum non bene probat eius opinionem in uerbis, & si tu uis extendere ipsum, opportet quod in obligatione militet eadem ratio. argument. legis si uero. §. de uiro. ff. soluto matrimonio. sed in ea non militat eadem ratio, quia illa uarietas obligationis non est stabilis, neque præiudicialis ergo non poterit fieri extensio, & sufficit semper quod indiuidua sit solutio, propterea sequitur quod fundamentum Barto. non est uerum.

Secundo obstat dictus. §. Cato. ubi facta aliqua sunt penitus diuidua & tamen uno existente contumace incipit obligatio ad interesse, & alius non committens moram tenetur ad solum factum, & nihilominus obligatio ipsa est diuidua, nec ualet responsio Bartol. quod imo concordat, quia restringere ad negotium pecuniarium est aperte uiolare illum textum. ut ibi not. alii. Item non curamus quod non militat inconueniens in facto negatiuo, seu quando tractatur de auuocatione, & non de solutione, ut dixi in dicta tertia quæstione, & dicto. §. Cato. quia hoc impedit solutionem fieri indiuiduam, sed non obligationem, cum uere inconueniens militet quod hæredes incipiunt obligari ad uniuersas res, & cum non faciat obligationem indiuiduam apparet quod generaliter non est sufficiens ad eam faciendam indiuiduam, & istam partem ego puto ueram in puncto iuris, ut Bald. Paul. Alexand. & Iaso. & Ruyn. dicunt, nec obstat iste text. quia ipse dicit hæc omnia facta esse indiuidua, sed non dicit quod æqualiter sunt indiuidua, cum doctor. & Bart. fateantur minus stipulationem rem tradi esse indiuiduam, quia uult quod sit diuidua contractu, tam pro diuiso quam indiuiso, dicta lege locus. & alia facta esse diuidua contractu pro diuiso tantum, & aliqua penitus indiuidua, ergo apparet quod non intendit ea æqualiter determinare, nisi ad hoc simplex dictum quod sint indiuidua non autem ad qualitatem, & quantitatem indiuiduitatis. Non obstat quod diuisio corrumpit stipulationem, quæ ratio non cadit in solutione, quia imo uerificatur ratio in solutione, cum exponantur, idest corrumpit utilitatem stipulationis, quæ utilitas consistit in solutione, ergo determinat quod si solutio esset diuidua corrumperetur utilitas stipulationis, & sic ratio uerificatur in quolibet indiuiduo contractu obligatione, uel etiam solutione tantum. Non obstat finis, quia satis diuersificatur, quod in interesse solutio potest fieri pro parte, & dicitur omnino indiuidua obligatio, & obligationes factorum sunt indiuiduæ omni respectu aliquando & aliquando indiuiduæ solutione, in qua consistit tota utilitas stipulationis, & sic apparet quod opinio contra Bart. est uerior & tenenda.

118 Et per prædicta † apparet quod obligatio, rem tradi fortius est diuidua in contractu uenditionis, quoniam habet naturam dandi quando uenditor habet facultatem tradendi, quia potest præcise cogi tradere, ut per gloss. in lege prima. ff. de actionibus empti. & §. secundo. insti. de donationibus. unde inter hæredes unius uenditoris erit diuidua obligatio tradendi, & similiter est diuidua inter plures principales uenditores. per leg. reos. §. cum in tabulis. ff. de duobus reis. nisi sit dictum quod insolidum teneantur tradere, tamen semper erit indiuidua solutione propter illud inconueniens. §. pro parte. de quo tamen multa hic dicit Ruyn. quæ uideas per te.

119 Et successiue † inferunt doctores ad quæstio-

nem de facto sæpius contingentem, duo fratres uendiderunt fundum communem uni, & apposuerunt pactum de retrouendendo, quod quandocunque infra decennium restituet pretium eidem teneatur illud retrouendere, unus uolebat reemere partem suam oblata medietate pretii, alter tacebat, emptor autem recusabat retrouendere, dicens non tenetur ad retrouendendum partem, sed solum tenetur ad retrouendendum totum, fuit quæsitum, an debeat cogi retrouendere partem suam offerenti pretium, in hac quæstione late consuluit Soccin. in consilio decimosexto. lib. quarto. Bartol. in lege. si quis aliam. de solutio. tenet quod non, quia ipse emptor uerisimiliter non fuisset empturus illam rem si putasset se retenturum solum partem per illum textum, & idem dicit in lege. cum ususfructus. de usufruct. leg. Secundo, quia ipse emit totam rem uno pretio, ergo non tenetur reuendere nisi unico pretio, & totum. lege quod autem. §. final. cum lege sequenti. & lege quod si uno. ff. de in diem adiectione. Tertio, quia obligatio de uendendo est indiuidua cum sit obligatio facti. Quarto, quia incideret inuitus in communionem, contra legem si non sortem. §. si centum. ff. de condictio. indebiti. Quinto, quia in hac uenditione tenetur ad tradendum, & obligatio rem tradi dicitur indiuidua per istum textum. cum not. per Bartol. in octaua oppositione quæ in effectu posuit Soccin. in dicto consilio decimosexto. & Bald. in lege secunda ad finem. C. de pactis inter emptorem & uenditorem, pro qua opinione Iaso. hic adducit text. in le. fistulas. §. penultimo. de contrahend. emption. ubi si unus ex hæredibus emptoris desiderat tradi possessionem oblata parte pretii non cogitur uenditor tradere, quia diuidi non debet contractus, idem probatur in lege quod si nolit. §. Marcellus. ff. de ædili. edicto, ubi seruus plurium emit rem & unus ex dominis uult redhibere pro parte sua, & deciditur quod non potest, & idem dicitur esse in pluribus hæredibus. Item hanc partem dicit tenuisse Gulielmum & Alberic. in lege si duo patroni. ff. de iure iurand. ubi si emphyteuta duorum dominorum uult uendere rẽ, & unus uelit pro se, & alter uelit consentire uenditioni in totum non est audiendus qui pro se uult, per leg. fundus ille. ff. de contrahend. emptione.

120 In contrarium † tamen, quod imo teneatur retrouendere Iason. & Ruyn. allegant. text. in leg. uxorem. §. agriplagam. ff. de legat. tertio. ubi hæres grauatus uendere duobus tenetur partem uendere illi qui uult emere licet alius recuset. Secundo adducitur, quia ipse emit a duobus rem qui uendiderant duas partes, quilibet unam, cum ipsi essent pro parte domini tantum, & uenditor soluit duobus pretia separata pro parte, ergo uidentur esse duæ uenditiones, ac promisisse facere duas retrouenditiones, & ad contraria responderi potest, nam text. in lege quod si unum, cum concordanti. loquitur de resolutione contractus, qui quamuis sit factus ab uno reputatur unus & indiuiduus, sicut quando plures res uendũtur uno pretio reputatur unus contractus quando agitur de resolutione, ut per Bart. in l. scire debemus. supra eo. sed si agatur de modo agendi, tunc ille qui emit petet quamlibet rem per se tanquam sint plures emptiones, l. & si uno. de actio. empti. & ille qui uendidit petet pretium quasi sit una, & cum hoc casu agatur de modo agendi & non de resolutione, quilibet debet posse agere pro parte. & licet uideatur una respectu pretii intelligitur quantum ad actionem, quia competit una actio pro toto pretio, & non diuiso pro qualibet parte secundum Aretin. in dicta lege scire debemus. non obstat lex si quis alium, quia similiter agitur de liberatione una resoluenda, quæ unica reputatur, hic autem duæ sunt promissiones. Non obstat quod promissio de uendendo sit factum indiuiduum & obligatio de tradendo, quia imo hæc facta sunt diuidua contractu, arg. l. locus, de acq. possess. maxime quia ipsum uendere est in obligatione ut per Bar. in l. fideiussor. §. meminisse. ff. de leg. primo, & dicto. §. agriplagam. & facta uenditione obligatio tradendi nascitur ex ea. nec obstat quod non affert tantam utilitatem in parte sicut in toto, quia ex parte emptoris affert tantam utilitatem sicut si socius reemeret, & ex eius parte pars pretii affert tantam utilitatem, & si incidit in communionem imputet sibi quod promisit duobus retrouendere partem, & emit a duobus.

Primam tamen opinionem tenet Ias. hic tanquam magis communem in iudicando, & eam etiam sequitur Ruyn. quia adhæret text. in dicta lege quod si nolit. §. idem Marcellus. ubi si seruus communis emit seruum non potest unus dominus redhibere, nec etiam potest unus petere partem serui oblata parte, sicut nec plures hæredes unius emptoris, & sic non cogitur pro parte tradere, & ideo similiter reputabitur uenditio pro una. Nec obstat dictus. §. agriplagam. quia secundum Ruyn. ibi legatarius non fuit grauatus emere certo pretio, unde non fuit unitum grauamen uenditionis, & per declarationem pretii certificandi apparebit pars pretii, quæ ratio cessat in pacto de retrouendendo pro certo, & determinato pretio, & quia pars remansura forsan efficeretur minoris ualoris propter separationem, quod non esset si esset unita. nec obstat quod pro parte emerit, quia licet a duobus emerit, tamen si unus partem solam uoluisset uendere ipse non erat empturus, ergo eodem modo uidetur quod non debeat teneri retrouendere nisi totam, quia si sciuisset unum solum retinere non fecisset pactum, uel non emisset rem ipsam.

121 Et hanc partẽ † & ego puto ęquiorẽ & tenendã, quia nec tex. in d. §. agriplagã facit in proposito, quia ibi uẽditio non erat sequella alterius contractus emptionis ita ꝙ interesse sumeret principiũ ab eo &

eo & primus non fuisset factus, item ibi ille est se quella actus ultimæ uolútatis quæ benignior est, ut per Soc. in l. si quis arbitratu, in primo not. & in decima col. supra eodem. tex. tamen in dicto. §. idem Marcellus, concludenter non probat, quia ibi erat unica uenditio, & unus uenditor, & unus emptor, hic autem erant duo uenditores & duæ uenditiones & duæ promissiones de tradendo pro partibus, & unusquisque poterat tantummodo conueniri ad tradendam partem suam non insolidum, ergo & unusquisq; debet posse petere retro uenditionem. Quamobrē ego arbitror considerandas esse coniecturas in tractatu, si ipse aliter non fuisset empturus nisi totam rem, uel potius etiam empturus esset partem rei si alter noluisset uendere partem, item an pars remanens efficiatur minoris pretii separata, seu diminuatur, nam iudex ex bono, & æquo poterit cogere uenditorem retro uendere, uel si forsan diuersis temporibus uellint reemere, nec hic potest habere locum inconueniens. §. pro parte, quia hic agitur de auocatione partis, & non de solutione in diuersis rebus, ut dixi in §. Cato. & supra tetigi, & de materia uideas plenissime Tiraquellum in tractatu. lignagier in §. uigesimotertio. in gloss. prima numero decimotertio. cum multis præcedentibus & sequentibus.

122 Sed iterum † dubitant Doct. quid si unus uenditor, uellet totam reemere offerendo totum pretium, an solus debeat audiri, & Iaso. dicit uideri quod sic, quia cessat interesse retro uendentis, & quod contractus sit indiuiduus, & traditio indiuidua, cum insolidum fiant, ac resoluitur totus contractus insolidum, & faciunt omnia quæ supra pro parte retrouendentis dicta fuere Paul. de Castro in dicta lege si quis aliam. dixit, quod non debet audiri nisi consentiat alter, & iura sua cedat, quia forsan socius mutabit propositum quod uellit reemere. lege debeti. C. de fideicommiss. libertati. & idem dixit in leg. quod autem. in recollectis Florentinis. ff. de in diem adiectione. & dixit Soccin. in lege. prima. §. sed quotiens. ff. ad Trebellianum. quod in contingentia facti nunquam potuit obtinere. Sed pro hac opinione Iason. adducit, quia unus sine alio in hoc indiuiduo audiri non potest, ipse tamen. postea dicit primam opinionem ueriorem, quod imo audiatur, quia cessant prædicta absurda, & si dicat se daturum suam partem socio quando placebit ei retroemere cessat ratio Paul. de Castro, per text. in lege prima. §. si pecuniam. ff. deposi. ubi unus ex hæredibus depositarii potest repetere totum depositū præstita cautione de restituendo partem suam sociis quando petent. Secundo adducit textum. in leg. epistolam. §. qui fundum. ff. de contrahend. emptione. ubi e contrario unus ex hæredibus emptoris potest soluendo totum pretium agere ut consequatur totam rem. facit text. in l. tutor urgentibus. §. primo. supra de minoribus, ac etiam facit quod uoluit Gulielmus in dicta lege si duo patroni. ff. de iur. iurand. per text. in lege. in bello. §. si seruus plurium. infra de captiuis, & ad allegata in contrarium respondet quod text. in dicta lege secunda. §. ex his loquitur in materia omnino indiuidua, ut est stipulatio seruitutum, secus in hac materia in qua obligatio est diuidua contractu, præsertim præstita satisdatione de dando socio, & uidetur uoluisse idem Paulus consilio. 344. in hoc passu duo sunt, columnn. final. Ruyn. autem dicit quod si ius petendi dependet ab ultima uoluntate, & constant quod unus non uult emere, cogitur uendere illi soli si ipse offert totum pretium, quia ius alterius ei accrescit secundum gloss. & Bartol. in dicta. lege. agri plagam. & idem erit in contractibus, quia in eis habebit locum ius accrescendi, per leg. fundus ille, de contrahend. emptio. & per Bartol. in lege si mihi & Titio. supra eodem. & maxime uolenti. & in hoc dicit quod procliuior est. Si uero dubitatur, an socius sit reempturus erit necessarium quod petens offerat cautionem de dando alteri suam partem si eam petet, argumento dictæ leg. prima. §. si pecuniam. uersic. sed si hæres. ff. depositi. Tertium casum, quando constat quod non uult emere decidit quod poterit petere totum, quia ei ius socii accrescit, & hanc partem coguntur tenere illi qui uolunt quod unus solus uenditor non poterit petere, ut cogatur emptor retrouendere, quia si recusat partem ex eo quod eius interest, ergo si ille petat totam rem non poterit recusare totam retrouendere, nec potest allegare quod fuerunt duæ emptiones pro parte, & duæ promissiones de retrouendendo, ideo uidetur insolidum unicuique promisisse retrouendere, & unusquisque insolidum petere poterit retrouendi, si non interest ipsius, quæ distinctio, nec omnia resoluit, cum in contractibus non habeat locum ius accrescendi nisi in re indiuidua, ut not. in dicta lege. si mihi & Titio. Item uidetur quod potius emptori debeat conseruari ius suum emptionis socio non ualent reemere, cum solum ei promiserit retro uendere.

123 Ideo † ego puto considerandum, an solum fuisset empturus totam rem, & tunc emptio uidetur indiuidua, & promittendo de retrouendendo habebit locum etiam ius accrescendi, per not. in dicta lege. si mihi & Titio. Aut uero constat quod erat empturus partem tantum, & tunc plures sunt emptiones, & non habet locum ius accrescendi, & remanebit ius emptionis confirmatum, hanc partem ego consulendo secutus fui in quadam causa Bononiensi, ubi omnia prædicta examinaui, & feci conclusionem, quod si plures uendunt plures dicuntur uenditiones, & unicuique tantummodo competit pro rata ius reemendi, & inter eos non habet locum ius accrescendi, ipse tamen qui tenetur retrouendere potest se defendere, & dicere quod non tenetur nisi omnibus, quoniam retrouenditio est quædam obligato indiuidua

ſolutione in fauorem ipſius poſsidentis, & præſertim hoc dixi procedere quando ex uocatione ſtatutaria, uel legali plures poſſent reemere, quia tunc non habet locum ius accreſcendi. leg. & proculo. ff. de legat. ſecundo. iunctis nota. per Bartol. & Doctor. in leg. re coniuncti. in quinta quæſtione principali. ff. de legat. tertio. faciunt etiam ea quæ habentur per Cagnolum in lege ſecunda. C. de pact. inter empto. & uendi. & Tiraquellum in ſuo tracta. de retractu conuentio. §. primo. gloſſ. ſexta numero ſeptimo cum aliis quatuordecim acceſſoriis. & hæc de obligatione rem tradi.

124 Secunda eſt † principalis concluſio Bar. quod obligatio de reſtituendo rem eſt diuidua obligatione & indiuidua ſolutione, quia tenet medium inter obligationem dandi & faciendi, ut hic per eum, contra quam opinionem primo facit dicta lex ſeruum §. final. infra eodem, ſed ſoluit ipſe, quod imo eſt diuerſitas, quia in obligatione, rem reſtitui, re perempta ſuccedit obligatio ad intereſſe ex natura actionis, ut intereſſe peti poſsit, ſed in obligatione dandi ſemper petitur res ipſa, & ex officio iudicis præſtatur æſtimatio, taliter quod ſi actor peteret æſtimationem ineptus eſſet libellus. Secundo obſtat, quia ratio quod in obligatione, rem reſtitui, ipſa ſit diuidua & ſolutio indiuidua quia præciſe poteſt cogi, non concludit, cum obligatus ad factum in ultima uoluntate præciſe cogatur facere, & tamen remanet indiuiduum. lege fideicommiſſa. §. penultimo. ff. de leg. tertio. & l. is qui quadringenta. §. quædam. ff. ad l. falcidiam. & alius caſus in l. ſtipulatio. §. ſiue autem. ſupra de noui oper. nuntiatio. & per Barto. infra in octaua quæſtione. & ſic ratio non concludit, quia ab hoc principio non ſumitur cauſa faciendi actum indiuiduum. Secundo facit, quia attenta ratione Bar. deberet eſſe indiuidua etiam ſolutione, quia nunquam poteſt euenire inconueniens. §. pro parte. re exſtante, cum re exſtante præciſe unuſquiſque teneatur rem reſtituere, & nunquam ſuccedit obligatio ad intereſſe, & ſic nunquam erit ſolutio in diuerſis rebus, ergo debet eſſe diuidua omni reſpectu ſicut obligatio dandi, nec ualet quod aliquando poteſt pars rei perire, & ſuccedet obligatio ad intereſſe pro parte, quia hoc eſt rariſsimum, & plærunque res non poſſunt pro parte perire, ut dicebat Iaſon, & eſt clariſsimum in homine & equo & cæteris animalibus.

125 Quare † Chriſtophorus de Caſtelliono & Fulgoſius dicebant quod obligatio, rem reſtitui, eſt indiuidua ſicut obligatio, rem tradi, quia dicitur eſſe magis obligatio faciendi, quam rem tradi, cum nunquam tranſiret dominium, & obligatio rem tradi contineat dominii tranſlationem. leg. ex empto. ff. de actio. empti. nec obſtant leges loquentes de condictione indebiti & cõdictione ſine cauſa, quia ibi non eſt obligatio rem reſtitui, ſed obligatio retro dandi, cum transferratur omnino dominium ſicut in rubri. & nigro. ff. ſoluto matrimonio quemadmodos petat. dicitur de uerbo reddere, per l. uerbum reddere. ff. de uerborum ſignifica. Secundo facit tex. in l. 1. §. ſi apud duos. ff. depoſi. ubi unuſquiſque depoſitarius conuenitur inſolidum ad exemplum tutorum. ergo eſt indiuidua obligatio reſtituendi, & tenendo hanc partem reſpondet ad dictum. §. hæres, quod ibi agitur de obligatione ſecundaria quæ diuidua eſt inter hæredes, ſed primitiua eſt indiuidua, nec obſtat l. in condictione, de condictio. furtiua, quia reſpondet Iaſo. quod ibi eſt obligatio dandi licet non ſit dominus propter odium furis, ut in §. ſic itaque. inſtitu. de actionibus, uel ſaltem eſt obligatio rem reſtitui cum mixtura obligationis dandi ſecundum eum. & ſic habes tres opiniones per rationes adductas & firmatas, quod ſit indiuidua obligatione & ſolutione, uel ſolutione tantum, uel omnimodo indiuidua.

126 Tu autem dicas † quod hæc quæſtio requirit altiorem indaginem quia eam Barto. cum multis oppoſitionibus expediuit in §. Cato. ubi ego etiam plene examinaui reducendo ad theoricã, nunc autem dicas, quod Bar. & doc. nõ procedũt per uera principia ad cognoſcendũ an iſte obligationes ſint diuiduæ uel indiuiduæ, cũ ſint obligationes factorum, opportet recurrere ad principia quæ faciunt nos cognoſcere quomodo facta ſint diuidua uel indiuidua, & quoniam theorica Bar. ſupra tradita fuit imperfecta & ſine ratione, ego dedi aliã cõplectentem omnia facta de mundo, & demonſtrantem q̃uo poſsint cognoſci an ſint diuidua uel indiuidua faciendo duos principales caſus, unus eſt quando facta exercentur ad rem nouam diuiduam, & tunc regulam poſui generaliſsimã ꝙ omnia facta ſunt indiuidua omni reſpectu cõtractu obligatione & ſolutione, quia non ſunt in rerum natura, & ꝙ non eſt diuidi nõ poteſt etiam per intellectum, neq; ꝙ in rerum natura non exiſtit poteſt recipere diuiſionem quotitatiuam quæ reſpicit totam ſubſtantiam rei, ut hic per gl. & ſi pars pro diuiſo promittatur tũc promittitur unũ factum integrum & non pars, ut in dicta ſexta oppoſitione, & hæc non facit ad propoſitum obligationum iſtarum. Secundus caſus fuit, quando facta exercentur circa rem deductam in eſſe, & tunc dixi ea effici acceſſoria ad ipſas res, & iudicari diuidua, uel indiuidua ſecundum ipſas res, ſicut ſtipulationes, & actiones, & obligationes, per iſtum textum, unde illa facta ſunt diuidua quæ fiunt de re diuidua, & illa ſunt indiuidua quæ fiunt de re indiuidua.

127 Et hæc regula † pertinet ad obligationes de quibus hic agitur, cum qui promittit rem tradere promittit quod eſt in rerum natura, & idem facit qui promittit rem reſtituere, ideo ſequitur quod ſi quis promittit tradere pecuniam quæ omnino eſt diuidua erit promiſsio diuidua contractu obligatione, & ſolutione, ut in dicto. §. Cato habetur de obligatione amplius non agi, & rem ratam haberi. ſecundum intelle-

intellectum Bartol. tenentis quod ibi agitur de negotio pecuniario. Si uero promisit tradere rem indiuiduam erit indiuidua omni respectu, sicut qui promittit non offendere uel non impedire hominem qui non potest pro parte offendi, uel impediri, ut per Bartol. in sexta oppositione. in fin. Si uero promisit tradere quamlibet, rem corporalem stipulatio erit ex regula præcedenti omni respectu diuidua, quia omnes res corporales sunt diuiduæ per intellectum ut supra dixi in prima quæstione. ideo constituitur regula, quod stipulatio tradendi rem corporalem est indiuidua omni respectu. l. locus. de acquir. possessio. Fallit quando illa res esset indiuidua propter aliquam causam quia tunc & ipsa stipulatio efficitur indiuidua omni respectu. Secundo fallit quando deuenitur ad inconueniens quod solutio fieret in diuersis rebus, quia tunc efficitur indiuidua solutione, quoniam in sola solutione contingere potest illud inconueniens. per leg. in executione. §. pro parte. infra eodem. & in istis duobus casibus procedit iste text. quæ theorica etiam procedit in obligatione rem restitui, nam si quis promittit restituere pecuniam, tunc stipulatio & promissio erit diuidua omni respectu. leg. si duo. in principio. ff. depositi. ibi, quinque millia restituit. Si uero tenetur restituere rem indiuiduam tunc est necessarium, ut ipsa stipulatio, & promissio sit omni respectu indiuidua, ut si promittat quis destruere opus iuxta materiam noui operis nunciationis, uel interdicti quod ui aut clam, uel aliud simile indiuiduum retrotradere, sicut cætera facta iudicantur indiuidua, quoniam inter ea nulla est ratio differentiæ. leg. stipulatio. §. siue autem. de noui operis nũtiatio. & in exemplis de non offendendo, uel impediendo hominem. Si uero promisit, seu tenetur generaliter restituere res corporales, & tunc quoniam omnes res corporales sui natura sunt omnino diuiduæ, debet fieri regula generalis quod obligatio, rem restitui, sit omni respectu diuidua per intellectum, ut per Bartol. in dicta prima quæstione ubi dixi, & sicut sunt cætera facta, ut in exemplis positis in dicto. §. Cato. etiam quod sit species, ut ibi dixi, quia non militat in factis negatiuis inconueniens. §. pro parte, uel quando tractatur de auocatione, tamen ex accidenti postea efficitur indiuidua aliquo respectu, primo quando eueniret inconueniens quod fieret solutio in diuersis rebus quod raro contingit, quoniam præcise possidens cogitur restituere rem quando extat, & non succedit obligatio ad interesse, ut per Iaso. hic, & quia plæraque animalia non possunt perire pro parte. Secundo, dicta obligatio de re restituenda potest effici induidua quando unus habet facultatem restituendi totam rem, quia tunc solutio efficitur indiuidua solutione, & multi tenent etiam obligatione, dicta lege tertia. §. hæres. in fin. supra depositi. tamen non est uera opinio, quia inconueniens non potest contingere nisi in actu solutionis, & ut dixi promissio de restituendo rem corporalem sui natura est omni respectu diuidua, & non potest alterari nisi in illa qualitate in qua interuenit illud inconueniens. Tertio potest effici indiuidua quando unus solus comisit dolum, uel ambo, quia tunc efficitur indiuidua solutione, & secundum aliquos etiam obligatione. l. in depositi. ff. dep. & dicta lege. si duo. circa medium. quod posset tollerari si demonstraretur unum tantum posse conueniri ad totam rem, ita quod ipse insolidum teneretur, sed si hoc non demonstraretur remaneret diuidua obligatione secundum propriam naturam, & efficeretur indiuidua solutione in qua posset esse incommoditas. Quarto potest effici indiuidua propter conuentionem, ut si dictum fuit quod teneantur insolidum. dicta lege prima. §. si apud duos. supra depositi, secundum unum intellectum quem uidetur tenere Bartol. in dicto. §. Cato, & tunc posset dici quod esset indiuidua obligatione & solutione, ex eo quod unusquisque insolidum tenetur, qui omnes casus disputantur & discutiuntur separatim in oppositionibus Bar. primæ partis & ibi plene dixi.

128 Quare † habes in effectu, quod nulla est differentia inte obligationem rem tradi & rem restitui, quoniam si utrunque fiat de pecunia promissio est omni respectu diuidua, si uero fiat de re indiuidua promissio in utroque dicitur esse indiuidua omni respectu. si uero fiat de re corporali, & tunc utraque stipulatio, & promissio sui natura est omnino diuidua, quoniam omnes res corporales sunt diuiduæ secundum intellectum per partes quotitatiuas, per accidens tamen efficiuntur indiuiduæ in illis quatuor casibus supra positis, qui æqualiter militare possunt in utraque promissione tam rem tradi quã rem restitui, hoc solum est plus in obligatione rem restitui, quod ipsa facilius est diuidua omni respectu etiam solutione, ex eo quia raro potest contingere inconueniens quod in diuersis rebus fiat solutio, ex quo obligati ad rem restituendam semper præcise tenentur, & non succedit obligatio ad interesse nisi re perempta, dicta. lege. in condictione. de condictio. furtiua, cum suis concordanti. & idem est in obligatione, rem tradi ex contractu uenditionis, quia facilius potest esse diuidua etiam solutione, cum si uenditores, possideant rem præcise possint cogi ad tradendum rem secundum opinionem Martini communiter * approbatam in lege prima. ff. de actio. empt. ideo re exstante non potest sequi inconueniens quod fiat solutio in diuersis rebus. unde remanebit in sua natura, quod ipsa promissio ad rem corporalem sit omnimodo diuidua, & est ratio, quia in istis duobus casibus obligatio ad rem restituendam, uel tradendam habent naturam obligationis quæ sui natura est omni respectu diuidua propter res corporales quæ diuiduæ sunt lege secunda. §. primo. supra eodem, & so-

lum efficitur indiuidua solutione quando solutio potest contingere in diuersis rebus, ut dicitur in eodem.§. primo. in secundo responso. de promisione generis, & alternatiuæ. unde apparet quod hæc difficultas potest breuiter, & clare cognosci, si habemus respectum ad uera principia.

129 Ex quibus † habes etiam intellectus uarios ad uaria iura. nam tex. in dicto. §. hæres loquitur de obligatione primitiua, & plus probat quod etiam erit diuidua solutione, cum præcise possint hæredes cogi ad partes eiusdem rei, eodem modo poterit intelligi dicta. lex in condictione, ut sit etiã diuidua solutione, quia præcise possunt cogi heredes ad suas partes. item potes etiã faciliter resoluere alia iura super quibus laborauit tantum hic Ruy. qui demonstrauit quod erat multum confusus, & hoc euenit, quoniam non penetrauit ad uera principia. An autem di. causæ faciant promissionem indiuiduam obligatione, ultra prædicta plenius dicas, ut in dicto. §. Cato. item an ex hoc solo quod promissor, uel stipulator inciderent inuiti in communionem, an promissio efficiatur indiuidua solutione, iuxta legem fundus ille. de contrahen. emptio. habetur etiam in dicto. §. Cato. & infra dicetur super quæstionibus. quia est articulus ualde utilis & contingens.

130 Nonõ † opponit Bar. contra exemplũ de operis positum in text. quod operæ sint indiuiduæ, de text. in l. in stipulationibus. §. operarum. infra eodem. in principio, ubi dicitur quod operæ diuiduntur per numerum, soluunt Petrus & Barto. fatendo contrarium quod operæ sunt diuiduæ per numerum, & addunt quod idem procedit in omnibus aliis factis & aliis rebus indiuiduis ut efficiantur diuiduæ per numerum quoniã semper talis diuisio affert tantam utilitatem in parte respectu partis sicut in toto respectu totius, & concordat lex si libertus qui, in fi. infra de oper. liberto. sicut permittitur in pecunia, quamuis singuli numi per se sint indiuidui, quod tamẽ intellige dummodo sint operæ unius naturæ, ut plura facta unius naturæ, & plures res unius naturæ, ut operæ uictoriæ fabriles lignorum, uel rusticales, sed si essent diuersarum operationum non permitteretur diuisio per numerum, ut si quis uellet dare operas rusticales pro complendo obligationem de operis pictoriis, quia tunc non afferunt partes tantam utilitatem respectu partis sicut in toto respectu totius, cum diuersos ualores consequantur, & diuersa industria requiratur, sicut nec permittitur diuisio si quis promisisset dare decem aureos, quinque daret in auro & postea quinque alias monetas daret. nam tunc non permitteretur diuisio, quia non afferret tantã utilitatem in totum neque in parte cum essent diuersi ualoris. Secundo intellige nisi tales operæ numerales essent simul coniunctæ ut certis diebus omnimodo essent præstandæ, ut si essent operæ ad messem faciendam, & uellet de mense Augusti medietatem præstare,

nam tunc propter diuersitatem temporis effi-
cerentur inutiles, & non afferrent utilitatem in
parte sicut in toto respectu totius, cum ex defi-
cientia medietatis operarum posset perire to-
tum frumentum, sicut etiam contingeret si ali-
quis promisisset quadrigas, uel lecticarios. nam
licet serui numero possint diuidi, tamen non
posset fieri solutio pro parte, quoniam non af-
ferret tantam utilitatem in parte, quia posset
contingere quod similes quadrigæ non possent
coniungi cum primis, & totus eorum actus ef-
ficeretur inutilis, quod etiam & in lecticariis con-
131 tingere potest. Quare dicas † quod operæ &
omnia facta & omnes res indiuiduæ efficiuntur
diuiduæ per numerũ omni respectu, tamen post-
ea per accidens possunt effici indiuiduæ si præ-
stando per partes impediretur utilitas in parti-
bus sicut in toto respectu totius.

132 Secundo † ille text. in dicto, §. operarum, ui-
detur obstare in sequenti responso, dum dicit,
quod si seruus duorum stipulatur operam ne-
cesse est petere unumquemque dominorum par-
tem operæ quam habet in seruo, cuius obliga-
tionis euidentissime fieri poterit si libertus of-
fert estimationem quam unusquisque dominus
pro parte recipere poterit, uel si plures in fun-
do communi promittantur, unde dum dicit,
necesse est petere partem, uidetur probare quod
ipsa opera in sui substantia est diuidua, & quod
obligatio operarum diuiditur si unus dominus
partem operæ petet, quod est contra ea quæ di-
ximus supra de factis, & postea addit eius par-
tis solutio, & sic præsupponit quod etiam ope-
ra efficiatur diuidua solutione, quod est peni-
tus contra istum textum. soluebat Petrus quod
ibi fit diuisio ex parte stipulatoris hic autem im
peditur diuisio ex parte promissoris, nam ip-
se dabat theoricam, dicens quod facta si sunt in-
diuidua remanẽt indiuidua ab utraq; parte quã
do faciendo uni prodest omnibus. l. 2. uers. ideo-
que, in principio. ff. de prætoriis stipulationibus
sed quando nõ prodest omnib. omnia facta sunt
indiuidua ex parte promissoris, diuidua ex par-
te stipulatoris, ut hic, sed Dyn. repræhendit
solutionem, quia omnia indiuidua quæ sunt in-
diuidua ab una parte sunt etiam indiuidua ex
parte stipulatoris, leg. 2. §. ex iis. supra eodem.
ubi hoc dicitur in seruitute, tamen uni præsti-
ta non prodest aliis. unde secunda est solutio
gloss. ibi, quod opera diuiditur uolentibus par
tibus, per text. ibi, uolentibus, quam etiam
reprehendit Dyn. quia indiuidua ex necessi-
tate sunt indiuidua, & non possunt per partes
uolentes effici diuidua, & satis procedere po-
test, quia nec lex potest diuidere. lege hæres. §.
an ea. ff. famili. herciscundæ. Quare tertia
ponitur solutio, quod ibi non dicitur, ut pe-
tantur partes operę, cum omnino indiuidua
sit, sed solum dicitur quod petitur estimatio
operæ quæ diuidua est, & uolentibus partibus
debetur, ut solutio liberet, per illam regu-
lam, quod aliud pro alio uolente creditore solui
potest,

potest, iuxta no. in lege. secunda. §. primo. ff. si cer. pe. & probatur, quia ibi propter difficultatem libertus non poterat totam præstare, ideo debetur opera præterita, & quando debetur præterita amplius illa non potest præstari nec peti, sed necessarium est quod petatur estimatio quæ est diuidua. l. si quando, infra de oper. libertorum, & ita residet.

133 Ex cuius † dictis colligitur quod operæ sunt omnino indiuiduæ, & concordat tex. in dicta le. libertus qui. infra de ope. libertorum. ubi dicitur quod neque promitti, neq; deberi, neque solui pro parte operæ potest, nec obstat dictus. §. operarũ. quia loquitur in principio de diuisione per numerum quæ permittitur, & in secundo responso dicit ꝙ petitur estimatio operæ præteritæ quæ similiter diuidua est, & sequuntur communiter* doct. sed Ruy. dicit hanc solutionem uiolatiuam tex. & est exponere album pro nigro dicere, necesse est petere partem operæ pro parte estimationis operæ, hoc enim modo faciliter omnia contraria resolui possunt, & maxime quia idẽ dicit in l. quæsitũ. de usufructu. nec est uerisimile si intellexisset de estimatione ꝙ dixisset partẽ operæ, sed dixisset partem estimationis arg. l. 1. §. pe. C. de cadu. toll. & in tot locis per uerba incõgrua locutus fuisset, & confirmatur, quia tex. subdit ꝙ expeditissima solutio est si promissor malit potius estimationem præstare, ergo non erat petita estimatio neque debebatur, cum non conueniret uerbum (malit potius) quod uerbum siue electiue siue cõparatiue sumatur semper demonstrat quod semper solutio fit de alia re non petita; ꝙ etiam cõfirmatur ex fine, dum dicit dominis cõcordantibus potest opera præstari. ergo præsupponit quod ipsa debebatur, & quod etiã erat petita, quod etiam præsupponit Bar. infra in 8. quęstione, dũ reprehendẽdo opinionem ibi positam dicit, quod est in electione rei præstare pactũ uel interesse, quod nõ posset esse nisi petitum fuisset, ergo apparet quod ibi operarum estimatio fuit petita, & tamen tex. dicit necesse est partem operæ petere, ergo sequitur quod pars operæ potest peti & deberi, & sic concludentissime uidetur decidere contra istum tex. Quare Ruy. dicit solutionem prędictam tenendam esse tamen cum aliquali alteratione. nã fatetur quod ibi debeatur opera præterita, & quod illa non possit præstari, & solum estimatio solui ualeat, dict. l. si quando. ff. de oper. libertorum. & l. si non sortem. §. libertus. de condictio. indebi. sed tamen opera promissa possit peti, quia sicut in obligationibus dandi re perempta adhuc res ipsa petitur & per officium soluitur estimatio. l. si seruũ. §. fi. inf. eo. eodẽ modo ibi opera peti potest uel debetur, sed estimatio postea soluenda est, & sic omnino uerba conueniunt, quod confirmat, quia in dicta l. si quando. in principio. sup. de oper. libertorum dicitur libertũ placet partem operæ deberi & peti. cũ semper opera præterita petatur quę præstari non potest. ut in dicta. l. quotiens, eodem titulo de operis libertorum dicitur ibi, peti non possunt nisi operæ præteritæ, ergo præterita potest peti, quia dictio (nisi) ponit quando præcessit oratio negatiua, ut no. per Bar. in l. actione. C. de transactio. Si ergo elapso illo breui tempore quod inest infra quod præstari potest adhuc peti potest ergo illa debetur, cum hoc tamen quod soluatur estimatio, nec obstat secundum eum quod dixit Barto. inf. in 9. quæstione, quod quando competiit actio ad factum quando poterat præstari elapso tempore amplius factum peti non potest. l. usufructus mihi in biennium. de usufructu legato. si notorie constat de impossibilitate: quia illud procedit quando actio ad factum posset præstari. sed quando actio ad factum non poterit competere infra tempus quo præstari poterat tunc actio ad factum post tempus competere poterit. leg. interdum. in principio. infra eodem. & hic est casus noster, quia infra tempus quo præstari potest opera non potest peti, quoniam nondum est in mora, elapso autem tempore tunc actio poterit competere ad factum quamuis illud præstari non possit dicta l. interdum, quæ æquiparat hunc casum illi, quo stãte sequitur quod licet petatur illa opera indiuidua tamen quia solutio tãtum de estimatione est fienda, attento fine, ipsa opera pro parte potest peti, cum enim sit ordinata petitio ut fiat solutio in estimatione assumit illam naturã ut pro parte peti possit, nec obstat subdit ipse quod in fi. illius. §. operarum uidetur præsupponi quod opera possit præstari, quia respondet ipse illud euenire propter uoluntatem partium quæ faciunt quod alia opera non debita debeatur, & propter eius solutionem liberatio contingit in alio eis consentientibus, uere tamẽ opera promissa præstari non potest, & in effectu opera non diuiditur realiter & in se sed propter solutionem cum effectu uidetur diuidi, & tex. in dicta l. libertus. qui dicit quod pars operæ peti non potest, sed intelligitur ex sola consideratione ipsius operæ, tamen bene potest peti sub consideratione estimationis, & pro hac opinione facit tex. dum dicit, solutio erit expeditissima si libertus malit estimationem offerre, ergo ipsa estimatio non erat petita, quia tunc non posset dici uoluntaria, ut innuit tex. & certe propter iura inuicem contradictionem continentia hæc solutio uidetur necessaria. Attamen licet hæc modificatio & suppletio uideatur prima facie probabilis, nihilominus interius considerando auget improprietates uerborum nõ autem diminuit, ut ipse intendebat facere, nam si intelligimus partẽ operæ peti, ut inquit dictus. §. operarum. & dicta l. si quando. in duobus locis. opportet quod substantialiter petatur, ergo demonstratur operã diuidi, quod est absurdum per istum tex. In uerbis, & in ratione, dum dicit quod earum diuisio corrumpit stipulationem, & repetit dicta. l. libertus qui. §. neque, & dum dicit quod diuiditur propter finem quia soluitur estimatio, sequitur quod omnia facta propter interesse debendam diuidi possunt & deberi pro parte, & ex necessitate, quia tex. dicit necesse est, quod est aliud bonum & in-

auditum absurdum in materia, quod facta sint indiuidua, & quod pro parte petantur, & omnes formæ positæ per docto. infra in 9. quæstione essent defectiuæ, & opporteret quod semper peteretur medietas factorum, quod est contra mentẽ omnium doctorum & iurium. Item tex. præsupponit quod opera præstatur quæ petitur, ergo est petita tanquam opera in sui substantia, dum dicit malit offerre æstimationem.

134 Quare†ego puto solutionem communem intellectam ut iacet ueriorem esse, quod uerbum (partem operæ) exponatur, idest partem æstimationis, in dicto. §. operarum. & dicta l. si quando. & hoc ideo sit, quia æstimatio est idem cum ipsa re, interpretatione legis, ut per Bar. infra in nona quæstione adducentem, quod fideiubens pro facto conuenitur ad interesse, lege stipulatus est. infra de fideiussoribus. & tamen non obligatur ad aliud. l. grege. §. si quis Stichum. infra de fideiussoribus. Vnde dicendo (partem operæ) dicit partem interesse, sicut nominando ensem uidetur ẽt dicere gladium, quod fecit ut demonstret solutionem & petitionem conuenire, quæ expositio probatur, quia antequam promissor sit in mora non possunt peti operæ promissæ neque est nata actio, cum nondum ipsæ sint in rerum natura. le. interdum. inf. eodem. in illa æquiparatione post moram non nascitur amplius actio ad factum, quia præstari non potest ut clare dicunt iura, ergo nascitur sola actio ad interesse, & per consequens petitio debet fieri de eo quod uenit iure actionis. l. uinum. ff. si cer. peta. cum materia. ergo pars æstimationis peti debet, non aũt pars ipsius operæ, ideo non sine ratione dixit tex. ꝙ necesse est partem operæ peti, idest necesse est petere æstimationem, quia actio ad operas non fuit nata, sed solum actio ad æstimationem quæ debetur pro parte, nec obstat quod libertus potest ad sui electionem soluere operam uel æstimationem, quia illud uerum est consentientibus dominis, ut in fine dicit tex. sed eis contradicentibus cogitur soluere æstimationẽ, & illa alternatiua fuit postea posita respectu modi soluendi non referẽdo se ad præcedens dictum, ideo teneas communem solutionem quæ minus impropriat uerba & materiam, & remanent omnes cõclusiones supra firmatæ ueræ & sine obstaculo efficaci, & hæc de prima parte principali legis.

135 Sequitur secunda†pars principalis, in qua tractatur de obligatione ad interesse, quæ secundaria dicitur ex eo quod post moram succedit, ut hic in tex. & l. si quis ab alio. §. fi. ff. de re iudi. sed contra tex. opponit decimo Bar. de lege si seruũ. §. fi. inf. eodem. ubi post rem peremptam adhuc homo peti potest, ergo & ipsum factum semper petitur. idem dicitur in l. promissor. ff. de consti. pecun. & l. eum qui. §. fi. supra eodem. uua est solutio quod concordat ut factum semper petatur & interesse ueniat officio iudicis. sed Bar. reprehendit, quia leges clare dicunt quod interesse cõtinetur in stipulatione & ad illud agitur, ideo ipse soluit, quod aliud est in obligationibus dandi in quibus plærunque non uenit interesse, aliud in obligationibus faciendi, & in quibus post morã succedit obligatio ad interesse & sequuntur communiter docto. quod sine dubio procedit in factis quæ post moram desinunt posse fieri, ut sunt operæ, de quibus in nona oppositione, & lege si usufructus mihi in biennium. de usufructu legato.

136 Sed difficultas†est assignare rationem diuersitatis, super qua laborat Bartol. & primo fatetur quod nulla est ratio necessario concludens, sed solum possunt aliquæ persuasiue adduci, propter quam causam facilius sustinentur, Primã ratio est quod dare expeditur unico momento & leuiter fit, facere uero continet tractum successiuum, & cum difficultate expeditur, & cogere facere est quædam speties seruitutis. l. 1. & 4. ff. de lib. homine exhibend. ideo dispensatum fuit quod possit liberari soluendo interesse, sed Bar. reprehendit quia nõ est generalis, cum factum tradendi rem & restituendi possit de leui & facilius expediri, quam datio, quinimo generaliter difficilius est dare, cum opporteat transferre dominium & rẽ emere quando non est dominus. l. ubi autem. §. fin. inf. eodem, ergo magis uidetur seruitus dare quam facere, potest tamen saluari a communiter accidentibus, quia plærunque in factis opportet stare in loco longo tempore & inducitur speties seruitutis quæ euitatur a lege taliter quod remittitur illa conditio. l. Titio centum. §. Titio. ff. de conditionibus & demonstrationibus. ergo etiam remittitur hæc obligatio ut sufficiat soluere interesse.

Non obstat quod sit generalis, quia non curatur in persuasiuis & impulsiuis, quoniam sufficit quod impellat ad disponendam, lex autẽ postea impulsa considerat illud quod plærunque fit, & generaliter disponit ad euitandam cõfusionem. l. 1. §. sexũ. ff. de post. ubi Calfurnia fuit causa impulsiua faciendi illud ædictum propter suam importunitatem, sed lex postea prohibuit generaliter omnes mulieres postulare quamuis essent honestissimæ ad euitanda multa mala & conseruandam honestatem. Ideo quamuis aliqui sint casus in quibus non militat ratio illa impulsiua nõ attenduntur, ita non curauit lex quod aliqua sint facta facilia. cum plærunque requirant assiduitatem & laborem longum & non discedere a loco. nec obstat quod imo facilius sit facere quam dare, ut est tex. alius in l. hæ operæ. §. fi. ff. de oper. libertorum, quia contrarium probatur, cum lex pro faciliori satisfactione induxerit facultatem soluendi interesse, & non in obligatione dandi, & sic labores necessarii ad dandum non inducũt spetiem seruitutis sicut facere, & lex ut dixi considerauit quod plærunque fit, & odibilius est, ideo ratio a communiter accidentibus satis dicitur concludere.

137 Secunda†assignatur ratio quod datio fit eiusdem naturę quolibet tempore, nec diuersificatur seu uariatur per tempus uel personam, ideo semper interest creditoris sibi dari, factum uero alteratur

ratur tempore uel perſona.l.ſi non ſortem. §. libertus.de condicti. indeb.& aliquando amplius poſt moram illud factum præſtari non poteſt,le. ſi uſusfructus in biennium.de uſufructu lega.&l. quotiens.de oper.liber.ideo lex ſubrogauit obligationem ad intereſſe,hanc dicit Bar.eſſe bonã, ſed non generalem,ſed tu defende ut ſupr. quod ſufficit rationem plærunque concludere, & nõ intereſt quod non comprehendat omnes caſus.pręterea poteſt dici quod ſola non ſufficiebat,ſed iũcta cum præcedenti cumulatiue poteſt concludere.Ruy.uero reprehendit,dicẽs eſſe falſum quod facta uariãtur tempore,cum facere domũ, ſcribere librum,& fodere foſſam,ſemper ſint eiuſdẽ naturæ quocunque tempore fiat, ſecundum Bar. in le. ſi ita ſtipulatus eſſem abs te. per illum tex.inf. eod.& probatur in l. ſi inſulam. ſupra eod. quia poteſt mora purgari,cum ſi eſſet alia non poſſet purgari mora.ſed replicari poteſt quod imo eſt diuerſa,cum(ſi fiat tarde)dominus poterit infirmare cum ſua familia, uel capi a latronibus, & amittere ſuos fructus, & alias res quas potuiſſet cuſtodire, & in futurum dicti effectus poſſent non euenire,& quamuis poſſit mora purgari,tamen adhuc intereſſe decurſum ſoluendum eſt,ut no.in dicta.l.ſi inſulam.& ſi dicatur,hoc idẽ poteſt contingere in obligatione,ut apparet ex infinitis poſitis in l.quod te.&lege uinum. digeſt.ſi certum petatur: reſpondetur quod in illo caſu etiam ſuccedit quędam obligatio ad intereſſe ut teneatur ad omne damnum per ea quæ ibi notantur.

138 Tertia† aſſignatur ratio,quod dari ſemper intereſt creditoris,& hac de cauſa præciſe cogitur. dicta l.ubi.§.fi.infra eod. in factis uero aliquando intereſt, aliquando nullum eſt damnum, ſi nõ fuit factum.unde cum aliquando nõ interſit, lex ſubrogauit obligationem ad intereſſe ut aleuiaret debitorem ne ſine utilitate creditoris faceret, atque ne creditor haberet plus quam interſit cum damno debitoris, quã rationem Bar. declarat in l.j. quæſtio.4. Co.de ſententiis quæ pro eo quod intereſt proferunt. dicens quod ſemper intereſt in dando quantum ualet ipſa res, ſed non ſemper intereſt in faciendo quantum ualet ipſũ factum; & compellendo facere quod ille ſolueret plusquam interſit. Et confirmat Barto.quia eſt generalis. & poteſt uerificari etiam in obligatione rem tradi,cum poſſit afferre damnũ ſi tradatur ſi forſan tenetur reſtituere fructus, & res alias perceptas & amiſſas a domino,& eam etiã tenet hic Ias.& defendit a uerbis Barto.credens Bar. eam impugnare, ſed uere ipſe approbauit ut patet ex uerbis ſuis, & corrupta eſt litera, dũ dicit,hæc ratio non eſt generalis,quia debet deleri negatiua & efficietur affirmatiua, comprobans. Tamen ei uidetur obſtare,cum etiam poſſit definere intereſſe in dando, cum multa emamus credentes eſſe neceſſaria quæ poſtea non erunt.l.ſi pecuniam.ff. de condictio. ob cauſam. & licet ſemper ſit utilitas in re eodem modo ſemper eſt utilitas in domo facta,unde opportet dicere quod hæc ratio ſicut præcedentes a communiter accidentibus procedit, quod ſufficit in rationibus impulſiuis & perſuaſiuis, propter quas lex poſtea mouetur ad faciendum diſpoſitionẽ generalem prouidendo generaliter ne aliquando illa quæ mouent incurrant. dicta l.j.§. ſexum. de poſtulando, pro quo facit etiam quod uoluit Areti.& ſequitur Decius in rub. extra de iudi. dicentes quod diffinitio eſt bona quando a communiter accidentibus conuertitur cum ſuo diffinito licet aliqui ſint caſus & rari qui non comprehendantur, & ſi hoc eſt in diffinitione quæ claudere debet eſſentiam totam diffiniti quanto magis poterit procedere in ratione impulſiua. item hæc ratio procedit cumulatiue cum præcedentibus,nam una procedit in aliquibus factis, alia in aliis,& ſimul unitæ comprehendunt omnia facta,& regula uenit comprobata cum ratione diuerſitatis,quod aliud ſit in obligatione dandi & aliud in obligatione faciendi.

139 Quartam† rationem uidetur dare Bar. dicens lex curat quod aliquid non ſit in incerto. l. j. ff. de uſucapionibus. ſed in obligationibus faciendi ueniunt facta futura quæ non ſunt in rerũ natura.dicta l.ſi is qui quadringenta.§.quædam.ff. ad l.Falcidiam,& ſunt incerta.l.illi autem.§. qui id quod. infra eodem, ideo poſt moram ſubrogat obligationem ad intereſſe quod eſt certũ uel certificari poteſt.ſed in dando, plærunque quod datur certum eſt quia exiſtit in rerum natura, ideo nõ ſuccedit obligatio ad intereſſe, ſed hæc ratio uidetur peior aliis, cum in factis ſit certitudo ſicut in dando quando fiunt de re deducta in eſſe,ut rem tradere,& reſtituere,amplius nõ agere,&rem ratam habere.item etiam dantur res incertæ.l. interdum.infra eodem.quando promittuntur res quæ non ſunt in rerum natura, tamen illa poteſt ſuſtineri ſicut præcedens habito reſpectu ad communiter accidentia, quorum reſpectu mota fuit lex ad ſponendum generaliter, & cumulando cum aliis procedere poteſt.

140 Quare† fac regulas duas, unã quod in obligationibus factorum ſuccedit obligatio ad intereſſe,quæ limitatur aliquibus caſibus non procedere qui ponuntur infra in.8.quæſtione Bar. Secunda eſt regula,quod in obligationibus dandi non ſuccedit obligatio ad intereſſe,ſed ſemper res ipſa durat in obligatione poſt moram & poſt rem peremptam, licet ex officio iudicis aliquãdo ſoluatur ęſtimatio.dicta l.ſi ſeruum.§.fi.cum materia.infr.eodem. fallit tamen in aliquibus caſibus ut ſtatim dicetur.

141 Vndecimo contra dictam † regulam opponit Barto.quod imo ſuccedat obligatio ad intereſſe etiam in obligationibus dandi,per tex.in l.naturalis.§.primo.ff.de præſcri.uerb.ibi,in qua actione non id uenit ut reddas quod accepiſti præciſe,ſed alternatiue reddas, uel dãneris in id quod intereſt accepiſſe,idẽ probat leg.prima.§.fi.ff. de rerum permutatione. Soluebat Dyn.dicens ſpetiale eſſe in contractibus innominatis,&ideo fallit dicta regula in contractibus innominatis, in

quibus succedit obligatio ad interesse; & est ratio, quia debilia sunt in contrahendo, cum actio non nascatur sola conuentione sed requiritur ad implementum ut res tradatur ab una parte. l. ex placito. C. de rerum permutatio. & ideo etiam in exequendo debiliores sunt ut non seruetur ille rigor quod omnino cogatur manu militari dare rem promissam & eam facere accipientis, sed postea reprehendit, quia dicta. l. si seruum. loquitur de omnibus conuentionibus, dum uult quod per moram perpetuetur omnis obligatio. Ideo dum in §. fi. dicitur, homo peti possit, intelligitur generaliter de omnibus contractibus. Ideo ipse dabat solutionem generalem dicens non interesse inter obligationes dandi uel faciendi uel cõtractus nominatos uel innominatos, quia nunquam succedit obligatio ad interesse ut debeatur iure actionis, cum solum ueniat officio iudicis, per dictam legem si seruum. §. fi. Sed Bar. dicit quod sicut reprobauit in obligationibus faciendi quod interesse succedat iure obligationis & actionis, etiam in istis contractibus innominatis succedit ut sit in obligatione & possit peti iure actionis, per dicta iura quæ nimis apperte hoc uidentur dicere.

Vnde succedit quod obligatio ad interesse difficilius tollitur in contractibus innominatis quã nominatis, contra Dyn. quia in contractibus nominatis soluta re extinguitur interesse, quoniam extinguitur actio, & per consequens officium iudicis. l. 4. C. depo. l. centum Capuæ. in glo. fi. ff. de eo quod certo loco. quæ dicit extinguitur quando debetur officio iudicis, & nota. in l. eleganter §. nõ solum. ff. de dolo. Quare (subdit Bar.) dictũ Dyni declara hoc modo, nam contractus nominati differunt ab innominatis, quia illi solo consensu contrahuntur & non resoluuntur ex uoluntate unius. lege sicut. C. de actionib. & obliga. sed innominati solo consensu non contrahuntur. dicta l. ex placito. C. de rerum permuta. & habet locum pœnitentia. l. si pecuniam. ff. de condicti. ob causam. & sicut sunt debiles in contrahendo eodem modo sunt debiles in exequendo, quoniã in illis præcise reus non cogitur soluere sicut in nominatis ut manu militari dare cogatur & omnino debeat emere ut transferat dominium, unde succedit obligatio ad interesse, sed executio de interesse plus durat in cõtractibus innominatis, quia licet res postea sit soluta durat adhuc actio ad residuũ, quia debetur iure actionis, sed in nominatis resoluta amplius non potest peti nec in condemnationem deduci, quia perempta actione expirat officium iudicis. dicta l. 4. C. depositi. & lege per collusionem. ff. de actio. emp. ut hic late per eum.

142 Ex quibus † in effectu habes, quod in contractibus innominatis succedit obligatio ad interesse & est una fallentia ad regulam, quod non succedit in obligationibus dandi, & probatur in dict. l. naturalis. Ruy. tamen dicebat quod ille tex. nõ uidetur probare, quia uidetur loqui in contractu do ut facias, cum accipere inducat solum factum tradendi. sed uerior est opinio quod loquitur de contractu do ut des, quia dicit esse contractum promissionis quæ fit per dationem ab utraque parte. l. 1. ff. de rerum permutatione. unde uerbũ, accipere, in dicta l. 1. §. fi. & dicto. §. naturalis necessario inducit dationem & conuentionem dedando ex subiecta materia, sed intelligitur conclusio quando agitur ex contractu ipso innominato ut seruetur, secus si agatur ad repetitionem & dissolutionem, quia tunc præcise cogitur dare ut restituat in pristinum, & cessat ratio debilitatis conuentionis.

143 Ampliatur † tamen procedere etiam quando stipulatio intercessit, quia illa imitatur naturam contractus cui apponitur, per l. cum mota. C. de transactio. de quo tamen late disputat Socci. in Rub. supra de uerborum obligationi. ubi etiam examinauit, cum multa contradicãt, uolentes ꝙ stipulatio regulariter trahat ad naturam suam contractus innominatos cum tendat ad eos corroborandos sicut tollit pœnitentiam, & facit solo consensu contrahi, & alias debilitates tollit, & tex. in dicta. l. cum mota. ubi Decius & multi alii intelligunt loqui de obligatione faciendi, propter uerbum, suscipere, ego autem ibi tenui quod in aliis debilitatibus stipulatio retinet naturam propriam, sed quantum ad interesse regulatur, & sic ampliatio est uera, quia etiam quod stipulatio sit apposita super contractu innominato non cogitur præcise sed liberatur præstando interesse. Ruy. uero hic examinat articulum, & concludit quod in dicta l. cum mota. est facio ut facias, & ideo non probat ampliationem, tamen postea an communis opinio sit uera relinquit sub dubio. Ego autem ibi dedi resolutionẽ firmam. limitabat etiam Ruy. communẽ opinionem, quod succedat obligatio ad interesse, ut nõ procedat in contractu, facio ut des, in quo nascitur actio de dolo, quia lex non dicit, tunc enim præcise cogitur quod potest admitti, sicut dicitur de condictione ad repetendum, regulariter tamen limitatio procedere uidetur.

144 Duodecimo † opponit Bar. de leg. liber homo. §. fi. infra eodem. ubi si quis promisit dare stipulatori & alii, in eo quod datur alii succedit obligatio ad interesse. respondet Bar. limitando regulam prædictam quod fallit quando datio fit alii quam stipulatori, & est ratio, quia potest interesse & nõ interesse. sed Ruy. reprehendit, quia imo sua semper interest, quia ille tex. loquitur de adiecto qui tenetur stipulatori postea restituere. §. si quis alii. insti. de inuti. stipulationibus. nec ualet secundum eũ si dicatur quod loquitur de adiecto animo donandi, quia etiam tunc stipulatoris interest quoniã duæ sunt donationes, una facta stipulatori & alia alteri, uel saltem tenetur in promissione de dando facta a promissore, alia facta a stipulatore adiecto, propter quam causam probat, & ualet etiam si adiectus sit absens, lege. 3. §. 2. ff. de nego. gestis. ubi Bal. quare dicit ipse quod ille tex. non procedit in adiecto, nec limitatio, sed solum quãdo stipulatur alteri, quia

quia sua interest ex causa extrinseca, & idem quando directo alteri stipulatur, & credo quod etiam hoc fuerat mens Bart. quia adiecto non proprie datur, cum nulla sit obligatio in persona ipsius, dicto. §. si quis alii. & ita intelligit glo. in dicta l. Iulianus. dum dicit, quod obligatio ualuit ex hoc solo quod interest ipsius stipulatoris, sed fortius obstat, quia etiam in obligationibus dandi uariatur interesse si forsan ille cui dandum erat tenebatur pecuniam uel rem ipsam dare sub pœna. l. numis. cum glo. ff. de in litem iurand. ubi Ias. allegat illam rationem quæ ponitur in dicta l. liber homo. & potest etiam minorari interesse si pretium fuit mutatum. l. uinum. ff. si cer. peta. Quare ratio melior uidetur posse dari quod ibi erat obligatio faciendi in extraneo, cum dare sit facere l. in facto. de conditio. & demonstratio. & in persona tertii remanet factum, cum etiam sit fiendam traditio dominii in stipulatore, & hanc solutionem sentit hic Ias. licet non alleget causam differentiæ.

145 Aliam † limitationem addit Bar. quando quis promisit facere contractum continentem obligationem dandi, ut si promisit mutuare pecuniam Titio, per. l. si pecuniam. supra eodem ubi dicitur quod continetur id quod interest, & ratio potest esse, quia uere est obligatio faciendi, cum contrahere & mutuare facti sint. l. consilio. de curatore furiosi, licet per eum teneatur dare, & plene declarat Ias. in dicta l. si pœnam. & bene, ideo sequitur quod si quis stipulatus fuisset dari sibi pecuniam ex causa mutui quod tunc esset certa stipulatio & non succederet obligatio ad interesse, quoniam omnes stipulationes dandi semper requirunt causam. l. Quinta. §. conuentionalis. sup. eodem. & l. ij. §. circa. ff. de doli exceptio. & tunc datio uenit principaliter, sed quando promisit credere uenit propter contractus exequtionem quod nota. si tamen eueniret quod dolose alienasset uel manumisisset seruũ tunc teneretur ad totum pretium etiam quod non esset locupletatus, per dictum. §. si seruum. in eadem lege. & hic per Ruy.

146 Decimotertio † opponit Bart. de lege in summa. §. frumento. ff. de condictio. indebiti. ubi in obligatione reddendi soluitur estimatio, una datur solutio, quod ibi estimatio uenit per officiũ iudicis, quam reprehendit Bar. quia est contra illum tex. unde secundo soluit quod ibi non erat præcise obligatus ad reddendum sed ex quadam naturali æquitate ad dandum cõtractus est effectus locupletior. l. nam natura. ff. de condi. indebi. ideo si consumptum est frumentum & remanet locupletior in estimatione, illa petenda est, sed Ruy. in contrarium adducit. §. si seruum. in eadem lege. ubi datur cõdictio indebiti ad uerum pretium serui scienter manumissi, & quod detur ad dandum probatur in §. iis quoque. insti. quibus mod. re contrahitur obligatio. ideo soluit ꝙ contraria procedunt in obligatione dandi quæ nascitur sine conuentione ex æquitate naturali, & regula procedit quando datio uenit propter conuentionem præcedentem, sed in hoc non discrepat a Bar. qui hanc rationem adducit, & ratio etiam sua quod potest in minus obligari, procedit licet sæpissime teneatur ad uerum pretium prout etiam potuit contingere in dicto. §. in frumento. & sub hac limitatione dicit contineri casum in l. si ipsa. ff. quod met. causa. quãdo res peruenit ad tertium extorta a domino per metum, quia ille tenet in quantũ est locupletior, sed ipse extorquens seu metũ inferens tenetur præcise. lege prima. C. quod metus causa. & sic limitatur prædicta regula non procedere quando debitor tenetur dare ex alia æquitate separata a conuentione, quia in illa nõ seruatur tantus rigor quod manu militari cogatur dare nisi quando habet facultatem dandi rem, quoniam tenetur tantummodo quatenus factus est locupletior.

147 Quartodecimo † opponit Bar. quod imo in obligatione dandi succedat obligatio ad interesse iure actionis & petitionis, per l. si filio. infra de donatio. caus. mor. ubi si quis donauit alicui qui alteri dederit non competit cõdictio ad rem ipsam sed ad pretium quod ipse habuit, una datur solutio quod agitur ad seruum, sed officio iudicis consequitur estimationem, sed Bar. reprehendit, quia est contra illum text. qui dicit pretium condicet. & l. illud. §. Iulianus. eodem tit. Alia est quod ibi est obligatio ad restituendum, quod etiam reprehendit Bar. quia imo agitur ad dandum. l. penul. ff. de condictio. ob causam, ibi agit dari oportere, reprehendit etiam opinionem illorum qui uolunt quod agatur ibi actione præscriptis uerbis quę resultat ex donatione causa mortis do ut des. l. naturalis. §. primo. de præscriptis uerbis. quia in dicto. §. naturalis, agitur ad obseruantiam contractus ut detur quod nunquã fuit suum, sed in mortis causa donatione agitur ad petendum quod suum fuit, & re perempta tenetur. dicta l. penul. ff. de condi. ob causam. unde soluit Bar. quod imo etiam agitur ad rem præcise, quia alternatiue competit facultas uel petendi rem uel pretium, dicta l. illud. §. Iulianus. eod. titulo. quæ alternatiua permittitur, quia illa redditio sapit naturam dandi & restituendi, quod probat, quia tenetur utili actione in rem, unde eligitur media uia. l. qui mortis, & l. si mortis. de donatio. causa mortis, & istam conclusionem approbãt communiter * docto. reiectis dictis Imol. & Pauli de castro ut hic per Alexan. & Ias. & sub hac limitatione Bar. comprehendit etiam casum in l. uolenti. supra ꝙ met. caus. quia datur actio personalis & realis admixta, & idem dicit quando agitur contra hæredem pro re legata, ut alternatiue possit peti res uel estimatio propter mixturam, per tex. in l. sed si res. & l. cum res. §. itaque & §. fi. ff. de leg. primo. & l. mortuo. §. primo, & secundo. ff. de leg. secundo. & insti. de leg. §. non solum. & ita debet intelligi tex. in l. cum alienam. C. de leg.

148 Ruyn. tamen † in contrarium adducit l. si is cui. de dona. causa mortis. ubi agitur ad pretium serui manumissi culpa donatarii, & tamen illo casu

competit actio sola ad dandum,& non concurrit cum utili rei uendicatione, cum seruus non possit uendicari, quia libertus non reuocatur, unde dominium ipso iure non transfertur, & idē erit quando donatarius alienauit in alium transferendo dominiū qđ non reuocatur, ergo donātū non potest dari utilis rei uendicatio cōtra tertium possessorem ut uoluit Imol. & forsan melius in dicta l.illud.§.primo.contra Bar.cum cōpetat sola actio personalis sine mixtura utilis rei uendicationis,unde uidetur quod nō debeat competere actio ad estimationem nisi re perempta per l.in re furtiua.ff.de condictio. furtiua. & hoc etiam probatur in omnibus aliis casibus positis per Bar.in quibus recte inspiciendo non concurrit actio in rem.

Quare ipse dicit quod non succedit obligatio ad interesse quando tenetur ad dandum propter conuentionem, idem etiam quando debitor desiit dolo possidere,sed si non desiit dolo possidere tunc tenetur ad pretium tantum si rem ipsam non potest redimere, dicta l. si filio. sed si posset redimere,& præstare tunc est in electione actoris an uelit restitui pretium,dicta l.illud. §.primo.de donatio.causa mortis. dum dicit, ipsum seruum restituere compellitur, & ibi non fuit dolus quia alienans remaneret dominus ut hic latius per eum qui dicit illam legem si filio. cum dicta l. illud posse cōcordari cum minori impropriatione & alia iura,& comprobat per tex.in l. ij.§.fi.cum lege sequenti. ff.depositi. ubi dicitur quod alienans ignoranter rem depositam tenetur ad pretium tantum, & quatenus est locupletior nisi posit rem redimere, & facit quod notat glo.in l.cum alienam.C.de legatis.nec obstat secundum eum si dicas quod in dicta l.j.§.fi. alienans non erat in culpa cum esset ignarus,& in dicta l. si filio. erat in culpa, quia respondet quod qui desinit possidere excusatur a rei restitutione sed propter culpam tenetur ad ueram æstimationem,non autem in eo solo quo factus est locupletior quando de culpa tenetur, secus si de culpa non teneretur,ut in casu dictæ l.i.§.fi.iuncto.§.illud.eadem lege.& §.præterea.insti.quibus modis re contrahitur obligatio.nec obstat dictus §.non solum cum aliis adductis per Bart.quia illa iura non procedunt ratione assignata per eum quæ non est uera ad illa iura, sed est ut legatum potius ualeat quam pereat, ut in casu dictæ l. sed & si res.de leg.primo.& l.mortuo.§.primo. cum in illis casibus legatarius non possit petere rē propter incapacitatem, uel quando non est uerisimile quod testator uellit cogere hæredem ad emendum rem alienam legatam,ideo præsumetur legare pretium,& ubi res legata est testatoris quæ culpa hæredis uel post eius moram perit uel nō apparet debetur præcise, quia in actione personali non uenit datio,cum legatarius sit dominus & directo,sed datur ad tradēdam possessionem, secundum glo.in.§.sed nostra.insti.de legatis. & sic ad factum unde succedit obligatio ad interesse, ut hic.

149 Ex quibus † infert idem Ruy. ad quæstionem positam per Bar.in l.plane.§. quod in rem. ff. de leg. primo. utrum si legatarius rē legatam emat possit petere restitui pretium,& relatis glo.contrariis concludit quod est in electione legatarii an uelit agere ad rem uel pretium, per prædicta. & ad dictam l. si seruum. §.fi. respondet remittendo se adnotata per eum in dicta l. si filio. sed Paulus tenet ibi quod agatur ad rem legatam,dicens quod in l.si filio.competit condictio ob causam quæ nascitur extra id quod agitur, ꝙ tamen reprehendit Bar.ibi,& Areti. in dicto.§. quod si rem. sed nec Bart.bene loquitur, quia in dictis iuribus competit solo actio ex testamento & non rei uendicatio etiam utilis, ut præsupponit ipse hic,nec eius responsio conuenit dictæ. l. si seruum.§.fi.ut dictū fuit. nec iura allegata per Bar. faciunt, quia in eis nunquam legatarius factus est dominus,unde agitur sola actione ex testamento, & propterea concludit ueriorem esse opinionem quod ad rem agatur quæ sola est in obligatione & petitione, ut hic latius per eum.

150 In quibus † omnibus in effectu concludit intelligentiam Bar.traditam ad omnia iura allegata non procedere, quia non est uerum assumptum quod concurrat mixtura uel obligationis ad restituendum uel ad rei uendicationem,sed solum rationem esse,quia desinit possidere sine dolo,unde semper tenetur ad ipsam rem quando res est perempta uel dolo desiit possidere.

151 Tamen † hęc sua theorica tam longa nec etiā est sufficiens, quia quando res est perempta uel dolo desiit possidere parum interest quod possit peti ipsa res uel solum prętium si res ipsa non potest haberi uel redimi,ideo uidetur quod quomodocunque quis non habeat rem opportet ut distinguatur an res posit redimi uel non possit redimi ut dicitur in dicta l.prima. §.fi.cum lege sequenti.ff.depositi. ideo tex. in dicta l. illud. §. primo.de donationi.caus. mor. uidetur quod generaliter procedat siue sit in dolo uel culpa uel sine dolo, cum si cōueniatur ad rem & constat ꝙ illa haberi non posit necessario tenetur ad æstimationem licet aliquando posit iurari in litē.

152 Vnde † resoluendo dicas quod text. in dicta l. sed si res.& in l. mortuo boue. §.primo. non faciunt in proposito, quia ibi non potest acquiri dominium ipso iure legatario ex quo est incapax ipsius rei cuius commertium non habet. similiter tex.in l.cum alienam.C.de legatis.& in §.non solum.insti.de legatis.non facit,quia de re aliena non potest dominium acquiri legatario, sed ideo ibi tenetur ad ęstimationem quia testator uidetur eam legare ut dicunt illa iura,& non succedit obligatio ad æstimationem,sed ab initio sola ęstimatio fuit relicta.tex.uero in l. cum res.§.sic itaque.ff.de leg.primo.& l.si filio. & l.illud.de donatio.causa mortis intelliguntur ut dixit Bar.nec obstat l.si is cui,quia speciale est in libertate quæ non potest reuocari, ideo lex ex necessitate induxit quod petatur æstimatio.nō obstat quod re alienata non reuocatur dominium, quia

quia illud negatur, cum imo etiam de re aliena ta transferratur dominium in donantem. non obstat. lex prima, §. finali. ff. depositi. quia per eam declarantur prædicta iura, uel procedit quã do alienans non tenetur de culpa leui, ideo concludas cum opinione Bar.

Resolutis oppositionibus per quas una pars materiæ declaratur Bart. explicat residuum per decem principales & notabiles quæstiones, & quoniam stipulationes & obligationes efficiuntur diuiduæ. & indiuiduæ propter res diuiduas & indiuiduas corporales uel incorporales, ideo format quatuor quæstiones determinantes quomodo res ipsæ & facta diuidi possint uel nõ possint.

153 Quærit igitur † primo quomodo res corporales sint diuiduæ uel indiuiduæ, & præsupponit quod duplex est diuisio, una secundum naturam seu naturalis. Alia secundum ordinationem legis, uel legalis, & de diuisione naturali ponit regulam quod omnes res corporales sunt diuiduæ secundum naturam, quia nulla res est, quæ concedente natura secari, uel diuidi non possit. Fallit in puncto. In diuisione quoque legali facit similiter regulam affirmatiuam, quod omnes res corporales sunt diuiduæ secundum legem, quæ regula generalissima est de diuisione in partes quotitatiuas, quæ continent totam substantiam rei pro rata, & appellantur partes pro indiuiso. Similiter procedit in diuisione in partes integrales, ut in usumfructu & proprietate, toto titulo. ff. & C. de usufruct. exceptis rebus, quæ usu consumuntur. lege prima. ff. de usufruct. earum rerum. quæ usu consumuntur, & utrũque probatur. insti. de usufructu. in principio. & in §. constituitur. Similiter procedit illa regula in diuisione secatiua in partes discretas, ut patet in toto titulo. ff. & C. communi diuidundo. & familiæ hærciscundæ, Falit hæc ultima, primo ratione incommoditatis. §. quod si commode. insti. de officio iudicis. & ff. communi diuidundo. lege prima. & secunda. & lege sancimus. §. si autem. C. de donatio. Secundo fallit ratione prohibitionis legis. l. si pupillorum. ff. de reb. eorum. Tertio fallit quando testator prohibuit diuisionem, quia impeditur fieri sicut per leges, in d. l. si pupillo. arg. §. disponat. in auth. de nup. & facit quod no. in l. ea l. C. de condicti. ob causam. Quarto fallit quando per conditionem prohibetur diuisio in casibus in quibus ualet. l. hoc iudicio. §. si conuenerit. ff. communi diuid. Quinto fallit ratione præscriptionis, si per triginta annos socii steterunt in cõione, quia ius petendi diuisionem præscribitur 30. uel 40. annis sicut omne aliud ius. l. 1. §. ad hæc. C. de annali exceptio. & l. omnis. C. de præscriptio. 30. uel 40. annorũ. quæ omnia ponuntur per gloss. in l. fi. C. cõmuni diui. sed dicit Bar. quod non omnia per eam dicta sunt uera, ut ibi no. & in spetie quod ius petendi diuisionem præscribatur, ideo tenet regulam cum quatuor aliis limitationibus, quæ omnia uidentur doctor. simpliciter pertranseundo approbare.

154 Sed tamen † ut ego dixi in præmissis ipsa sunt ualde imperfecta & aliqua non uera, nam Bart. præsupponit quod diuisio quotitatiua pro indiuiso quæ proprie est intellectualis sit legalis, & non naturalis, quod falsum est, quia diuisio intellectualis a natura fuit introducta, & antequam essent leges astronomi ceperunt per intellectum diuidere cœlum per multas diuisiones, & geometræ idem fecerunt diuidendo cœlum & terram, similiter Barto. uult, quod diuisio in partes integrales permittatur secundum legem, & contrarium ipse dixit in secunda quæstione. uersic. item indiuiduum. per legem si stipulatus sim a Titio. §. primo. infra de solutio. ubi expresse dicit quod solum pars quotitatiua permittitur, & non integralis, ac etiam alios casus ponit in quibus diuisio quotitatiua prohibetur. Tertio etiã Bartol. præsupponit quod diuisio in animalibus & speciebus permittatur a natura, & in contrarium est tex. in l. non amplius. §. fi. de legatis primo. ubi ad literam dicit text. quod tales res sunt indiuiduæ naturaliter, & ponit hoc uerbum (naturaliter) & probatur, quia homo mortuus non est homo. l. si homo mortuus. sup. eod. & tamen deficit sola pars integralis animæ, & si diuidatur non sunt partes hominis sed cadaueris. quando enim species uel animal diuiditur in partes integrales uel partes simplices corrumpitur species & non potest diuidi in partes aliquas etiam quotitatiuas discretas, & ideo communiter logici & philosophi appellant indiuidua, Titium, Franciscum, & Ioannem, illũ equũ, & illam rem, unde Bar. dicit contra totam scholam logicorum & philosophorum, & apparet quod non petiit consilium a suo magistro gentili prout ipse solitus fuit facere in istis quæstionibus logicalibus, & idem etiam tenet Ruy. hic, & allegat glo. ut per eum.

155 Quare † pro resolutione repetendum est illud quod ego supra dixi in præmissis, ubi diffiniui diuisionem, & dixi quod principaliter est duplex, actualis, & intellectualis. actualis est illa quæ fit per separationem plenam, & secationem, ponendo unam partem in uno loco & aliã in alio loco. Intellectualis fit per solum intellectum non corrumpendo rem neque separando partes unam ab alia, ut si fratres habeant seruos communes, & animalia communia, & alias res hereditarias, utraque diuisio habet quatuor species, uidelicet diuisionem per numerum, & diuisionem in partes quotitatiuas, & diuisionem in partes integrales, & diuisionem in partes simplices seu in frustra. Item utraque aut permittitur a natura, aut lege, ita quod utraq; potest esse aut naturalis aut legalis, ideo de utraque uidendum est an permittatur a natura & quando permittatur a lege.

156 Prima igitur † erit regula, quod omnes res corporales actualiter diuidũtur secũdũ naturã qñ considerantur ut materia nõ habito respectu ad formã spetialẽ, ut sũt ligna, dos cõmestibilis, hõ in anotomia, & cæteræ res, q̃ destructa forma

nõ impediuntur per naturam habere diuisionẽ, item hæc diuisio naturalis de omnibus rebus potest fieri per numerum non destruendo formas non tantum si sunt diuiduæ sui natura, sed etiam si sunt indiuiduæ, eas simul commiscendo, & hac ratione omnes res ut materia consideratæ etiam possunt diuidi in partes integrales destructa forma, ut homo in cadauer & animam, & etiam in partes quantitatiuas, diuidendo unum bouem in tres uel quatuor partes, & sic est regula quod omnes res per naturam secando eas possunt diuidi quacunque diuisionis specie non respiciendo destructionem formæ, & per numerum diuiduntur etiam retenta forma. Fallit in puncto, qui est indiuisibilis secundum logicos legistas & geometras. Sinautem considerantur ut res formatæ, & tunc regulariter non possunt diuidi secundũ naturam, quia secando & separando partes corrũpitur forma, & desinit esse illa res. dicta l. nõ amplius. §. final. dum dicitur quod naturaliter res sunt indiuiduæ, & idem est in sede, cathedra, naui, & cæteris corporibus innominatis, quæ etiam habent suam formam. l. rerum mixtura. ff. de usucapio. & idem procedit in diuisione in partes integrales, cum & ipsa auferat formam separatã ab alia, & facit desinere esse eandem rem, fallit in fundis & ædibus & rebus quæ possunt afferre utilitatem in parte respectu partis sicut in toto respectu totius. quia plærunque magis ut materia quam ut forma considerantur, sed si ut formam consideraremus idem esset quod in alia: argumento. §. quod si commode. institu. de officio iudicis.

157 Secunda est regula † quod omnes res corporales per legem possunt diuidi per omnes diuisiones eodem modo quo per naturam quando considerantur ut materia, & non attenditur corruptio formæ, ut patet in toto titulo. C. communi diuidundo. & familiæ hærciscũdæ. & idem est in domo fundo & aliis rebus quæ afferunt utilitatem in parte sicut in toto, quæ fortius per legem diuisionem recipiunt. Fallit in puncto, & hæc diuisio per legem absque dubio permittitur per numerum. l. in stipulationibus. §. operarum. supra eodem, & l. libertus qui. in fi. supra de operis libertorum. cum non fiat destructio formæ. Idem potest fieri in partes integrales separando eas plene, & non curando de corruptione formæ, ut in toto titulo. ff. de usufructu. exceptis iis quæ usu consumuntur. Item potest fieri in partes quotitatiuas. toto tit. ff. fam. hærc. & communi diui.

158 Fallit † quando res cõsiderantur in sua forma, ut homo, equus, & cathedra, quia a lege non permittuntur diuidi per secationem & separationẽ partium, sicut nec a natura, cum talis secatio res ipsas corrumpat, ut nemini prodesse possint saltem pro rata, leges autem noluerunt permittere diuisionem damnosam, cum respiciant bonum publicum. l. 2. in fi. ff. de iis qui sunt sui uel uel alieni iuris. & probatur in d. l. non amplius. §. fi. cum lege sequenti. ff. de leg. 2. & d. §. quod si commode. insti. de officio iudicis, quæ limitatio procedit etiam quod non corrumpatur in totũ forma, sed solum corrumpatur utilitas respectu usus & pro rata, ut in fundo & domo quæ nõ recipit diuisionem utilem pro rata. dicto. §. quod si commode. & l. 1. & 2. C. communi diui.

159 Secundo fallit † quando lex prohibet diuisionem. d. l. si pupillorum. ff. de reb. eorum. quæ differt a præcedenti, quoniam potest procedere et quod partes diuisæ afferent utilitatem pro rata, quod tamen intellige durante tempore prohibitionis, uel non interuenientibus requisitis a lege destinatis, ut decretis, & solẽnitatibus aliis, quoniam tunc postea reuertitur potestas diuisionis ad naturam ipsarum rerum.

Tertio fallit in prohibitione testatoris. arg. §. disponat. in auth. de nup. iunctis no. in l. filius familias. §. Diui. ff. de leg. 1. in qua tamen dubitauit Ruy. hic an perpetuo lex possit prohibere diuisionem, & concludit regulariter quod non per d. l. hoc iudicio. §. si conuenerit. ff. communi diui. sed si ex iusta causa prohiberet, ut feudum nõ diuidi, tunc ualeret prohibitio perpetua sicut naualet prohibitio testatoris perpetua, ut no. in d. §. Diui. & hoc placet, & est de mente etiam Bar. & aliorum, opportet tamen quod sit urgens ratio mouens legem ad faciendũ prohibitionem perpetuam diuisionis, ut in feudis & aliis similibus.

Quarto fallit quando per conuentionem prohibetur, ut quia conueniant partes quod res cõmunes non diuidantur, quod tamen intellige ad tempus, ut ibi dicitur, nam perpetua communio est ualde damnosa nisi forsan etiam conueniretur ut semper transiret ad unũ tm̃, prout contingit in feudis quæ transeunt ad primũ genitũ, & tunc etiã posset per conuentionem prohiberi diuisio perpetuo, cum cessent damna quę solet afferre communio. l. cum pater. §. dulcissimis. ff. de lega. 3. & l. si non sortem. §. si centũ. de cõdi. indeb.

Quinto limitatur qñ per præscriptionem sublatũ fuit ius petendi diuisionem, secundũ glo. sup. allegatã. sed tamen eã reprehendit Bar. & cõmuniter doct. tamẽ posset saluari in illis casibus statim positis in quibus per conuentionem põt prohiberi diuisio perpetua. Alię etiam limitationes possent addi, uel per statuta uel per consuetudines, uel alias causas in practica occurrentes, quas per te cognoscere poteris, & sic habes quod res corporales æqualiter regulariter sũt diuiduę per naturã & legem, & non debet fieri distinctio inter legalem & naturalem, prout faciebat Bar.

In intellectuali quoq; diuisione præfatæ duæ regulæ sunt considerandæ, quando permittatur diuisio per naturam, uel legem. Prima est regula

160 † quod diuisio intellectualis permittitur secundũ naturam in omnibus rebus corporalibus, cũ nihil impediat quod homo per discursum intellectus non possit diuidere omnes res, non separãdo actualiter partes siue per diuisionem numeralem, siue per diuisionem quotitatiuam, siue per diuisionem in partes integrales, uel etiam in partes simplices, & hæc inuenta fuit iure naturali, quoniam statim quod homines fuere in mũdo cepe-

ceperunt ipsi intellectualiter diuidere cœlum & terram & omnes res creatas,& hæc diuisio ita generalissima permittitur,quia nō corrumpit formam alicuius rei non inducendo separationem partium.Fallit tamen in puncto, qui per intellectum etiam indiuisibilis est.

161 Secunda† est regula,quod omnes res corporales secundum legem possunt diuidi intellectualiter,& sic sicut a natura permittitur hæc diuisio in omnibus rebus ita & per legem permittitur quoniam non affert damnum non separādo partes neque corrumpendo formam, ut patet in seruis, & animalibus,& cæteris rebus communibus inter fratres, hæredes,& socios,& est similiter regula generalissima ut precedens.fallit in pūcto.

162 Secundo † fallit quando res ipse deducuntur in dispositionem ad aliquem finem uel effectum utilem,nam tunc si eueniret quod prædicta diuisio deduceretur in conuentionm ad aliquem finē seu aliquem effectum utilem partibus, tunc non ita passim per legem permittitur hæc diuisio intellectualis, tamen adhuc regula constituitur ꝙ diuisio intellectualis in omnibus rebus corporalibus permittitur per legem quę facit partes pro indiuiso.l.Menio.§.duorum.ubi Bar.ff. de leg.2.

163 Fallit† tamen primo in principalibus a quib. res promissæ sunt solui,nam tunc lex non permittit ut fiat solutio diuidendo, sed opportet quod integra res soluatur repugnante creditore.l. tutor.§.Lutius.ff.de usur.&l.quidam æstimauerunt & ibi no.ff.si certum peta.& hoc modo intelligitur.lex si stipulatus. §.primo.infra de solutionibus.ubi hoc Barto.ponit, & facit lex quarta . in fine.§.Cato.supra eodem.Secundo fallit quando promittitur res penitus diuidua, tamen est apposita pœna,quia tunc propter conditionem interuenientem in stipulatione pœnali omnis res promissa efficitur indiuidua saltem quantum ad solutionem.l.quinta.§.fina.supra eodem. & lege hæredes.§.idem iuris. supra familiæ hærciscundæ.& l.in exequtione.§.si fundus. infra eodem. Tertio fallit in diuisione in partes integrales, quæ non permittitur, nam licet diuisio intellectualis in partes quotitatiuas permittatur, quia continent totam substantiam rei pro rata. dicto §.duobus.tamen in partes integrales non pmittitur secundum Bar.infra in secunda quæstione, ubi hæc omnia ponit per tex.in leg. si stipulatus fuero si Titius.§.primo.infra de solutionibus.ubi debitor fundi non liberatur soluendo usumfructum tantum uel proprietatem tantum, & parte soluta,licet liberetur soluendo tertiam uel dimidiam,qui tex.est mirabilis &menti tenendus, cum ei obstent toti tituli.ff.& C. de usufructu. & l.qui usumfructum. supra eodem. sed illi tituli procedunt ab initio ut partes integrales possint deduci in stipulationem, sed postquam res est promissa integra non potest postea solui pars integralis per illum textum. Quarto fallit quando facta diuisione fieret solutio in diuersis rebus, quia tunc res corporales efficiuntur indiuiduæ. lege in exequtione. §. pro parte.infra eodem.& in stipulatione generis, uel alternatiua. lege secunda. §.& harum. supra eodem. quas tamen limitationes intellige quod per intellectum diuidi non possunt res corporales in dictis casibus quantum ad effectum solutionis & etiā obligationis aliquādo ut obligatio sit indiuidua ad dādum ipsas res,tamen nihil impedit quod per se diuidi non posit per intellectum,& quod nō permittatur per legem, ut homines per discursum intellectus eas diuidant ad alium finem, & ita restringendæ sunt dictæ limitationes.

164 Quæ regula† cum dictis limitationibus est bene notanda & in capite ponenda, quia sola diuisio intellectualis pertinet ad materiam nostrā, cum actualis diuisio non posit conuenire dispositionibus hominum & legis, cum si testator instituat plures hæredes in sua hereditate uel lege nunquam diuidit eas actualiter, cum neque forsan uideat, sed solum diuidit per intellectum relinquendo partes. dicta lege non amplius.neque etiam contrahentes quando promittunt res pluribus diuidunt eas actualiter sed solum per intellectum considerant diuisionem earum.

Ideo in præmissis feci tibi duas conclusiones generales,una quod diuisio actualis quæ fit secādo cum cultello & separando partes non pertinet ad materiam nostram,ideo non est opus amplius perquirere dictas duas regulas quas supra tradidi de diuisione actuali permissa a lege uel ab homine, nam tradidi ad pleniorem cognitionem,& tollendas æquiuocationes.

Secunda est conclusio, quod diuisio intellectualis pertinet ad materiam nostram, ideo in ea fac regulam cum fallentiis supra positis, & regula de diuisione intellectuali est generalis etiā ad hominem uel equum& omnes alias res habentes propriam formam,ut dictum fuit Ex qua ultima regula colligitur cognitio quomodo&quādo stipulationes rerum corporalium sint diuiduæ uel indiuiduæ.

165 Nam alia† constituitur regula,quod stipulationes omnium rerum corporalium sunt diuiduæ omni respectu, quia omnes res corporales sunt diuiduæ per intellectum permittente natura, & lege, & cum stipulationes tantummodo sint diuiduæ uel indiuiduæ propter res in eis deductas ut dicitur in tex.nostro, sequitur quod omnes stipulationes continentes res corporales erunt diuiduæ per accidens,tamen dictæ stipulationes efficiuntur indiuiduæ in illis quatuor casibus positis in limitationibus, & etiam repetemus in secunda quæstione, quæ bene nota pro uno cardine in hac materia, & uides quomodo docto. in ea uacillauerunt. Subiicit postea Bar. aliqua extra materiam, quasi deficerent sibi dicenda quæ pertinerent ad materiam, tamen ut nihil ommittam breuiter tangam.

166 Quæris† igitur ipse quomodo fiat diuisio rerū corporalium,& dicit quod quædam sunt res nō habentes fines a natura, ut sunt agri & fundi, & tunc sola destinatione patris familias fit diuisio,si uero habēt fines certos ab homine datos ut

domus,& tunc pariete interiecta fit diuisio, lege si quis duas. §. si quis partem. digestis communia prædiorum. si uero habet fines certos a natura, & tunc fit diuisio per secationem cum cultello. l. ligni. ff. de legatis tertio. facit lex rerum mixtura. infra de usucapio. & pertranseunt alii. sed tu dicas quod ista non procedunt priuatiue ut aliis modis diuisio fieri non possit, cum si fiat uno modo nihil impedit quod possit diuisio fieri alio modo, solum procedunt quantum ad illum modum, nam agri & fundi possunt diuidi sola destinatione, sicut etiam geometræ diuiserunt terram in tres partes Asiam. Aphricam. & Europam. sed tamen non tollitur quin possit fieri alia diuisio faciendo secationem, & apponendo terminos uel lapidem uel sepem, & faciendo fossata, & idem potest dici de domo, ut quamuis possit diuidi cum pariete interiecto, tamen etiam sine pariete nihil impedit quod non possit fieri diuisio, apponendo solam lineam cũ carbone, uel faciendo fossam, uel simplex signũ in parietibus ponendo, quoniam a uoluntate partium talis diuisio dependet, & sine pariete poterit esse translatum dominium plenum in ipsos fratres diuidentes domum. lege arbor. digestis communi diuidun. & per totum titulum. & lege si finita. §. ex hoc ædicto. digestis de damno infecto. Rursus lignum longum potest cum signo carbonis diuidi, ut una pars sit unius, & alia sit alterius, si forsan uolunt aliquid appendere, uel etiam uolunt apponere in ecclesia uel alio loco ut ipsi soli domini infra suum terminum sedere possint.

167 Item † quærit an una res possit possideri pro indiuiso, ut sit una & remaneat unica res, & concludit quod sic in agris. lege Gaius. §. primo. de pignori. & in domo in lege si finita. §. in hoc ædicto. digest. de damno infecto. & in aliis rebus facilius possunt possideri pro diuiso, cum non sufficiat sola uoluntas ad diuidendum, ideo poterit res integre possideri pro diuiso, lege arbor. supra communi diuid. & lege pro regione. ff. de acquirend. rerum dominio. quod est utile in acquirendo possessionem. lege possideri. ff. de acquirend. possessio & in renuntiatione legati. lege. 4. ff. de lega. secundo. ut hic per eum & sequuntur communiter* docto. Sed Ruy. dicit conclusionem Bar. procedere quando dominium nõ fuit diuisum, sed si dominium esset translatum in dominos pro sua parte, ipse putat quod non remaneat una res etiam facta protestatione, quia protestatio talis est contraria facto quę non releuat. l. alimenta. C. de neg. gest. & l. cum in plures. §. locator horrei. ff. locati. & cap. sollicitudinem. de appellationibus, quod ego non puto uerum, nam nihil impedit quod si inter nos agamus quod lapis uel arbor confinans sit pro sua rata cuiuslibet domini etiam quantum ad dominium, quod erit diuisum dominium, & tamen lapis erit unicus & una arbor, ut patet ad sensum, licet nõ præsumatur, per dictam. l. arbor. in fi. ff. communi diuidundo. nam etiam erit idem in domo & fundo & ligno posito ut transferratur pro parte diuisa dominium si cõstat clare de intentione partium. nec obstat quod protestatio sit cõtraria facto, quia negatur, nec natura repugnat, neq; legis dispositio, & usus obseruat ut per sola signa in domo & fundo transferatur dominium, bene uerũ est quod ex possessione facta pro diuiso præsumitur quod res in totum sit diuisa, ut per glo. in l. pe. C. commu. diui. si per 10. annos domini possederunt pro diuiso, quam ibi approbant docto. & in l. qui in aliena. in prin. ff. de acq. hæred. cum concor, si mutuam patientiam prestiterunt, & licet de titulo non appareret, tamen propter factum continuum possidendi diuisim cum dominii translatione præsumitur titulus sine quo nõ potuisset fieri dominii translatio, licet Ruy. dubitet. non facta autẽ translatione dominii fortior coniectura requireretur ad præsumendũ titulum, tamen unica semper poterit remanere.

168 Secundo † quærit Bar. hic quomodo res incorporales sint diuiduæ uel indiuiduæ, & primo dicit quod res incorporales non recipiunt actualem diuisionem quæ fit per scissionem cũ cultello separando partes, quoniam non possunt uideri neque tangi. §. incorporales. insti. de reb. corporalibus & incorporalibus. & quod non potest tangi non potest actualiter secari per nullum instrumentum. l. eius qui in prouincia. ff. si cer. pe. & l. nam & si sub conditione. §. post defectum. ff. de iniust. rup. & irri. testamento. & l. decem. infra eodem. & sequuntur omnes. Secundo dicit quod res incorporales recipiunt diuisionem legalem, & clarius explicat in quarta quæstione, perseuerando in opinione quod intellectualis diuisio tãtummodo permittatur per legem & non per naturam, quod tamen supra reprobatum fuit, quia ab initio mundi homines ceperunt per intellectum omnes res diuidere. unde tu dicas, quod res incorporales intellectualiter possunt diuidi tam permittente natura quam lege, quæ tamen sola in eisdem rebus conuenire potest, quia cum in intellectu considerantur possunt etiam per intellectum diuidi permittente natura & lege, sed tamen postea non tradit theoricam necessariam quando dictæ res incorporales sint uel non sint diuiduæ, & quomodo hoc possit cognosci, ipse tamen sentit satis confuse aliquem modum quẽ explicat in quarta quæstio.

169 Sed tu dicas † quod omnes res incorporales sunt diuiduæ quãdo facta diuisione per intellectum partes possunt afferre utilitatem tantam in parte respectu partis quantam in toto respectu totius. indiuiduæ uero sunt quando facta diuisione per intellectũ partes non afferunt utilitatẽ sicut totum respectu totius. hæc nanq; regula est bassis & solidissimum fundamẽtum in tota hac materia ad cognoscendum an res sint diuiduæ uel indiuiduæ tam secundũ naturã quam legem, quoniam neque lex neque natura permittit diuisiones damnosas fieri, & ideo plæreque seruitutes sunt indiuiduæ, quia si quis promitteret mihi tertiam partem seruitutis per transuersum,

sum, mihi non satisfaceret, cum non possim per reliquam partem in qua non haberem seruitutem transire & peruenire ad fundum meum, & idem eueniret si mediam seruitutem per longũ mihi concederet, nam tunc non possem pro parte ire personæ meæ relinquendo mediam personam domi, & aliam medietatem faciendo ire, & sic inutilis efficeretur seruitus pro parte, etiam quod partes ipsæ constituerentur in intellectu, quando promissio facta fuisset per stipulationẽ, uel quando testator in testamento relinqueret, & propterea indistincte seruitutes reputantur in diuiduæ, & tota omnino præstari debet.

170 Solus autem ususfructus † est indiuiduus quamuis sit incorporalis, & licet per naturam cum cultello scindi non possit tamen per intellectum diuidi potest permittente natura & lege, l. prima. §. si usufructus. digestis ad legem falcidiã & lege quinta. §. reo, supra de usufructu. quia pro parte affert utilitatem sicut in toto. cum si totus usufructus fundi tribuat redditus centum corbium uini & centum salmarũ frumenti, si quis habet medietatem usufructus poterit habere utilitatem æqualem percipiendo quinquaginta salmas frumenti, & quinquaginta corbes uini, & facta hac diuisione per intellectum stipulatio in qua permittitur medietas usufructus ualebit & tenebit, & si moriantur principales pluribus hæredibus relictis poterunt hæredes usum fructum promissum inter se diuidere, & quamuis inter seruitutes solus usufructus sit diuiduus, tamen ad eius exemplu m aliæ res incorporales diuidi poterunt, & remanebit semper regula firma, quod res incorporales sunt diuiduæ si afferunt utilitatem in parte sicut in toto, & e contrario sunt indiuiduæ si non afferunt utilitatem illam.

171 Et ideo res † incorporales differunt respectu diuisionis a corporalibus, in duobus, primo quia res corporales recipiunt actualem diuisionem ut cum cultello secari possint separando partes, & res incorporales non possunt actualiter diuidi, cum non possint secari cum aliquo instrumento. Item res corporales indistincte sunt diuiduæ per intellectum, ut homo etiam uiuus possit esse diuisus intellectualiter inter plures fratres uel hæredes. lege Mæuio. §. duobus. cum materia. digestis de legatis secundo. res uero incorporales non recipiunt hanc diuisionem intellectualem, loquor quando deducuntur in dispositionem, ut in stipulationem, uel legatum, nisi quando partes afferunt utilitatem in parte sicut totum in toto respectu totius, quæ bene nota pro generali cognitione totius materiæ.

172 Ex quo sequitur † quod stipulationes rerum incorporalium erunt diuiduæ quando partes ipsarum rerum poterunt afferre utilitatem sicut totum respectu totius, sed si non afferunt talem utilitatem dicuntur indiuiduæ, cum nec per intellectum diuidi posse censentur propter intentionem naturæ & legis prætendentis ea fieri quæ utilia sunt hominibus.

173 Diuisio † tamen per numerum facilius in rebus incorporalibus admitti poterit, ut in lege in stipulationibus. §. operarum. supra eodem. quoniam tunc plærunque poterunt partes afferre utilitatem sicut totum respectu totius, & ita procedit iste tex. in prima parte quæ hanc conclusionem probat.

174 Tertio † subdit Bartol. quærendo an obligationes & actiones sint diuiduæ, & respondet, quod sunt diuiduæ quando res promissæ sunt diuiduæ, & indiuiduæ quando res ipsæ sunt indiuiduæ, sicut dictum fuit de stipulationibus, quod tamen intelligit quantum ad intellectum qui actualem diuisionem ullam possunt recipere cum sint incorporales ut dictum fuit, unde sequitur quod cum stipulationes sint diuiduæ quando res diuiduæ in eis deducuntur, eodem modo quoque obligationes, & actiones ex eis nascentes erunt diuiduæ. dicta lege quinta. supra de usufructu, & si promittuntur res indiuiduæ obligationes & actiones erunt indiuiduæ, sicut stipulationes a quibus descendunt. leg. secunda. §. ex iis. supra eodem, & ibi no. & hac ratione etiã solutio poterit fieri pro parte, & continget liberatio pro parte, dicta l. 2. §. primo. & lege si stipulatus. §. primo. infra de solutionibus. & l. in exequtione. inp. eo.

Subdit etiam Barto. quod istę actiones & obligationes quando sunt diuiduæ propter res efficiuntur indiuiduæ aliquando solutione, primo propter pœnæ appositionem etiam quod debeatur pecunia, l. 5. §. si. supra eodem. uel debeatur certa speties. l. in exequtione. §. si fundus. infra eodem, & ratio assignatur, quia ipsa conditio quæ est indiuidua coniungit rem promissam. lege cui fundus. ubi nota. ff. de conditionibus. & demonstrationibus. & l. hæredes. §. idem iuris. ff. familiæ hærciscundæ, cum materia. & procedit etiam si deficiat minima pars, ut hic per Bar. & Bald. in l. cum uir. C. de fideicommiss. & & per Ruy.

Secundo obligationes & actiones efficiuntur indiuiduæ solutione, si quis uellet soluere partẽ integram ut usumfructum uel proprietatem tantum. per l. si stipulatus fuero si Titius. §. primo. infra de solutionibus. licet pro parte quantitatiua soluendo liberetur. dict. l. stipulatus prima. §. primo eodem tit. & l. & iusiurandum. §. illud. infra de acceptilationibus. & ratio est, quia pars integralis non continet totam substantiam rei pra rata sicut facit pars quantitatiua. l. non amplius. §. si. ff. de leg. primo. ideo non potest afferre utilitatem plenam in parte respectu partis sicut in toto respectu totius, ex quo sequitur quod qnando dicitur stipulationes & obligationes esse indiuiduas, intelligitur de parte quotitatiua quæ continet totam substantiam rei pro rata, non de parte in frustra nec de parte integrali. idem est in diuisione per numerum. l. in stipulationibus. §. operarum. sup. eo.

Tertio actiones & obligationes efficiunt indi

uiduę solutione, qñ contingeret ꝙ solutio fieret in diuersis rebus, ut in obligatione generis & alternatiue, l. 2. §. 1. supra eodem. & l. in executione. §. pro parte. infr. eodem, & sequũtur omnes, Aduerte tamen ꝙ oportet ut sit talis obligatio in qua liberatio fit per solutionem actualem, secus si fieret per solutionem intellectualem, ut per sententiam uel acceptilationem, d. l. 2. §. si tamen hominem, supra eod. & l. qui hominem, infra de solutionibus. itẽ secus esset si non fieret solutio actualis sed auuocatio, ut una pars tantum auuocaretur, quia non inconuenit ꝙ una pars rei auuocetur & non alia, ut in exemplis positis in §. Cato. & dicam in sequenti. quæst.

Quarto efficitur obligatio & actio indiuidua ultima Bar. in principali, nam oẽs stipulationes & obligationes sunt indiuiduæ in uno stipulatore & promissore, cũ qui ꝓmittit pecuniã unica sola obligatione obligetur, & non liberatur postea præstando partẽ ab alia parte inuito creditore. l. tutor. §. Lutius. ff. de usur. & no. in l. quidam æstimauerunt. ff. si cert. petatur. quod procedit etiam in spetie promissa, & pro parte soluta, licet tex. in dicta lege si stipulatus. §. qui decem. de solu. uideatur inferre contrarium. sed responde quod procedit in pluribus hæredibus unius principalis, & in principali quando creditor acceptauit partem præstitam nõ facta protestatione, ut per Bar. ibidem, & Paulũm de castro. Quæ omnes limitationes sicut hic per Bar. de actionibus & obligationibus, traditæ quoque fuere per me supra in prima quæstione in stipulationibus. nam ratio eadem est, & possent dari ad totam materiã unica uice, tamen quia separantur per docto. ad maiorem intelligentiam fuit necessarium sepius replicare, & eadem ratione possunt trahi ad stipulationes rerum incorporabilium, nã si res sunt diuiduę, ut ususfructus, stipulationes, obligationes, & actiones, & solutiones erunt diuiduæ, cum solutione tamen ipse efficiuntur indiuiduæ solutione in principalibus, & quando pœna fuit adiecta, & quando fieret solutio de parte integrali tãtum, & quando contingeret solutio in diuersis rebus, & sic hæc distinctio Bar. licet uideatur spetialis quantum ad uerba, tamen est generalis quãtum ad effectum in tota materia.

176 Tertio † quærit Bar. quando & quomodo facta dicuntur diuidua uel indiuidua, & eorum stipulationes, obligationes, & actiones. Et primo dicit quod factum cõsideratur duobus modis, uno modo pro ipsa re ressultante ex ipsa operatione, alio modo pro ipsa operatione donec sunt in fieri. primo modo distinctio est facta in materia nostra, quoniam dicuntur esse res factæ, unde ueniunt appellatione rerum, & dicuntur diuiduę uel indiuiduæ sicut res ipsæ, & recurrendum est ad theoricam supra positam tam in rebus corporalibus quam incorporalibus. Secundo modo facta pertinent ad materiam prout sunt in fieri, id est ipsa operatio, & ideo sunt semper incorporalia, quia licet uideatur homo operans, labor tamen & ipsa operatio non uidetur, & sicut homo legens uidetur, sed ipsa operatio & lectio non uidetur, & uerbum non uidetur, ut plene dixi in tracta. de differentia & multiplici significatione iuris & facti, item hæc facta semper sunt incerta, & nunquam quando promittuntur & debentur sũt in rerum natura, cum compleantur per formam quam ex ultima consumatione consequuntur. l. si is qui quadringenta. §. quędam. ff. ad l. falcidiam. & demonstratur in operis. nam opera est diurnũ officium tamen non ipsa res operata. l. i. infra de oper. libertorum. & antequam præstentur nunquam sunt natæ l. interdum. Secundo responso. supra eodem, & si non præstantur tempore debito amplius præstari non possunt quia diuersificatur illa operatio. l. si quando. ff. de oper. libertorum. & l. si non sortem. §. libertus. ff. de condictio. indebiti. & licet Barto. hic uideatur sentire quod res corporales factæ sint res, ut domus uel nauis, incorporales uero sunt facta, dicas quod etiam res incorporales deductæ in esse sunt res factæ ut seruitutes, contractus, & uerbum, nos autem loquimur de ipsa sola opetatione quæ est in fieri, & ille labor, quamuis ad aliud propositum dicantur facta ad differentiam iuris, ut dixi in dicto tractatu, hic ergo agimus de ipsa operatione prout est in fieri, & Bar. etiam sensit de ista operatione quando loquiẽ de ipsis factis promissis.

In istis autem factis an dicantur diuidua uel indiuidua, & per consequens etiã actiones & obligationes & stipulationes, Petrus dabat illã regulam quæ est basis in tota materia, quod quando afferunt utilitatem in parte respectu partis sicut in toto respectu totius tunc dicuntur facta diuidua, stipulationes diuiduæ, & actiones, & obligationes ex eis descendẽtes, ut in stipulatione amplius non agi, & rem ratam haberi, de quibus in §. Cato. si uero non afferant utilitatem in parte sicut in toto respectu totius, & tunc facta sunt indiuidua, & stipulationes & actiones & obligationes earum, ut in hac lege. sed dicit Bart. licet hæc uerba sint multum exquisita tamen non sunt perfecta, nam exempla duo (fossam fodi) & Insulã fabricari, conueniũt ut dicantur indiuidua, quia non possunt pro parte stipulari domum fieri, uel fossam, cum istæ partes non afferant utilitatẽ ut in toto, quoniam media fossa non sufficit, & ut purgetur ager totus si non habet exitum, & nec integra purgatio in tota domo cum sola camera & coquina poterit purgari forsan, neque etiam ille purgabuntur si non habebit exitum, & familia in domo habitare aliquãdo non poterit pro parte quotitatiua, quia nõ poterit esse media domus per unam camerã uel coquinam quæ possit afferre utilitatẽ sicut integra domus, ꝙ etiam procedit in parte integrali, cũ non sufficiat paries solus ad habitandũ, neq; in parte simplici, cũ camera sola sufficiat ad habitandũ familiam pro parte, sicut tota respectu totius faceret. ideo in eis regula Petri bene procedit. † Sed in exẽplo 177
de stipulatione (rẽ tradi) nõ procedit, cũ tantum prosit si datur medius fundus respectu partis sicut totus in toto, & si tradiẽ media domus pro in

diuiso

diuiso, ut sit perfecta sicut tota. l. Meuius. §. duorũ ff. de leg. ii. & in duobus fratribus quotidie uidetur, unde ipse subdit, ꝙ in stipulatione (rẽ tradi) illa ratio nõ cõcludit, sed cõcludit alia ꝙ fieret solutio in diuersis rebus in parte rei & in parte interesse ꝙ abominat̃ lex. d. l. in exequtione. §. pro parte. facit ut stipulatio rẽ tradi & alia facta efficiantur indiuidua obligatione & solutione, & cũ sint duæ causæ quæ faciunt facta indiuidua, scilicet qñ non afferũt utilitatẽ in parte, & alia qñ cõtingit inconueniens, sequit̃ quod ex istis duabus regulis alternatiue positis cognoscũtur facta indiuidua, & sufficit quod una uerificetur l. si hæredi plures. de cõditio. & demonstratio. & cũ duo debeant deesse ad hoc ut facta efficiant̃ diuidua, ideo dicit ꝙ regula copulatiue debet tradi ut cognoscantur facta diuidua ut hic per eum.

178 Qui in effectu† uult, ꝙ solũ inconuenies. §. pro parte faciat facta indiuidua obligatione & solutione, sed Alex. & Ias. & Ruy. reprehendunt, quia illud incõueniẽs nõ est sufficiens ad faciendũ obligationẽ factorũ indiuiduã, solũ autẽ facit solutionẽ indiuiduã, d. l. in exequtione. §. pro parte. sed sequentes Bart. defendũt dicentes, ꝙ in factis hoc incõueniẽs facit obligationem indiuiduam sed nõ in promissionibus dandi, quoniã in factis statim post morã succedit obligatio ad interesse ut hic in tex. & si esset obligatio diuisa eueniret quod si unus non fuisset in mora quia forsan fuisset infirmus esset obligatus ad factum pro parte, & si alius fuisset in mora esset obligatus ad interesse, & ita una obligatio daretur ad diuersas res, & sicut hoc inconueniens facit solutionẽ indiuiduam ita interueniens in obligatione debet facere obligationem indiuiduam, & non obstat dictus. §. pro parte, quia loquitur in obligatione dandi in qua nõ succedit obligatio ad interesse. l. si seruum. §. fin. infra eodem. & supra plene dictum fuit, & ita communiter * doctor. tenent ꝙ propter illud inconueniens facta efficiuntur indiuidua obligatione & solutione, sed mihi magis placet opinio contra Bartol. quod imo illud inconueniens non faciat obligationem factorum indiuiduam, quia nullus tex. hoc dicit, nec potest dictus. §. pro parte extẽdi ab obligationem, quia militat diuersa ratio, cum illa diuersitas in obligatione non sit stabilis, quoniam si alter qui tenetur ad factum inciperet esse in mora statim obligatio efficeretur uniformis, & aucto pretio teneretur ad interesse, item non est præiudicialis, cum licet conueniatur pro parte ad factum tamen non poterit liberari nisi soluat totum, per dictum. §. pro parte. dicta l. si is qui. §. quædam, ergo non præiudicabitur, quia si uolet liberari cogetur facere totum, & si solutio fieret pro parte esset stabilis uariatio, & plene præiudicialis ideo cum sit diuersa ratio non poterit fieri extẽsio, & remanebit quod illud inconueniens solum facit indiuiduam solutionem.

179 Quare † ad cognoscendum an facta sint diuidua uel indiuidua, danda est alia theorica, non autem considerandum est quod hæc facta exercẽtur aliquando ad rem nouam deducendam in esse principaliter consideratam, ut fossam fodere, insulam fabricare, & nauem construere. Aliquando exercentur circa rem deductam in esse, ut rẽ tradere, rem restituere, amplius non agere, rem ratam habere de negotio, hominem non offendere, non impedire uel defendere, primo casu facta sunt semper indiuidua, quia sunt incerta, & non sunt in rerum natura, nec possunt certificari, ex eo quod non sunt in rerum natura, unde remanent indiuidua & incorporalia, ideo nõ diuiduntur, quia quod non est diuidi non potest. l. nam & si. §. post deffectum. de iniusto rupto & irrito testamento. & argumento legis decem. infra eodem. & l. eius qui in prouincia. ff. si cer. pet & hæc regula nunquam fallit.

Secundo casu tunc procedit regula Petri, quia facta efficiuntur diuidua, uel indiuidua secundũ naturam rerum de quibus fiunt, sicut diximus de stipulatione, actione, & obligatione, & est ratio, quia ipsę res sunt principaliter in consideratione, & facta efficiuntur accessoria ad res ipsas, quemadmodum uidemus contingere in datione quæ sui natura facti est. l. in facto. de conditio. & demonstratio. & tamẽ assumit nouam naturam, ut differentia sit inter obligationem dandi, & faciendi. l. 2. supra eodem. ideo de dictis factis datur illa regula Petri sicut de rebus corporalibus, & incorporalibus diximus, ideo si res tradenda uel restituenda erit diuidua ipsum factũ tradendi uel restituendi est diuiduum, si uero res de qua est factum non præstat utilitatem in parte sicut in toto, ut defendere hominem, uel non offendere, qui pro parte non potest defendi, nec offendi, factum erit indiuiduum, & quando factum erit indiuiduum erit indiuiduum omni respectu, contractu, obligatione, & solutione, quia non potest pars facti deduci in stipulationem, ut supra dixi, nec obstat dicta l. 2. §. præterea. ff. de aqua pluuia arcenda. quia ibi factum limitatum non est pars facti. sed unicum factum, sicut fundus. l. si quis duos. §. si partem, supra com munia prædiorum, & dixi supra in 6. oppositione Barto. ubi plene uideas. Item quando sunt diuidua sunt plene diuidua contractu obligatione & solutione, ut in exemplis positis in §. Cato.

180 Quare † sequitur quod obligatio rem tradi potest esse diuidua omni respectu, & indiuidua omni respectu, & partim indiuidua, sicut res ipsæ. nam si quis stipulatur tradi pecuniam erit diuidua omni respectu, quia pecunia diuidua est, & non potest contingere inconueniens propter obligationem ad interesse, cum fiat semper solutio in pecunia, ut hic per Barto. Similiter potest esse indiuidua si promittatur tradi res omnino indiuidua. arg. l. 2. §. ex iis. supra eodem. Si uero promittatur tradi res corporalis, in dubio erit diuidua omni respectu, quia & res eodẽ modo sunt diuiduæ. sed poterit per accidens effici indiuidua si contingat fieri solutio in diuersis rebus, ut in parte tradendo rem, & pro parte ab alio soluatur æstimatio, & tunc efficie-

tur indiuidua solutione tantum, ut supra diximus per dictam. l. in executione. §. pro parte. infra eodem. Similiter stipulatio seu obligatio, rē restitui, potest esse omnino diuidua si pecunia uenit restituenda. l. si duo, in princip. supra depositi. si uero est restituenda res indiuidua erit omnino indiuidua contractu & obligatione. si uero erit restituenda res communis corporalis similiter: erit diuidua omni respectu sicut res ipsa, tamen poterit effici indiuidua saltem solutione quatuor modis per accidens. Primo si contingeret solutio in diuersis rebus per dictum. §. pro parte. Secundo si unus habeat facultatem restituendi totam rem, dicta l. 3. §. hæres. in fi. ff. depo. Tertio, si unus commisit dolum & pro eo cōueniatur. lege in depositi. ff. depositi. Quarto, si actum fuit quod insolidum teneatur. l. 1. §. si apud duos. Secundum unum intellectum. ff. depositi. item etiam circa intellectum dicti. §. pro parte. dictum fuit quod habet locum ille text. quando uere fieret solutio in diuersis rebus, secus si ficte, ut per sententiam liberatoriam, uel acceptilationem. lege secunda. §. si tamen hominem. secundum uerum intellectum, supra eodem. & l. qui hominem. infra de solutionibus.

181 Item si eueniat † quod non fiat solutio sed fiat tantummodo auuocatio pro parte, ut contingit in stipulationibus negatiuis, & in stipulatione amplius non agi, & rem ratam haberi, quæ licet aliquando uideatur affirmatiua tamen semper agitur ad conseruandum stipulatorem in possessione. unde potest contingere tātummodo quod si auocatur pars rei non dicitur militare inconueniens dicti. §. pro parte. ideo sequitur quod illę duæ stipulationes cum similibus sunt omnino diuiduæ quamuis fiāt de rebus corporalibus cū obligatione facti, cum non possint effici indiuiduæ ꝑpter illud inconueniēs. §. pro parte, quicquid uelit Bar. hic, & plenius dixi in dicto. §. Cato. demonstrando quod ille stipulationes generaliter sunt diuiduæ etiā de fundo & domo, quia non uerificatur illud inconueniens, & est clare de mente dicti. §. Cato, quod nota ualde, quia habes aliam generalem cognitionem terminorum in factis, & non sine ratione ego has tres quæstiones Barto. pro præmissis ante figurationem casus succincte examinaui.

182 Quarto † quærit Barto. quæ seruitutes dicantur indiuiduæ, & primo dicit quod non diuiduntur per naturam, idest per actualem diuisionē, quia quod uideri nec tangi potest nec etiam diuidi potest secando cum cultello, & separando partes siue cōsiderātur in abstracto respectu sui, siue in concreto prout sunt in fundo, quia seruitus est tota in toto & tota in qualibet parte, sicut anima in homine, & obligatio in eo contractu, uel acquisita, solum usus & commoditas aliquādo potest diuidi & instrumentum utendi. le. 5. §. usus. supra de seruituti. & lege Lutio. in fin. cum l. sequen. de aqua pluuia arcend. & l. si cui. ff. de serui. & modificari. l. 4. §. modum. & l. ad partem. & l. si cui. ff. de seruitutibus. Secundo dicit quod ser uitutes possunt diuidi per intellectum, quod permittitur per legem si afferunt tantam utilitatem respectu partis sicut in toto, ut euenit in usufructu per l. j. §. cum usufructus. ff. ad l. falcidiam. tamen in contrarium uidetur tex. cum ibi no. in l. si duorum. infra de stipula. seruo. Secundo responso. Soluit Bar. uerum esse secundum naturam, sed secundum legis dispositionem est diuiduus, quæ solutio non est uera, quoniam usufructus secundum naturam potest diuidi per intellectum. quā uis non per scisionem, quia non potest tangi, & si glo. & Barto. ita scripsit bene dixit, tamen uera intelligentia est ad illum text. quod domini nō habent communionem iuris, idest tanquam sit quædam societas ut diuisio aliquo iure directo peti possit. Tertio dixit Barto. quod sub regula tex. nostri continentur etiam seruitutes personales, ut usus & habitatio, quæ etiam sunt indiuiduę. l. usus pars. ff. de usu & habitatione. ita quod solus usufructus est diuiduus, unde quærit postea de ratione quare usufructus sit diuiduus, & non usus, & refert tres rationes, prima est Petri quod usus est incertus, quia debetur limitate ad necessitatem personæ, l. plenum. §. j. de usu. & habita. & §. j. insti. de usu & habitatione. & usufructus est certus, quoniā omnes fructus sine aliquo respectu necessitatis debentur usufructuario, & si opponatur quod si usufructus est incertus, per l. ubi autem. §. fundi. infra eodem. respondet quod est incertus ratione durationis, quia non habet determinatum tempus, tamen illud quod percipitur est certum, & usus est incertus ratione temporis & ratione illius quod percipitur.

183 Quæ uerba † sunt iuridica, tamen non demonstrant quod propter incertitudinem res efficiatur indiuidua, quia multæ sunt res incertæ quæ tamen sunt diuiduæ, ut est interesse, secundum Iaso. in l. si pœnam, & l. ubi autem. §. qui id quod. & l. liber homo. §. fi. infra eodem. Item obligatio alimentorum, quia debentur usque ad mortem, tamen est diuidua. l. hæredis tertia, & l. pecuniæ. Ruyn. de alim. & ciba. legatis. Tertio secundum Ruyn. omnia facta sunt incerta, dicta l. ubi autem. §. qui id quod. & tamen aliquando sunt diuidua, ut in §. Cato. item stipulatio generis & alternatiua incerta est. l. ubi autem. §. qui illud. infra eodem. & tamē est indiuidua omni respectu licet aliquando efficiatur indiuidua solutione, dict. §. pro parte, & l. 2. §. j. & §. qui tamen hominem. supra eod. & ultra ipsum etiā facit tex. in d. l. ubi autem. §. illud. & §. qui uero. & §. qui sortē. ubi qui stipulatur fructus nascituros, & qui stipulatur quod Seius mihi debet, & qui stipulatur sortem, & usuras incertum stipulatur, & tamen omnes dictæ stipulationes sunt diuiduæ propter dictas regulas supra traditas, præterea econtrario seruitus est certa, & tamen est indiuidua, ergo apparet ꝙ ratio non est bona neque concludens, licet Iaso. conetur respondere adductis per eum, tamen uere non est tenenda, quoniam non tradit principium habile a quo sumamus habilitatem diuiduam uel indiuiduam.

Secun-

184 Secundam rationem † adducit Bart. quia ſeruitus uſus habet qualitates ſeruitutum quæ ſunt indiuiduæ, cum ſeruitutes debeantur uſque ad neceſsitatem fundi.l. ergo.de ſeruituti. ruſticorum prædiorum.ſicut ipſe uſus,& non poteſt cõſtitui neque deberi pro parte fundi ſicut & cæteræ ſeruitutes. l.pro parte, ſupra de ſeruitutibus. & l. uſus pars. de uſu, & habitatione, quæ ratio etiam non eſt bona,quia quod nõ poſsit acquiri pro parte uel deberi non eſt concludens ratio, quare ſeruitutes ſint indiuiduæ, ut dictum fuit in ſecunda oppoſitione. Secundo ſeruitus habitationis eſt indiuidua ſecundum omnes, & tamen non debetur ſecundum indigentiam, cum pauper homo indigeret parua domo, tamen poteſt habere habitationem amplæ domus, & ſi eſt ſolus ſufficit camera, & in multis locis Calabriæ in una camera habitat tota una familia, tamen poteſt habere habitationem amplæ domus,ut ſatis probatur in §.item ſi edium. inſtitu.de uſu & habitatione. præterea licet ſeruitus realis debeatur ſecundum indigentiam,dicto.§.ergo. tamen poteſt moderari. ut non debeatur niſi pro una qualitate neceſsitatis,ut ad carbones tantum ducendos.l.4.§. modus. de ſeruituti. & tamen uſus non poteſt conſtitui in parte indigentis hominis,dicta.l.uſus pars. cum ibi not. item uſusfructus non poteſt deberi ſolis manibus uel pedibus uſufructuarii. ſicut nec etiam uſus, quia iura ſunt in toto & tota in qualibet parte, & tamen eſt diuiduus ſicut etiam obligationes ſunt diuiduæ,& propterea apparet quod hæc ſecunda ratio Bar.non eſt bona, quia non ſumitur a uero principio unde qualitas indiuiduitatis ſumatur. uerum autem principium ut dixi eſt, utrum diuiſio corrumpat utilitatem ſtipulatoris, uel non corrumpat, & factæ partes afferant utilitatem ſicut in toto. nam lex permittit illas diuiſiones quæ præſtant utilitatem, & quæ afferunt damnũ uel non ſunt utiles,quia tendit lex ad bonum publicum, ut patet in diffinitione iuris quam dedi in rubrica ſupra,& §.penult. inſti. de iis qui ſunt ſui uel alieni iuris.& §. quod ſi commode.inſtit. de officio iudicis. & nemo dubitat quod lex poſſet omnes res de mundo diuidere intellectualiter in partes quotitatiuas, cum illa fiat per ſolam imaginationem, & tamen uidemus quod eã ſæpius non facit, ut in factis ſecundum regulam ſupra traditam,& in ſeruitutibus,& multis aliis, & tamen in §. Cato permittitur.

185 Quare † tertia ratio aſsignatur,quia uſus non præſtat utilitatem in parte ſicut in toto reſpectu totius, ideo eſt indiuiduus, & uſusfructus præſtat utilitatem in parte reſpectu partis ſicut in toto reſpectu totius ideo eſt diuiduus, ut hic demonſtrat Bartol.Ruyn.tamen dicit quod nec etiam iſta concludit,quia ſtipulatio, inſulam fieri & foſſam fodi, non habet utilitatem in parte ſicut in toto reſpectu totius & tamen poteſt pro parte deduci in ſtipulationem,dicta.l.2.§.præterea. de aqua pluuia arcenda,& ſupra dixit Bart. in præcedenti quæſtione & in 6.oppoſitione, & idem de ſtipulatione, rem tradi, ut per eum,ſed tamen iſta non obſtant,quia non eſt uerum quod pars domus ſeu pars faciendi domum poſsit deduci in ſtipulationẽ pro indiuiſo,ut ipſemet Barto.fatetur,& ſi pro diuiſo deducitur tunc eſt unũ integrum factum ut ibi dixi.item non eſt uerum quod ſtipulatio, rem tradi, ſit indiuidua ſui natura ſi fiat de rebus corporalibus, ſed ſolum per accidens efficitur indiuidua ſolutione,dicta leg. in executione. §. pro parte, & ſic probant rationem non autem oppugnant. Quare teneas prædictam rationem quæ uerisſima eſt, & eſt baſis in tota materia.

Non obſtat quod addebat Ruyn. dicens quod quia uſusfructus eſt pars dominii ideo eſt diuiduus, nam uſusfructus non eſt pars ſubſtantialis dominii ſeu fundi, ſed pars prædicamentalis & ſubiectiua, ut dixit idem Bart. in dicta lege qui uſumfructum, infra eodem. & tunc etiam uſus dicitur pars dominii, quia licet iſtud procedat, tamen non tollitur quin præcedens ratio non ſit uera quæ uult quod præſtat utilitatem in parte ſicut in toto,nec obſtat etiam quod dicta ratio nõ ſufficiat, quia requiritur copulatiue quod non ſequatur inconueniens. quoniam contrarium ſupra demonſtratum fuit. Nec obſtat quod imo in uſusfructus conſtitutione ſuccedat obligatio ad intereſſe.l.qui uſumfructum.§.fi. ff.de uſufructu, & l.ſi uſusfructus mihi in biennium.ff.de uſufructu legato.ergo poteſt contingere inconueniẽs. §.pro parte. & per conſequens debet eſſe indiuiduus. nam reſpondebat Alex. quod illa iura loquuntur in uſufructu legato. quo caſu ipſo iure conſtituitur.l.ſi partem.§. primo.ff.quemadmodum ſeruitutes ammittantur,& l.1.ff. de ſeruitutibus. Replicat Ruy. quod imo ſemper ſuccedat obligatio ad intereſſe ad conſtituendam ſeruitutem.l.hæredes.§. an ea. ff. familiæ herciſcundæ. iuncto.§.ſequenti.ubi non ſit differẽtia inter ſeruitutem legatam uel promiſſam, nec ſeruitutes quantum ad hoc differunt ab uſufructu, quia in eo non uenit magis datio quam in ſeruitutibus. d.§.dare,qui æquiparat etiam uſum & uſumfructum, & eſt magna impropriatio intelligere quod dictus.§.an ea, loquatur de intereſſe quod uenit officio iudicis, prout uolebat Paulus de Caſtro in dicta l. 2. §. item ſi in facto, ſupra eodem. & contrarium uult gloſ. in dicta l. 2. §. ex iis. ſupra eodem. cum in dicto.§.an ea,& ſequenti dicatur idem dicendum eſt ſi legauerit,& ſi ut dicit Barto.continet ſolum factum. ergo æſtimatio & intereſſe uenit iure actionis per iſtum tex. in uerſi. Celſus. Duplicatur quod imo eſt differentia,an ſit promiſſa uel legata, & dum tex. ibi dicit,idem dicendum eſt ſi uiam legauerit, intelligit de ſimilitudine in genere, hoc eſt quantum ad executionem in intereſſe,diuerſo tamen modo debetur & petitur, & ſic non in ſpetie ſecundum eundem modum agendi, ut not. in l.3.ſup. de neg.geſtis.imo ubi etiam idem eſſet quantum ad diuerſum modũ agendi non dicitur eſſe aliud ſecundum interpretationem iuris,& ſic uſusfru-

ctus nõ minus dicitur esse diuiduus propter hoc. Quare teneas prædictam rationem tertiam quæ uera est & concludens. Quæ omnia procedunt quando promittitur usufructus siue pœna.

186 Sed succedit † dubitatio, quid si quis stipulatur usumfructum sibi dari, & si non detur subiiciatur pœna, & promissor decedat pluribus hæredib. relictis, & unus dat pro parte fundi alius non dat, an pœna committatur contra omnes, uel potius contra contrafacientem tantum, & gl. in dicta l. 2. supra eodem. dicit ususfructus ut factum diuiditur, & pœna committitur contra cõtrafacientem tantum pro parte hæreditaria sicut in aliis pactis diuiduis, d. §. Cato. quamuis quantum ad principalem super pœna committatur in totum, dicto. §. Cato. in fi. Bar. uero dicit quod prædicta opinio non potest procedere etiã quando legatarius stipulatur dari usumfructum legatum, nam quando quis tenetur ad usumfructum constituendum obligatur ad dandum, ut probatur in dicta l. 3. in princip. & §. dare. unde potest compelli præcise ad dandum sicut in aliis promissionibus dandi. unde non sufficit in partem dare ad euitandum pœnam. l. in executione. §. si fundus. infra eodem. & l. 5. §. fi. supra eodem. Si uero post usumfructum constitutum conueniantur hæredes, quia per partem fuit constitutus, uel ipso iure, prout contingit aliquando in usufructu legato, & tunc debitor tenetur ad factum, idest præstandum patientiam, quod implicat teneri non impedire uel non prohibere. l. edi. & l. & harum. supra si serui. uendi. & tunc hæc obligatio est indiuidua, quia non potest impediri pro parte quin impediatur in totum. lege secunda. §. item si in facto. dum loquitur in stipulatione ire agere licere, quæ implicat negatiuam non impedire neque per se fieri, supra eodem, cum suis concordantibus, & sic uidentur pertransire Doctor.

187 Sed † idem Barto. in dicta l. 2. §. & harum. supra eodem, cum quo communiter * pertranseunt docto. tenet quod imo promissio seruitutis contineat dationem & factum, & ibi respondet ad text. in §. sed cum factum. instit. de stipulatione seruorum. iuncta. leg. si seruus communis meus & tuus, infra de stipulatione seruorum, quæ hic põderat Barol. & sic propter mixturam facti potest succedere obligatio ad interesse, & non uidetur illa differentia subsistere, ideo uidetur cum ususfructus sit diuiduus quod istud etiam factum sit diuiduum. quantum ad pœnæ commissionem, licet uelit contrarium, sed causa differentiæ est, quia hic sequitur opinionem ultramontanorum qui uoluerunt quod promissio seruitutis contineat solam dationem, ibi autem uult quod contineat dationem, & factum, sed ego puto posse accommodari, nam ibi loquitur de quodam facto annexo in ipsa constitutione seruitutis, hic uero loquitur de ipsa patientia successiua continuo præstanda quæ implicat promissionem de non impediendo neque prohibendo. dicto. §. item si in facto, dum loquitur de stipulatione seruitutis secundum unam opinionem, & in §. Cato, ibi, iter fieri, idest seruitutem dari, uel non fieri, idest illam datam nõ impediri, & ibi ego etiã dixi, & eodem modo soluatur quod dictum fuit supra de interesse.

Concludas igitur, quod Bar. bene loquitur in utroque loco & non contradicit. nam uerum est quod qui stipulatur seruitutem, & usumfructum stipulatur ius & factum, ut scilicet detur ius, & patientia præstetur, uerum quia datio debet fieri de præsenti, sed patientia est de futuro & longo tempore successiuo, necessario sunt duæ stipulationes, una dandi, alia faciendi. argu. leg. scire debemus. supra eodem, & stipulatio dandi habet suam naturam, & stipulatio faciendi suam, & una non alterat aliam, prout male arbitrabantur aliqui, & Bar. hic considerat has stipulationes separatas, ibi unitas, & tolle dictionem annes te uerbũ tenetur, quia addita fuit a prosumptuosis qui nesciuerunt concordare Bartol. hic cum ibi dictis.

188 Sed iterum † opponit Bartol. quod imo ususfructus sit indiuiduus, quia si legatur ususfructus legatur etiam usus simul, & si legatur ususfructus sine usu legatum non ualet. l. per seruum. §. 1. de usu. & habitatione. & sic semper continet usum qui est indiuiduus, ergo ususfructus quoque erit indiuiduus ratione adiũcti, l. si ita fuerit. prima. §. quæstio hic. supra de Manumiss. testamento. ipse relinquit cogitandum, sed Doct. communiter respondent quod usufructu continetur usus tanquam commoditas quæ diuidua est non autem usus tanquam seruitus quo casu est indiuiduus, & allegant glo. in l. huic stipulationi. §. 1. ff. usufructu quemadmod. caueat. & Bartol. qui idem dixit in l. qui usumfructum. supra eodem. in fi. & est text. cum glo. in l. 1. ff. de serui. rusti. prædio. & insti. de serui. in principio.

189 Subiicit † postea Barto. quærendo an feudum sit indiuiduum, & se remittit ad capitulum imperialem. §. præterea ducatus. de prohibita feudi ali. per Fed. ubi dicitur quod de iure communi feuda sunt indiuidua si sunt regalia, ut ducatus, comitatus, marchionatus, & principatus, sed aliæ baroniæ inferiores diuiduntur, addit postea hic Iaso. quod licet feuda sint indiuidua & iurisdictiones eorum, tamen exercitium iurisdictionis est diuiduum, sicut supra dictum fuit de seruitutibus & commoditatibus, ubi etiam hoc posuit, & bene loquitur, & est communis * opinio feudistarum in dicto. §. præterea ducatus, tamen in utroque Regno Siciliæ baroniæ quoque eodem modo reputari possunt indiuiduæ sicut & feuda regalia, quoniam neque ipsæ diuiduntur inter fratres, prout fit de iure communi feudorum, sed in omnibus seruatur ius francorum, ut solus primogenitus succedat, & amplius non diuidantur inter fratres, ideo in dictis Regnis idem debet dici de omnibus feudis quod sunt indiuidua.

190 Sed iurisdictio † potest diuidi quantum ad cõmoditatem subditorum, & exercicii prout dictum

ctum fuit de regalibus, & eſt in hoc regno Sici-
liæ capitulum uolentes, in fi, quod expreſſe dicit
ibi, integro & indiuiſo remanente feudo, taliter
quod nec etiã uſusfructus poteſt ſeparari a pro-
prietate ſecundum communem interprætationẽ
ibidem, niſi quando refutatur in proxime ſucceſ
ſorem, ut in capitulo eorum fraudibus. etiam
Friderici ponitur.

Aduerte tamen, quia licet Barto. & docto. di-
cant ſimpliciter quod feuda ſunt indiuidua, non
tamen intelligas quod ſimpliciter ſint indiui-
dua, quia cum ſint res corporales regulariter
ſunt diuidua tam ſecundum naturam quam ſe-
cundum legem, ſed efficiuntur indiuidua pro-
pter prohibitionem legis quæ prohibet actualẽ
diuiſionem ideſt plenam ſeparationem in par-
tes pro diuiſo quæ faciunt nouas res, iuxta legẽ
ſi quis duas. §. ſi partem. ff. communia prædiorũ
ideo non ueniunt in iudicio familiæ herciſcun-
dæ nec communi diuidundo, & prohibitio legis
inducit unum caſum in quo res diuiduæ efficiun
tur indiuiduæ ut ſupra dixi referrendo caſus qui
per accidens faciunt res indiuiduas, ſed tamen
lex non prohibet diuiſionem intellectualem pro
indiuiſo in feudis ſicut nõ prohibet in equo bo-
ue & homine, & etiam quando prohibet bona
pupilli uel ex alia ſimili cauſa diuidi, quia intel-
ligitur de diuiſione actuali, cum non impediat
pupillos fratres habere pro indiuiſo res ſuas,
ideo ſtipulatio de feudo erit diuidua contractu,
& obligatione, ſed erit indiuidua ſolutione, quia
pro parte ſolutio fieri non poteſt, imo etiam, &
ſolutione ſunt diuidua, dummodo non proceda
tur ad actualem diuiſionem, niſi forſan dicas ꝙ
erit indiuidua ſtipulatio ex parte ſtipulatoris,
& hæredum ſi uiuitur iure francorum, cum ſolus
primogenitus ſit capax, & poteſt dici quod ef-
ficitur indiuidua propter incapacitatem ſtipula
toris & hæredum, quod nota. ſed adhuc potes di-
cere quod ex parte ſtipulatoris eſt diuidua quã-
tum ad actionem ut contra unumquemque hære
dem poſsidentẽ rem feudalem pro indiuiſo poſ
ſit agi pro parte tantum. arg. legis. 5. §. reo. ff. de
uſufructu. & ſolũ erit indiuidua ut duo hæredes
non poſsidt habere actionem, quia ad eos deue-
nire non poteſt, cum ſolus primogenitus poſsit
eſſe capax, & hoc ſolum facit lex quæ diuiſionem
poteſt prohibere in totum uel pro parte prout
ſibi uidetur utile, ſicut contingit in ſtipulationi
bus pupillorum quæ ſunt diuiduæ licet diuiſio
actualis prohibeatur, lege ſi pupillorum. ff. de re
bus corũ, & in prohibitione teſtatoris, uel conuẽ
tionalis & alia ſimilis, ꝙ bene no. ne æquiuoces.

191 Quinto † quærit Bar. ingrediendo materiam
intereſſe, quando committatur ſtipulatio ad in-
tereſſe poſt moram, nam cum factum ſit ſucceſ-
ſiuum per longum tempus poteſt committi mo-
ra in incipiendo ſeu non dando principium quã
do poſsit, ideſt poteſt committi mora in perfi-
ciendo ut potuerit in toto tempore incipere &
perficere. & tex. infra uerſi. plane, uidetur uelle ꝙ
ſufficiat mora in inchoando, & tex. in l. ſi ſtipula
tus fuero abs te, uidetur uelle quod requiratur
mora in perficiendo. tamen Bart. diſtinguit. Aut
erat in obligatione factum negatiuum quod pręſ
ſtatur per factum affirmatiuum, Aut factum af-
firmatiuum cui contrauenitur per nõ facere. Pri
mo caſu diſtinguit an ſit damnum reiterabile,
ſeu reiterabilis contrauentio, uel non reiterabi-
le, & an una abſorbeat totam utilitatem uel non.
Secundo caſu diſtinguit, an factum ſit momentã
neum uel ſucceſsiuum, & ſi eſt ſucceſsiuum an ſit
appoſita illa ab homine uel non, & quãdo eſt ex-
plicandum in iudicio uel extra iudicium, & tunc
an particulare uel totale intereſſe, ut hic per eũ:

192 Ex cuius † dictis colliguntur multæ concluſio
nes. Prima eſt quod ſi in obligatione eſt non fie-
ri & factum eſt reiterabile, tamen illa contrauen
tio porrigit effectum ſuum ad totum tempus fu-
turum, ſtipulatio committitur ad totale intereſ-
ſe, per l. ſi in lege. §. colonus. ſupra loca, quæ con-
cluſio eſt uera quando poſt illud impedimentũ
accepit nouam conditionem non ſuffecturam
duobus, & ratio ſuadet & ipſe tex. itẽ quod pau-
ci fuere duo impedimenti ut nullum ſit damnũ
tunc non committitur in aliqua parte, ut dicit
tex. in fi. ſed caſus medius admittitur quando ſte
tit per duos annos & uoluit dare poſſeſsionem,
tamen conductor non accepit aliam, uel ſi acce-
pit poterat ſufficere duobus, an tunc committa-
tur ad totale intereſſe. & Saly. ibi uidetur ſenti-
re quod non ſi paratus erit dominus præſtare pa
tientiam & ita poterit purgare moram ſoluta ta
men æſtimatione damni præteriti, & ſic commit
titur ad particulare intereſſe ſi dominus uult
purgare moram, alioquin committitur ad tota-
le ſi non uult purgare moram uel ſoluere damnũ
præteritum, hoc etiam eſt de mente Pauli de Ca
ſtro ibi, qui uult quod admittitur re nõ integra
ad purgandum moram ſi ſoluit omne intereſſe
præteritum, & ſic etiam ſufficiet ſatisfactio par-
ticularis intereſſe ut dicetur infra in l. ſi inſulã.

193 Secunda † eſt concluſio, quod quando contra-
uentio non porrigit effectum ſuum niſi ad tem-
pus præſens tunc committetur ſtipulatio ad par
ticulare intereſſe & non poterit cõueniri pro fu
turo intereſſe, ut infra eodem. l. ſi ſic. & l. nouiſsi-
ma. infra iudicatum ſolui, quod tamen procedit
ſi paratus eſt in poſterum non contrauenire. nã
alioquin traheretur ad totum tempus, ut in præ
ſenti caſu, quia eſſet continua cõtrauentio, ideo
liberatur a ſequenti tempore cum intereſſe præ-
ſentis temporis ſatisfecit.

194 Sed dubitat † hic Ruy. quid ſi pœna eſt pro-
miſſa, an ſemel uel pluries committatur, & re-
fert Bar. in d. l. ſi ſic. dicere quod committatur ſę
pius pœna quantum excedit intereſſe ſi prima
obligatio non erit nouata. per l. prædia. ſupra de
actio. empti. & l. ſi quis a ſocio. ſupra pro ſocio.
cum ſequenti. & pertranſeunt docto. ſed Imo. ibi
tenet contrarium, quia pœna promiſſa intelligi
tur de prima contrauentione, per l. boues. §. hoc
ſermone. ff. de uerbo. ſignificatione. & l. hæc con
ditio. de conditio. & demonſtrationibus. & ad di

Etiam l.prædia.& l. si quis pro socio.responde, ꝙ ibi fuit unica cōtrauentio tantum totalis interesse & pœnæ, ideo agitur ut ibi.sed hic est multiplicabilis contrauentio & pœna,& cum intelligitur de prima uice amplius nō committitur. sed Areti. dicit quod sicut obligatio ad interesse nō restringitur ad totale interesse ita & pœna ut totiens & pluries committatur,tamen contra Bar. facit secundum Ruy.quia pœna uidetur apposita loco totalis interesse, & cum ea uidetur æstimatū.l.si.infra de prætoriis stipulationibus. & Alexand.tenet in §.sequenti.ergo cum fuerit æstimatum semel tantum,pœna committitur & interesse,& cum fuerit æstimatum amplius non poterit committi, quia licet excedat pœnam potuit tamen etiam esse minus, & pœna ex stipulatione nisi semel oriri potest, ut per eum,quare ipse declarando Barto.intelligit quod non uult pœnam sæpius committi, sed solum uult quod semel pœna committatur,tamen si interesse contrauentionis sequentis excedit pœnam, illud interesse de nouo poterit peti uirtute stipulationis quæ non fuit uariata per pœnalem,ita quod unica erit pœnæ commissio,& plures commissiones ad interesse, ut commissio pœnæ non impediat cōmissiones ad interesse pro futuro tempore. & ad illud quod pœna sit apposita loco totalis interesse, respondet quod procedit quando agitur ad interesse ex eadem contrauentione, secus quādo agitur ad interesse ex noua & multiplicata contrauentione.sed uerba Bart.non patiuntur quod pœna semel committatur tantum,ideo uerior uidetur intellectus Aretin.quod Barto.uoluit pœnam sæpius committi simul cum interesse quando pęna fuit apposita loco interesse,& contraria adducta perRuy.procedunt quando pœna est apposita loco contemptus, & ideo dici debet si apponitur loco contemptus & procedit quod dicit Ruy.& ipsa semel committatur & interesse possit pluries committi. sed quando apponitur loco interesse sequatur naturam interesse ut sæpius cōmittatur, & hoc est magis rationabile & practicabile, nec est uerum quod per eam sit æstimatū totale interesse, quia multa requiruntur ad faciēdam illam æstimationem,ut dixi in l.1.C.de sententiis.quæ pro eo quod interest, in rub.

195 Tertia † est conclusio, quod quando contrauentio non est reiterabilis, tunc statim ex prima contrauentione committitur ad totale interesse. l.si procurator. in fi.infra rem ratam haberi.ibi, nam si toto damno computato propemodum agendum non est antequā dies stipulationis præterierit, & glo. ibi in uerbo propemodum, dicit quod si tota domus ruat manifestū est quod amplius stipulatio committi non potest,tex. tamen solum dicit, nam si toto damno computato &c. uix potest agi,& alia gl.nisi tota domus ruat.per quæ uerba apparet quod intelligit quando totū tempus elapsum est. item ille tex.non apperit ꝙ loquatur de facto non reiterabili, nec ipse ibi aliquid de hoc dicit,item tex. argumētatur ab absurdo,& illud non tenet,dum dicit quod non est uerum, unde idem Bar. in dicta leg.si sic,uidetur præsupponere quod distinguatur, an committatur ad totale interesse & aliquando ad nō totale, sicut in facto reiterabili,dum dicit,si commissa sit ad totale interesse amplius non committitur, dicta l.cum quærebatur.iudicatum solui, & l. quod dicimus.ff.de euictionibus. Si uero sit commissa ad particulare interesse iterum committitur,d.l. si procurator. infra rem ratam haberi. & sic allegat dictam l.si procurator.ad contrarium dictum. & ideo Ruy.subsistit, & mihi placeret si non implicaret repugnantiam, nam repugnantia est quod sit contrauentio non reiterabilis, & quod sæpius committatur ex multiplicata contrauentione, ideo ego puto dictum Bart. magis esse uerum propter se quam per legem quam allegat, & sit idem quod in primo casu, sed exemplū non faciliter reperitur nisi tacite uel expresse actum sit,uel tota domus ruat,ut per gloss. sed etiam illud exemplum est accidentale, cum sui natura possit esse reiterabile,ut dicit ibi text.potest tamē poni exemplum, si quis promisisset nō impedire hominem uel nō contrahere matrimonium cum certa muliere.

196 Quarta † est conclusio in secundo mēbro principali quando promissor tenetur ad factum affirmatiuum,& contrauentio fit non faciendo, tunc si factum est momentaneū, stipulatio statim cōmittitur ad totale interesse.l. si fundum.infra eodem.& l.1.ff.de actio.empti.& sequūtur omnes, & quia unica tantum contrauentio potest fieri, & in illo casu si est apposita pœna ipsa etiam semel committetur & habebit proprie locum. lex prædia.ff.de actio.empti.& dict.l.si quis a socio, quæ loquitur in dictis terminis de traditione ex causa emptionis momentanea, & quamuis esset apposita clausula quod totiens & quotiens contrauenisset committatur, tamen esset unica contrauentio perseuerare & non plures, sicut si non fecisset domum, & duraret semper in contrauentione, & iste uidetur esse proprie casus non reiterabilis quando contrauentio affert totam cōmissionem, nisi esset dictum totiens committatur quotiens requisitus erit & non tradiderit, & quod pœna soluta uel non soluta adhuc teneretur ad tradendum, nam tunc sæpius etiam committeretur ad totale interesse propter formam promissionis,interesse uero non committetur ad totale damnum sæpius, quia non potest esse nisi unicū damnum pro illo facto. item si forsan purgasset moram & incepisset facere, & postea desisteret,posset dici iterum pœnam & interesse posse committi,quasi per purgationem moræ renouata esset stipulatio.

197 Quinta † est conclusio, quod quando factum est accessorium & factum momentaneum quod non committitur stipulatio ad interesse nisi ipsa die perfectionis, & tunc committitur ad totale interesse,quia auffertur totum factum,ut infra eodem.§.si quis ita.& l.insulam in biennium. infra eodem. & Bart.intelligit.§. si quis ita quando non fuit apposita pœna, ibi autem uidetur te-

nere

nere quod fuit apposita pœna, & uere ibi erat apposita.dum dicit. tantum pecuniam dabis, imo ibi tantummodo refertur stipulatio pœnalis, dũ dicitur, si intra calendas maias opus perfectum non erit, & præsupponitur ibi stipulatio principalis quod promiserat infra calendas maias, & licet Alex.uideatur tenere contrarium, tamen litera expresse repugnat, ueruntamen Bar.allegauit ad commissionem interesse tantum quod uoluit committi tantummodo elapso die, quia ita uidetur per appositionem diei actum ut non cõmittatur nisi eo elapso.sed Ias. & Alex. in dicto. §.si quis ita.colum.2. tenent quod ibi non fuit apposita pœna, sed fuit stipulatio de interesse quæ fuit incertæ quantitatis, & ita tenet ibi glo. quæ exponit pecuniam dari idest interesse, quod etiã tacite præsumitur actum, tamen non potest negari quin sit certo modo pœna, per.§.Cato,ibi,pœna certæ pecuniæ promissa.nec obstat tex.in.l.cũ stipulatus sim mihi a Proculo, qui uidetur uelle quod committatur ante diem appositam,quia & ipse loquitur quando pœna fuit apposita,quia ille tex.non dicit quod ante diem mora committatur,sed dicit quod mora committitur tantummodo elapso primo die, quæ mora habet tractũ successiuum,quia incipit ante & perficitur per lapsum diei,ita quod illa distinctio solum fit quantum adhoc ut protogatio tẽporis impediat moram committi per lapsum primi temporis,sed sẽper uult quod ad committendam pœnam requiratur lapsus primi temporis, unde concordat, & cum non tractemus de unica commissione ad totale interesse,non est opus disputare an pœna impediat sequentem commissionem prout fuit dubitatum in secunda conclusione.

198 Sed dum†Bar.præsupponit quod quando dies est expressa ab homine stipulatio ad particulare interesse non committitur ante diem, Ang.ibi,tenet contrarium per l. cum stipulatus sim mihi a Proculo.quæ non probat secundum Imo.ibidem. quia in dict.l.cum stipulatus,erat uera pœna quę differt ab interesse,unde interesse ante potest cõmitti & pœna post diem elapsam. Ruy. uero tenet quod imo possit committi ad particulare interesse ante diem,quia nulla ratio subest quin possit quis esse in more inchoandi,& stipulatio ante diem committatur ad particulare interesse,& uidetur esse de mente Bar.in quantum intellgit illum tex. quãdo pœna fuit apposita ut hic ipse declarat.unde ipse tenet quod siue sit apposita pœna & dies,siue non sit apposita pœna possit semper committi ante diem ad particulare interesse cum pœna sit apposita pro totali interesse tantũ, & non impedit particulare interesse ante committi, nec per hoc uidetur actum quod non committatur ad particulare interesse, sed mihi magis placet opinio Bar.hic,quod propter diẽ appositam non committatur ad particulare interesse indistincte, quia text. expresse hoc dicit quod ante agi non potest,idest non potest ante cõmitti mora,& postea in uers.plane, quando non est apposita pœna dicit quod committitur ad particulare interesse. ergo in primo casu negatur committi,& probatur etiam per tex.in l.si quando.& l.si quis.§.iudicium.& l.quotiens infra de oper.liberto.& l.interdum.secundo responso. supra eo. quod fortius procedit quando est apposita uera pœna.nec obstat dicta l.cum stipulatus. quia concordat,ut supra dictum fuit. item fortius procedit quando pœnalis stipulatio nouabit præcedentem stipulationem, ut tenuit Bar.in l.continuus. §.si quis insulam, infra eo.tamen contrariũ tenere uidetur idem Bar. in.§.si quis ita.uersi.sed cõtra istud oppono.& Areti.in dicto.§.item si insulam,per l.si pœnam.§.primo.ff.ad l.falcidiam, & l.j.§.item si ita.ff.ad l.falcidiam,& hic Ruy.uersi. quid autem, tamẽ præcedens opinio mihi magis placet, præsupponendo primam pro uera prout ego tenui propter diei appositionem ad quam contrahentes uidẽtur se referre, & procedit etiã in contractibus bonę fidei,ut per legem si in lege §.colonus.& §.si domus.supra locati.secundũ intellectum quem ibi tenuit, ut loquatur quando deseritur colonia in odium deserentis, ut ibi gloss.

199 Sexta†est conclusio Bar. quod quando dies nõ est apposita ab homine& sumus in iudicio statim stipulatio committitur ad interesse totale. per l. iam tamen.§.in hac.& l.cum quærebatur.ff.iudicatum solui etiam non expectata sententia, & rationẽ infra assignat, quia expectare quod ferratur sententia esset expectare regẽ alemniæ qui filium entium a bononiensibus captum dicebat uelle recuperare,semper minando ueniam,ueniã & esset expectare succursum pisarum qui nunquã uenit in obsidione eorum decem & octo annorũ, quoniam non est aliquod stabilimentum ad proferrendam sententiam ut per eum,sed Imo.reprehendit, quia defensio respicit instantiam iudicii,quæ instantia certa est.l.properandum. C. de iudi.& mihi placet, cum lex nunquam præsupponat iudicia immortalia,unde ipse dicit rationem esse,quia authoritas iudiciorum hoc dictat,prout alias uidebimus in materia purgationis moræ,& ratio Bar.potuit esset impulsiua.Nec obstat tex.in l.si procurator.ff.rem ratam haberi.ubi stipulatio (rem ratam haberi) sæpius committitur etiam in iudicio, quia illa interponitur ad particulares actus, non autem ad totam litem, uel melius dicas quod etiam in iudicio potest committi ad particulare interesse, & tex.etiam in dicta l. cum quærebatur non negat hoc sed solum dicit quod ibi non committitur bis, quia forma stipulationis non patiebatur ut sæpius committeretur. sed si forma conciperetur habilis ad plures commissiones non prohibebit committi plures, imo idem seruaretur ut dicemus in sequenti conclusione, & quod non debeat constitui differentia inter iudicium & extra iudicium facit ille text. qui argumentatur de stipulatione alternatiua extra iudicium ad aliquem casum iudicialem, & non negatur quin si defensio pro parte tantum noceret posset committi pro parte.

100 Septima † est conclusio, quod quando non est apposita dies stipulatio committitur ad particulare interesse statim post moram incohandũ, dicto. §. plane. & post moram perficiendũ ad totale interesse per l. si ita stipulatus sim abs te. supra eodem. quæ conclusio communiter* tenetur, quia est rationabilis & nihil obstat quod non possit committi prius ad interesse particulare.

201 Sed dubitant † docto. an ad factũ possit agi ante quam dies labatur. & tex. in dicto. §. si quid ita. infra eod. dicit quod non, quod tenebat Christophorus de castelliono, quia uidetur stipulari interesse si non fiat. l. si pœnam. in fi. supra eodem, & l. si insulam in biennium. infra eodem, & leges dicunt quod agi non potest antequam dies labatur. dicta l. si ita stipulatus. cum concordanti. Paul. uero de castro tenet contrarium. per glo. j. in l. ij. §. item si in facto. supra eodem. & l. tenetur. digest. de actio. emp. ubi agi potest contra illum qui promisit reficere ut reficiat. l. si quis ab alio. §. fi. supra de re iudicata. ubi præsupponitur & factum & interesse in obligatione esse, & adducit rationem, quia secundum hoc omnis stipulatio facti esset conditionalis, & per multa alia quæ refert hic Ruy. sed contrarium tenent Alex. & Areti. in dicta l. si ita stipulatus. per tex. in l. interdum. supra eodem. ubi secundum intellectum Bar. ante diem non competit actio, & plene in l. ita stipulatus. la granda. ubi tenuit quod bene ante diem est nata obligatio, sed actio non competit, & faciunt illa exempla de operis promissis, ut l. si quando. & l. quotiens. & l. sed si hoc, quæ uolunt quod operæ nisi præteritæ peti possint, & sic tantummodo post diem. sed Ruy. pro opinione Pauli adducit, quia si promissor potest esse in mora incohandi. ergo poterit conueniri, quia ubi nulla petitio ibi nulla mora. l. si pupillus. infra eodem, & non debet actio oriri tempore quo committitur mora in incohando, & quamuis nascatur obligatio ab initio, tamen si actio non competit non uidetur nata, ideo adueniente die quo habet effectum uidetur proprie, & ponderat etiam dictam l. interdum, quę æquiparat promissionem fructuum partus, & edificandi domum, quos omnes ponit sub una determinatione, & cum in primis duobus non contrahatur mora quando nascitur actio, ergo nec etiam in sequenti, & ad dictam l. interdum, respondet præmittendo quod si quis ædificat in eo me tacente & patiente perdo possessionem propter mutationem formæ. Ang. in l. 3. §. Labeo & l. qui uniuersas. §. quod si in naui. ff. de acquiren. possessio. ergo qui promisit ædificare domum tenetur ad factum pure, & ad illud statim oritur actio & obligatio, & postquam fecit uel facere potuit tenetur tradere mihi locum quem dicebam possidere, argum. l. item si in pretium. ff. loca. & huic obligationi ad tradendum inest dies tacita de qua non est nata obligatio nec actio, dicta. l. interdum, quę hic loquitur, ut patet in illis uerbis, cum per rerum naturam præstari possit ut hic per eum, quæ intelligentia ad dictam. l. interdum, est merum hominum, quia nullus ammittit possessionem qui stipulatur in suo fundo ædificari, sed solum quando aliquis ædificat prætendens esse suum, & iure suo, ut contingit in noui operis nuntiatione, & dixi in l. j. & l. de pupillo, §. meminisse, supra de no. oper. nuntia. unde teneas opinionem Bar. cum declarationibus traditis in dicta l. ita stipulatus. la grande.

202 Octaua † est conclusio, quod stipulatio de defendendo contenta in clausula (iudicatum solui) committitur ad totale interesse. dict. l. iam tamẽ §. in hoc. & l. cum quærebatur. ff. iudi. solui. & stipulatio (dolum malum abesse) cõmittitur ad particulare interesse. l. nouissime. infra iudicatũ solui. & sic duæ stipulationes iudiciales uario modo committuntur, & rationem differentiæ assignat Bar. quia per contrauentionem in non defendendo actor priuatur tota commoditate, cum non possit perueniri ad sententiam. reus uero parum grauatur, quia præiudicatur tantummodo in tẽpore. argum. l. quotiens. Co. de pręcibus imperatori offerend. ideo ad totale interesse committitur, sed ille qui adhibet dolum in re promissa non aufert totam utilitatem in lite sed solum in illo articulo testium uel instrumentorum, ideo ad illud solum interesse committitur, cum reus grauaretur in toto negotio, sed si dolus adhiberetur in articulo præiudiciali ad totam causam committeretur ad totale interesse, sed Imol. & Alex. reprehendunt rationem, quia solum procedit quãdo ante litis contestationem adhiberetur dolus, & non quando post litis contestationem. l. properandum. §. si autem reus. C. de iudi. ideo Alex. dicit non omnium &c. Ruy. uero dicit rationem esse, quia promissio de dolo continet duas partes, unam de dolo præsenti, aliam de dolo futuro ideo sæpins committitur secundum occurrentiã. Tu dicas quod ratio Barto. est bona, quia intelligit eam procedere ante litis contestationem, & quando post non defendit non inducit interesse nec cõmittitur, & si præiudicabit in sententia in totũ cõmittetur, tamẽ ipse resoluit postea leges ad limites rationis generalis, & dicit ꝙ aut aufertur tota utilitas, & tunc cõmittitur stipulatio ad totale interesse, aut auffertur particularis utilitas, & tunc cõmittitur ad particulare interesse, & ita dicit procedere in stipulatione dolũ malũ affuturũ, unde illa est conformis etiã stipulationi de defendendo. Solũ in hac distinctione considerantur aliqui casus in qnibus particulare damnũ non potest facere cõmitti stipulationẽ, de quibus solũ dictũ fuit in sua ratione, nec considerari debet an factũ sit reiterabile uel non, quia quãdo factũ nõ est reiterabile semper auffert totã utilitatẽ, ideo dicas tantũmodo ꝙ si contrauẽtio aufert totã utilitatẽ statim cõmittitur ad totale interesse, aut non auffert totam utilitatem, & committitur ad particulare interesse, fallit quando est apposita dies ab homine quia tunc uidetur considerata mora in reficiendo tantum.

203 Sexto loco † quærit Bar. hic, utrum in obligatione rem restitui, committatur obligatio. ad inte-

interesse, & refert uarias opiniones. Vnam Doct. quod donec extat res non committitur, & si desinat extare, committatur, Secundã glo. in d. l. in re furtiua, quod nunquam committatur, sed semper agatur ad rem, & æstimatio ueniat officio iudicis, sicut in obligatione dãdi. Tertiam Guilielmi distinguentis, Aut contrahitur obligatio secundum ius commune, & opinio glos. procedit. Aut contrahitur præter ius commune, ut in fure, & tunc post interitum succedat, dicta l. in re furtiua. Bar. uero primo argumentatur pro opinione gloss. quod nunquam succedat, Secundo pro opinione Dyn. quod succedat, & postea concludit utranque opinionem ueram, & quod semper durat obligatio ad ipsam etiam extinctam, & quod etiam succedat obligatio ad interesse quãdo reus desinit habere facultatem rei restituendæ, eo quod re perempta succedit obligatio ad interesse, & concordat cum obligationibus faciendi, & in eo quod nunquam succedat quando extat res, & quod etiam re perempta duret obligatio ad ipsam rem concordat cum obligatione dandi, quia semper lex fingit actoris interesse in ipsa re, & non potest reus referre quæstionem dominii. l. si quis conductionis. C. locati. & leg. commodare, cum sequenti, supra commodati, ut hic per eum allegando multa iura.

204 Tamen dum † Bar. allegat l. qui restituere. ff. de rei uendicatione pro Dy. illa non probat concludenter, cum secundum intellectum ad illum tex. restitutionis coactio fit officio iudicis ut sentit illa litera, & clarius tex. in l. licet. ff. de petitione hæreditatis, & tenet Bar. in l. & harum. ff. si seruitus uendicetur, & in l. sciẽdum. §. si fundum. ff. qui satisdare cogantur, & in l. naturaliter. §. nihil cõmune. ff. de acquir. possess. in prima lectura. & ibi Alex. dicit esse communem * opinionem sed tu responde quod Bar. hic & Dy. idem tenet, & tex. in dicta l. qui restituere, allegatur ad primum dictum, quod re exstante nõ succedit obligatio ad interesse, non autem allegatur quod re non exstante succedat, tamen ipse etiam probat quod re non extante & res ipsa peti potest, & cõdemnatio fieri per officium iudicis, & postea quando dolo desiit possidere, bene uerum est quod non probat opinionem glo. necessario, cum non neget ille tex. quin etiam possit peti æstimatio per propriam actionem.

205 Alia † tamen est opinio, quod in obligatione, rem restitui, succedat obligatio ad interesse statim post moram, sicut in factis, quam tenuit Cuma. hic & Fulgo. in l. 1. C. quod metus causa per aliqua quæ non probant secundum Alex. tamen Ruy. dicit quod probatur in l. si creditor. C. de pigno. actio. ubi dicit quod si culpa creditoris res pignorata pereat, uel non probet manifestis rationibus ammisisse eam condemnari debet, quasi actoris intersit, sed quando non probatur ammissio res dicitur exstare, & tum condemnatur in id quod interest, ergo succedit obligatio ad interesse, sed respõdet ipse, ꝙ tex. nõ approbauit an condemnatio fiat iure actionis uel officio iudicis unde non concludit quod re extante succedat obligatio ad interesse, tamẽ nec etiam probat concludenter quod non succedat, quia non potest alio modo intelligi opinio etiam Guiliel. distinguentis quam tenuit gl. magna in leg. uinum. ff. si cer. petat. quod solum succedat obligatio ad interesse quando quis tenetur restituere ex delicto, sustineri potest secundum Ruy. per dictam l. in re furtiua. ff. de condi. furtiua. & leg. prima. §. rectissime. ff. de ui & ui arm. sed tamen non respondet ad text. in lege. si concubina. §. non solum. ff. rerum amo. & l. inter stipulantem. §. penul. infra. eodem. quæ probat etiam in delictis rem peremptam posse condici per actionem.

206 Quartam † demum opinionem uidetur ponere hic Ruy. dicens quod quando res extat apud reum indistincte conueniri possit ad rem ipsam, & manu militari iure actionis cogi potest restituere, dicta leg. qui restituere. ff. de rei uendicatione cum concordantibus. Aut uero extat sed non habet facultatem restituendi, & tunc si per eius dolum & adhuc iure actionis petitur, sicut rei uendicatio datur. leg. sinautem. §. sed & si quis. ff. de rei uendicatio. & leg. dolo. ff. de reg. iur. & dicta leg. prima. §. si conueniat. ff. depositi. Aut uero culpa desiit possidere, & tunc si habet facultatem redimendi, & similiter res ipsa est in obligatione, si uero non potest redimere, & tunc datur actio ad æstimationem, dicta le. prima. §. fin. ff. depositi, & leg. si filio. ff. de donatio. caus. mort. si uero sine dolo & culpa desiisset possidere, ut quia non teneretur de culpa uel nulla interuenisset, & tunc si non potest redimere tenetur quatenus est locupletior, argum. d. lege. prima. §. fi. ff. depositi. sed si potest redimere, & tunc est in electione actoris ut agat ad rem uel ad pretium. leg. illud. §. primo. ff. de donatio. causa mortis. quæ iura per multos intelliguntur de obligatione rem restitui, & si tenes quod loquuntur in obligatione reddendi, probant a fortiori, quia si in obligatione dandi illud contingit fortius in obligatione rem restitui in qua uenit factum. Item etiam si ammissa sit ex culpa & mora debitoris subdit quod si debetur ex contractu uel conuentione sola restitutio est in obligatione, di. §. item si is. institutio. quibus mod. re contrahitur obligatio. & lege. si creditor. C. de pign. actio. si uero ex delicto uel non probatur ammissio agitur ad interesse dicta l. si creditor. cum electione agendi ad rem, per l. illud. §. primo. ff. de donatio. caus. mor. ex quo infert rationem Barto. non esse ueram, ut hic per eum longissime.

207 Ego autem † puto quod quando reus habet facultatem restituendi quod omnino agatur ad rem, per dictam leg. qui restituere. & si non restituit condemnatur ad æstimationem non tantum secundum ueritatem sed etiam secundũ affectionem per iuramẽtum in litẽ. di. l. qui restituere. uidetur. n. quædam uenditio secundum æstimationẽ actoris, & cum sit sola æstimatio rei, sequitur

quod petitio fit ad rem omnino & officio iudi-
cis uenit æstimatio, secundum affectionem per iu
ramentum in litem, & cum illud iuramentum
non deferratur neque actio arbitraria datur nisi
quando est contemptus iudicis qui iussit resti-
tuere & non paruit, ut dixi in l. in actionibus. nu.
20. ff. de in litem iurando, sequitur quod est ne-
cesse quod agatur semper ad rem ipsam quando
habet facultatem restituendi tam ex contractu
bonæ fidei quam per actionem in rem, & idẽ erit
quando dolo desiiit posidere & res extat, quia si
militer iuratur in litem & condemnatur ad ip-
sam rem, per l. si possessor. §. fi. ff. de petitio-
ne hæreditatis, & l. arbitrio. §. 1. ff. de dolo, & di-
xi in l. in actionibus nu. 66. & 67. de in litem iu-
rand. & in hac conclusione conueniunt omnes
opiniones & omnia iura, ut supra dixi, in quo tẽ-
pore differt ab obligatione rẽ tradi & aliis obli-
gationibus faciẽdi quibus succedit interesse post
moram incontinenti, sed ratio est ut per Bart. &
melius propter magnã perfidiam, ut per gl. in l.
in actionibus. ff. de in litem iurando. si uero dolo
desiiit posidere & res non extat non iuratur in
litem ut ibi dixi, tamen quia dolo desiit posside
re possessor fingitur & conuenitur rei uendicatio
ne, dict. l. si possessor. §. fi. de petitione hęredita
tis. & regula pro possessore, de reg. iur. in 6. cũ si-
milibus conuenitur ad ipsam rem, & hæc conclu
sio etiam uera est intelligẽdo quod res potest pe
ti cumulatiue, non excludendo quin etiam com-
petat actio ad interesse. l. illud. §. 1. ff. de dona-
tionib. caus. mor. quæ loquitur quando dolus nõ
interuenit, ergo fortius si interuenisset quæ o-
mnia procedunt etiam in eo qui per furtum uel
rapinã rem habet, quia dolo semper definit pos-
sidere, unde si habet facultatem rei restituendæ,
& iussus non restituit, iuratur in litem, sed si res
non extat pro possessore dolus est, potest uendi-
cari res & peti per actionem personalem ut resti
tuatur, & tunc fiet condemnatio per officium iu
dicis, ut dicebat gl. in d. l. in re furtiua. in uerbo
æstimationis, intelligendo tamen ut dixi ꝙ hoc
fiat ex uoluntate, nam etiam potest competere
propria actio ad ipsam æstimationẽ & ad inter-
esse, & sic utrunq; remedium competat cumulati
ue, & fuit magna concordia istorum iurium con
trariantium, ita ꝙ re exstãte succedat obligatio
ad interesse cumulatiue, sicut succedit in factis
statim post moram, ut dicemus in sequen. quæst.
& quod hæc noua obligatio competat, & sic etiã
peti potest æstimatio, dicta lege. in re furtiua. &
lege prima. §. rectissime. ff. de ui & ui arma. & ut
competat actio alternatiue ad ipsam rem, uel
æstimationem fuit spetialiter inductum ut condi
ctio sit actio ad dandum uere & proprie com-
præhendendo obligationem æstimationis, item
procedunt etiam in contractibus bonæ fidei, &
in contractu commodati depositi & pignoris,
quia in omnibus illis casibus iuratur in litem, di
cta. l. in actionibus, etiam si dolo desiit posside-
re, & res non extat, dabitur etiam actio ad ipsam
rem, quia potest conueniri rei uendicatione, &
pro possessore habetur, dicta regula pro possesso
re, tamen etiam dabitur actio ad æstimationem,
per dictam legem. illud. §. primo. de donationib.
caus. mortis, & l. si ipsa. supra quod metus causa.
si ille tertius non erat in dolo, iuncta. l. metum. §.
uoluntate, eodem titulo. nam si datur rei uendi-
catio, necessario res ipsa petitur, cum æstimatio
quæ nunquam fuit actoris non posit uendicari.
§. appellamus. instit. de actio. si uero nulla culpa
fuit, uel quia non tenebatur de ea, ut in deposi-
to, uel quia nulla pęnitus fuit, & tũc seruatur tex.
in d. l. fin. ff. depos. si potest eã redimere ad rẽ uel
æstimationem potest conueniri, sed si non potest
redimere, ad solam æstimationem conuenietur,
& ita debet intelligi dicta lex. qui restituere, in
penultimo responso. ex qua distinctione apparet
quod in effectu resolutio Barto. uera est, quod re
exstante si habet facultatem rei restituendæ nũ-
quam succedit obligatio ad interesse, ea uero nõ
obstante succedit, sed tamẽ adhuc remanet actio
ad ipsam rem, & tunc datur actio primeua & se-
cundaria ad interesse alternatiue, & est unus so-
lus casus in quo sola æstimatio petitur quando
nulla fuit culpa & non potest redimere. item ap-
paret quod non constituitur differentia, an obli
getur iure communi, uel contra ius commune,
cum semper procedat dictum Barto. nec est dif-
ferentia inter obligationem ad reddendum, uel
ad restituendum, & quod obligatio, rem resti-
tui, semper re non extante utranque naturam &
obligationis dandi, & faciendi habeat, & est in
electione actoris quam uellit intentare, dicta le
ge. illud. §. j. de donatio. causa mortis, utilius ta-
men erit petere ipsam rẽ in casibus quibus iura
tur in litem uel succedit actio arbitraria, de qui-
bus in dicta leg. in actionibus. solum autem Bar.
non bene dixit in ratione differentiæ inter obli
gationem rem dari, uel rem restitui, uel fieri, nã
uera ratio est illa quæ ponitur per gloss. in dicta.
lege. in actionibus. uidelicet quod in obligatio-
ne, rem restitui, est maior perfidia quam in obli-
gatione, rem dari, unde in odium perfidi non re
stituentis est dispositum quod re non extante cõ
ueniri posit ad æstimationem alternatiuę, quod
non est in eo qui tenetur dare suum, item eadem
ratio facit quod re extante non succedat, cum
propter perfidiam suam non debet dari mode-
ramen competens in obligationibus faciendi ut
posit liberari præstando interesse, & sic hic est
unus casus in quo quis præcise cogitur ad facien
dum inter alios enumerandos infra in 8. quæst.
cogita tamen.

208 Septimo † quærit Bartol. an in factis, quan-
do succedit obligatio ad interesse, secunda tol-
lat primam uel potius utrunque sit in obliga-
tione alternatiue, uel in obligatione copulati-
ue, & argumentatur de omnibus, & dicitur quod
secunda non tollit primam, & utraque compe-
tit, item alternatiue non competit, nec copu-
latiue competit quia sequeretur semper incon-
uenientia, unde quarto dicebat Petrus quod u-
trunque erat in obligatione solutæ, & in obli-
gatione

gatione ſoluta electio eſt actoris.leg.ſæpe.§.cum uere dicamus.de uerborum ſignificatione. & argum.l.reſcripto.§.ſi pacto.ff. de pact.& leg.prædia.ff.de actio.emp. And. autem de piſis repræhendit, quia oratio ſoluta in effectu eſt coniuncta uel diſiuncta, ideo continetur in præcedentibus & nihil de nouo affert, ut late proſequit̃ Bar. Quare ipſe reſoluendo dicit, quod utrunque eſt in obligatione alternatiue non per conuentionem, ſed factum eſt in obligationem per conuennem, & obligatio ad intereſſe uenit ſubrogata per legem alternatiue, & ad inconueniens quod electio debet eſſe rei, reſpondet procedere in alternatiua quæ eſt inter res tantum, hic autem eſt alternatiua inter res & actiones mixtim, quo caſu eſt electio actoris, cum ſi daretur reo, aufferreretur actio ipſi actori. lege tertia. §. qui Stichum. ff. de eo quod certo loco. cum. §. ſequenti. & leg. inter ſtipulantem. §. primo. infra eodem. & hæc alternatio etiam eſt talis quod ſi conueniatur ad factum liberatur reus præſtando intereſſe, & ſi actor agat ad intereſſe liberabitur reus præſtando factum, ut hic latius per eum.

209. Ex cuius dictis † colliguntur duæ concluſiones principales. Prima eſt, quod obligatio ſequens ad intereſſe non nouat obligationem ad factum, quia utraque competit, & in hoc differt ab obligatione pœnali quæ ſolet nouare, & idem tenet in l. prima. in principio.ff. de actio. empti.colum.ſecunda per leg.prędia.ff.de actio. empti. & leg. ſi quis a ſocio. ff. pro ſocio. ſed in contrarium Ruyn. hic adducit eundem Bartol. communiter approbatum in leg. ita ſtipulatus. in prima oppoſitione. ultimæ partis. ſupra eodem, ubi diſtinguit, Aut ſtipulatio pœnalis apponitur obligationi præcedenti ex cauſa oneroſa, & tunc non nouatur præcedens, per dictam l. prædia.& l. ſi quis a ſocio. & l. duo ſocietatem. ſupra pro ſocio. Aut uero præcedens obligatio non ſit ex cauſa oneroſa ſed lucratiua, & tunc pęnalis ſtipulatio nouat præcedentem per illũ tex. & in l.obligationum ferre.§.fi. ſupra de actio. & obligationi. quæ loquitur in pœna adiecta facto promiſſo faciendi nauem, modo pœna ſuccedit loco intereſſe. l. fi. de prætoriis ſtipulationibus.ergo nouabit præcedentem obligationem cum in utroque ſit eadem ratio, & pœna uidetur adiecta fauore ipſius promittentis. per l.ſi quando.§.hæres de leg primo.ſicut etiam fauore promiſſoris ſuccedit obligatio ad intereſſe, ſecundum Bar. in quæſtione ſequenti circa finem. & ꝙ ſolet dici differentiam eſſe inter obligationem pœnalem & intereſſe in l.cum ſtipulatus ſim mihi a Proculo, & per Bartol. in leg. ſi inſulam. in ſexta quæſtione. infra eodem. procedit ex illa ratione, quia mitius agitur cum lege quam cum homine. leg. Celſus ſupra de arbitris, quod ceſſat hoc caſu, quia in ſtipulatione ex cauſa lucratiua, ſi nouaretur prima, durius ageretur cum lege quam cum homine, & melior eſſet conditio debitoris quam creditoris, cuius contrarium præſupponit Bart.in dicta leg. ita ſtipulatus. in prima oppoſitione. in ratione quam reddit inter unum caſum & alium, & maxime quia in caſu noſtro remanet deductum in ſtipulatione in facultate ſoluendi uſq; ad litis conteſtationem, per legẽ primã. in principio.ff. de penu. legata, leg. ſi inſulam. infra eodem. & propter hoc dicitur quod ſit nouatio. dicta lege obligationum fere.& etiam Barto.in dicta leg.prima.de actio. empti. uidetur tenere quod nulla ſit differentia in obligatione pœnali & intereſſe, dum allegat dictam legem .prædium. & leg. ſi quis a ſocio. quæ loquuntur in obligatione pœnali, & ad dicta iura patet reſponſio, quia loquuntur in ſtipulatione ex cauſa oneroſa, quo caſu non fit nouatio, nec per pœnalem nec intereſſe, ſecus quando fit ex cauſa lucratiua, ut per Bartol. in dicta lege.ita ſtipulatus. unde opportet quod Bartol. ibi, uel hic male loquatur. Videtur tamen melius dicere quod hic Bartol. bene loquatur & ibi male, quia ratio quod pœna ſit appoſita fauore debitoris falſa eſt, imo in eius odium. lege prima. in fine. ff. de penu.legat. licet quando per accidens uideatur fauere & Barto. præſupponit in dicta lege. ſi quando. §. primo. ff. de legat. primo, & in illo text. quantitas non fuit adiecta loco pœnæ, ſed fuit poſita in facultate ſoluendi. Et pro iſta opinione facit, quia intereſſe, licet aliquando excedat ualorem rei promiſſæ tamen aliquando minimum eſt. §. finali. inſtitution. de uerborum obligationib. & pœna eſt ſemper certa & præiudicat in totum, unde intereſſe uenit ex quadam æquitate legis uolentis fauere utrique, in pœna uero eſt ſola durities. leg. ſeruus ea lege. ff. de ſeruis exportandis. & hoc mihi magis placet, licet Ruy. uideatur dubitare.

210 Secunda † concluſio, quod commiſſa ſtipulatione ad intereſſe utrunque eſt in obligatione alternatiue, cuius electio pertine ad creditorem, quia eſt alternatiua actionum & rerum ne auferratur actio actori. lege ſecunda. §. ſi Stichum. ff. de eo quod certo loco, quæ concluſio ſimiliter eſt dubia ſecundum Ruyn. quia ſi commiſſa obligatione remanet facultas ſoluendi factum. d.lege. ſi inſulam. & ſi petatur factum habet facultatem reus adhuc ſoluendi intereſſe auffertur electio actori in effectu cum non habebit quod eligat, ſed reus ſoluet quod ſibi placebit, quod non eſt in dicto. §. ſi Stichum, quia illa actione electa habet ſuam executionẽ ut actor conſequatur quod petit etiam inuito reo, & ut concluſio procedat opporteret quod ſi actor peteret factum conſequeretur illud, & ſi peteret intereſſe condemnaretur reus in eo quod petitum fuiſſet ab actore eligente, ſicut fit in dicta leg.quod in hæredem, §. eligere, de tributoria, ubi condemnatio, & ſolutio fit ſecundum naturam actionis electæ. unde Angel. hic tenebat aliam opinionem, quod iſtæ duæ actiones copulatiue actori competerent cum proteſtatione, & modificatione quod ſufficeret una ſolutio. lege

1. §. cum autem. ff. quorum legato. sed Imol. & Alex. contradicunt, quia in casu dicti. §. quod autem, non cogitur actor eligere propter incertitudinem prouenientem ex parte rei. sed pro Angelo Ruy. adducit notata per Bart. in l. in duobus. §. ubi duo. ff. de duobus reis, ubi dicit, quod quando plures rei insolidum sunt obligati non potest actor agere contra aliquem cum effectu exactionis. leg. secunda. eodem titulo, sed solum cum protestatione quod erit contentus unica solutione, ergo eodem modo hoc casu idem uidetur dicendum. Sed hæc similitudo non est bona, quoniam in duobus reis unica actio competit contra plures, & simul debent, & electus soluere cogitur, ideo una solutio sufficit, & præstatio admittitur. sed hoc casu sunt duæ actiones separratæ competentes ad diuersas res obligatas, ideo similitudo non conuenit. unde Ruyn. dicit quod competunt copulatiue istæ duę actiones cum hac tamen qualitate quod non possit exigi utrunque, & ideo cogitur exigere, & una electa tollitur alia. lege quod in hærede. §. eligere. ff. de tributoria. Non obstat quod tolluntur electione quando actiones competunt ad idem & quando tendunt ad idem, secus quando tendunt ad diuersa, ut ibi, ergo utraque debet remanere, & non tolli per electionem, quia respondet Ruy. quod hæ actiones competunt fictione iuris ad idem, ideo electione tolluntur, cum interesse fictione iuris sit idem cum ipso facto leg. si stipulatus es opus. infra de fideiussori. & tenet Bart. in 9. quæstione.

211 Sed tu † potes dicere, cum habeamus effectum non curamus de modo. leg. Gallus. §. si eius. supra de liber. & posthumis. opinio tamen Barto. uidetur clarior quod dentur alternatiue, sicut contingit in leg. miles. §. decem. ff. de re iudicata. de stipulatione facti, subiicit postea Ruyn. quod si sit appositum iuramentum, quo casu præcise cogitur ad factum, ut dicetur in sequenti quæstione, an tunc poterit exigi utrunque & factum & interesse, & dicit ipse quod non, licet uideatur quod sic, per lege. si quis maior. C. de transactio. & ex mente Bald. in leg. sed & hæc. §. præterea. de procuratoribus. dum allegat illum textum, ut ipse dicit in sequenti quæstione ubi ego tangam. Adde etiam quod alternatiua est quo ad petitionem & solutionem sed copulatiua quantum ad obligationem, quia sunt uere duæ obligationes, ita quod electio. est actoris quantum ad petitionem, & electio rei quantum ad solutionem, & per dictam legem plærunque. in fine. ff. de iur. dotium. propter obligationem copulatam, & quando fertur sententia obligatio de qua non est condemnatio nouatur propter cõdemnationem. leg. quod libertinus. §. Iulianus. supra de oper. libertorum. & sic hæc alternatiua differt in duobus ab aliis, primo quod hic sunt duæ obligationes in aliis una ad duas res, item quia hic est electio actoris in petitione, & de aliis electio est rei, tam in petitione quam in solutione. dicta leg. plærunque. in fin. & hoc contingit, quia lex subrogauit hanc obligationem & actionem, & ut sit utilis opportet quod electio detur actori in petitione, & in solutione ipsi reo.

212 Resoluendo † omnia finaliter dicas, quod hic succedit cumulatiue noua actio, & obligatio & alternatiue, quia competunt ad diuersas res alternatiue, & cum sit alternatiua actionum electio est actoris, dicta leg. quod in hæredem §. eligere. ff. de tributoria, & cum sit alternatiua rerũ debitarum electio est debitoris in solutione, unde non est mirum cum sit mixtura in alternatione sit etiam mixtus effectus quantum ad solutionem, & hoc est clarius & uerius.

213 Octauo † quærit Bartol. hic, utrum quis præcise possit cogi ad factum, & refert plures opiniones quas reprobat & diuidit eam in tres partes, & prima est de obligatione ad factum metrum, in qua fuere duæ opiniones prima fuit Martini de Sileniano qui ponebat regulã quod obligatus ad factum præcise possit cogi, ut per gloss. & tex. in l. sed & hæc. §. prætor. & l. si filius. §. fi. ff. de procuratoribus. & l. stipulatio. §. siue. ff. de noui oper. nuntiatione. cum uiginti cõcordantiis relatis hic per Bar. fallit quãdo desiit posse facere, uel non interest actoris, quia tunc liberaturr reus præstando interesse. per l. si quis ab alio. §. fi. ff. de re iudicata. quibus adde ꝙ ciues cogũtur subire munera publica toto tit. ff. de muner. & honori. l. in priuati. §. j. ff. de pollicitatio. item litẽ cõtestari, ut no. in l. j. C. de litis contestatio. si presens est & testimoniũ dicere, totõ tit. ex. de testib. cogẽd. item maritus põt præcise compelli ad habitandũ cũ uxore. Abb. in c. j. in ult. notabili de spõs. & hic per Ias. Sed Bar. reprehendit, quia imo electio datur reo, an uelit soluere æstimationem uel præstare factum, per tex. in l. in stipulationib. §. operarum supra eod. ibi, si potius libertus malit soluere æstimatiõẽ, ergo est in eius arbitrio soluere, & facit tex. in l. si quis ab alio. §. fi. ff. de re iudicata. & pertranseunt alii. sed tu dicas ꝙ di. lex in stipulationib. nõ probat contra regulã Marti. quia ibi erat soluenda opera præterita quæ non poterat amplius præstari, ut declarauit idẽ Bart. supra in 9. oppositione. & fuit necessaria expositio, ut ibi per regulas iuris quãtũ ad modũ exigẽdi, & satis admitti potest hęc ratio simul cum allegatis supra si sola non deberet sufficere.

214 Præterea † tot exempla allegata per Marti. nõ possunt bene includi in illo dicto, quod obligatio ad factum ueniat ex dispositione legali, nã clausula. iudicatũ solui, cõtinet illas duas de defendendo & dolũ malũ abesse, & ille non ueniũt a lege sed ab homine, & idem in l. si filius. §. fi. ff. de procuratori. & solum potest dici quod est lex quæ iussit in illis casibus uel stipulationem fieri, uel etiam compelli præcise ad factum, eadem ratione potest dici quod mandat alias promissiones factorum præcise adimpleri, sicut facit in le. sed si possessio. §. fi. ff. de acquir. posse. & certe hæc opinio uidetur nedum uera sed uerissima, cũ ut dicebat Marti. ipsa carta deficeret si omnia exempla

pla scriberentur.sed ex usu recepta fuit contraria opinio, quia experientia demonstrauit quod cogere hominem facere est ualde laboriosum, & aliquando permittit se excoriari.l.3.cum glo.C. de hæredi. insti. & dicit prouerbium quod tota uniuersitas Mutinensis non potuit facere quod asinus inuitus cogeretur bibere. unde actor non potest habere factum etiam quod multum laboret,& ad ultimum non potest sibi prouidere nisi cum pecunia captis pignoribus uel alio modo auffugit enim, aliquando se extorquet, se proiicit in terram,& permittit se carcerari, & dicit ꝙ potius stabit in carceribus per quatuor annos, quam quod adimpleret illud factũ, taliter quod est magis tediosum & periculosum ab initio accipere factum quam non recipere, & sic experientia & usus pro minori labore & tedio recepit, ꝙ non cogatur præcise, licet in aliquibus casibus iudex faciat maiorem instantiam ut præcise cogatur,& rigorosius eximatur,& ponat in cõpedib.

215 Vnde† Iacobus de Arena omnia allegata per Marti.reduxit ad unum caput, dicens quod quando factum uenit in obligatione legali tunc põt cogi reus præcise, si uero non uenit in obligatione legali,& tunc ponit regulam, & sequitur Bar. hic& omnes dantes hanc latam limitationem ad regulam.l.si quis ab alio.§.fi.ff.de re iudic. Quæ restrictio non est facta per uerba conuenientia, ideo Bar.dicit, si obligatio facti inducitur a lege quod etiam non est proprium ut in promissione hominis obligatio inducatur a lege ideo uidetur posse dici, Aut lex introducit quod aliquis teneatur facere uel mandat quod compellatur facere &tunc præcise compellitur nisi ulterius procedat dando alium modum in casu contumatiæ, hoc enim opportet addi, cum semper procurator non cogatur defendere.ut in dict.l.si filius.§. fi.& l.sed& hæc.§.prætor.ff.de procurato.&in stipulatione de euictione, in qua potest dici quod ex dispositione legis ueniat defensio in prætoria stipulatione,&tamen non cogitur præcise.l.cum ex causa.& l.in exequtione.§.insolidum.hoc tit. nostro.& l.nouissime.ff.iudicatum solui. prætere a quando quis obligatur non facere in æternũ lex non potest cogere ut faciat, Obligat enim homines ad non occidendum alium,& non faciẽdum peccata, nec dolum interponere, tamen nõ potest cum omnibus uiribus suis prohibere ne fiant, unde est necessariũ quod procedat ad pœnas corporales, uel solutionem interesse,& tamẽ non facere est facti.le.2.§. si in facto.& le.4.§.Cato supra eodem. ideo uidetur necessarium quod hic casus declaretur per alia uerba ut excludatur obligatio de non faciendo, item quod re non extante succedat obligatio semper,& in casu rei uẽdicationis.iux.l.qui restituere.ff.de rei uend.igitur debet dici quod quãdo lex disponit aliquid generaliter fieri uel spetialiter per aliquem fieri seu mandat aliquem compelli ad faciendum, tũc præcise compellitur facere, per dicta iura, quam conclusionem docto.tenent cum modificatione si placeat actori, cum semper etiã succedat obligatio ad interesse di.§. siue autem. item declara ut procedat in facto affirmatiuo, secus si intẽdat aliquid non fieri, quia tunc non potest præcise compelli non facere nisi cum pœna comminatione uel solutione interesse, item declara si potest fieri, quia si desiit posse fieri tenetur ad interesse. Item declara nisi lex ulterius procedat ponendo in casu contrauentionis aliam formam.

Ad exemplum legis faciunt doct.aliud membrum, quando obligatio ad faciendum inducitur ex dispositione legis, dicentes quod tunc obligatus præcise cogitur facere, per legem fideicõ

216 missa.§.fi.ff.de leg.3. Kuyn. tamen hic† negabat hoc membrum & dicebat quod procedebat ille tex.quando erat electa industria personæ propter uerbum(per ipsum)ibi positum,& ideo constituebat loco istius aliud membrum, quando electa est industria personæ, ut tunc reus cõpellatur præcise facere siue ex testamento obligetur siue inter uiuos, cum tacite uideatur actum inter cõtrahentes ut præcise facere teneatur, ideo sicut si expresse dictum fuisset quod omnino cogi possit facere seruaretur conuentio, lege hæreditatem. cum glo.ff.de donatio.& ibi no. eodem modo si tacite actum fuisset, sicut etiam dicunt doct. hoc seruari deberet quando iuramentum est appositum quasi tacite promiserit.arg.l.inter artifices. ff.de solutionib.& propter hoc cessat ratio Bar. quod sit eadem quando electa est industria personæ, quia imo est diuersa ratio, cum hoc casu tacite uideatur actum ut omnino præstetur, tamen

* mihi placet communis* opinio, quod sit spetiale fauore ultimæ uoluntatis ut seruetur, cum testator fortius possit obligare quam contrahentes, ut no.de prohibitione alienationis in l.filius familias.§.Diui.ff.de leg.primo.& l.3.C.de condi. ob causam.& transfertur dominium, contra leg. traditionibus.C.de pact. quia lex appellatur. §. disponat in auth. de nuptiis. unde fiebant antiquitus per modum legis ut dixi in rub.& l. 1. ff. de leg.primo.& libertus obligatur ad monumẽtum.l.Titio centum.§.Titio.ff.de cond.& demõ. Nec obstat dicta l.inter artifices.quia differentia est in operis ut non iudicentur eiusdem ualoris & non possit seruire per substitutum, quia non esset idem factum, sed si ipse non uult seruire per se & offert æstimationem auditur cum hoc quod æstimatio sit maior quam fieret de cõmuni opera, ideo artifex soluit maiorem æstimationem & non cogitur præcise facere, nec obstat quod uideatur actum ut præcise cogatur, quia hoc negatur, cum præsumatur se taliter contra naturam promissionis factorum uelle obligare.l. stipulatio ista.§.si stipuler.secundo responso. supra eodem.Nec obstat dicta l.fideicommissa.ibi.per ipsum, quia illud uerbum demonstrat uoluntatem testatoris esse ut ipse faciat, non autem quod sit electa industria, uel etiam si elegerit propter potentiam ultimæ uoluntatis cogetur, non autem quia sit electa industria, cum illa forsan causauit testatorem ita uoluisse exercere suam uoluntatem.

217 Quare habes†duas conclusiones firmatas,una
est,quod sola electio industria personæ non fa-
cit quod quis præcise possit cogi, sed solū quod
non possit delegare nec facere per substitutum
uel alium.Alia est, quod iussus a testatore facere
per seipsum opus cogitur præcise facere, prop-
ter potestatem testatori concessam, quæ in hac
parte æquiparatur legi,& tanquam iussus a lege
præcise cogatur facere.
218 Ex qua regula†infertur secundum doct. quod
idem erit in pia causa & ob publicam utilitatem
ut dicebat glo.de scriptore, & idem posset dici
de pollicitatione dicta l.ob casum.& lege polli-
citationibus.& l.imperatores.infra de pollicita
tionibus.tamen Bar.reprehendit istas illationes,
quia non uidentur de mente iurium,& mihi pla
cet,quia prædicta regula non est fundata in solo
fauore ultimæ uoluntatis,sed in pleniori potesta
te testatori concessa quæ non militat in aliis di-
spositionibus,& propterea dictum glo. de scri-
ptore non procedit, sed an idem sit in libertate
ut quis præcise possit cogi,uidetur quod sic, per
l.qui Romæ.§.Flauius.in fi.infra eodem. ubi no.
Paulus de Castro. tamen Alex. ibi tenet contra-
rium.per leg. si pecuniam.§.sed si receperit.ff.de
condict.ob causam.& dicit dictus.§. Flauius non
probare quod cogatur manumittere,imo potius
ex no.per glo.ibi probatur contrarium,dum di
cit quod agatur actione præscriptis uerbis quæ
datur ad interesse.l.naturalis.§.prmo.de præscri
pt.uerb.Areti.uero tenebat ibi opinionem Pau-
li deCastro quod imo præcise cogatur manumit
tere per illum tex.qui etiam in fine hoc probat,
quod est inductum non fauore libertatis sed ra
tione affectionis,ideo nullo alio probato inter-
esse hæc sola ratio affectionis faciat quod coga-
tur manumittere,limitando in hoc illum textū.
Ruy.uero dubitat,quia interesse affectionis non
solet considerari nisi in contractibus bonę fidei,
secundum glo.in l.fideiussoris. ff.de pact.per le.
cum mandato.ff.mandati.præterea non uidetur
uerum quod interesse affectionis esset in dicto.§.
Flauius,nec in dicta l.naturalis. §. primo.nec in
dicto.§.sed si acceperit, si seruus extraneus erat
manumittendus,cum ille tex.loquatur generali
ter.l.1.§.generaliter.ff.de leg.præstand. & l. de
pretio.ff.de publicia. actione, ideo ipse dicit nō
posse assignari aliā rationem spetialitatis quod
promissio de faciendo alteri ualeat sine interes-
se nisi fauore libertatis, ut ipsi seruo acquiratur
actio ut possit implorare officium iudicis quod
manumittatur,ut dicitur ibidem in fi.unde Ra-
phael dicit ibidem esse spetiale contra legem sti
pulatio ista.§.alteri.supra eodem. cum quo uide
tur transire Alex.& addit aliam rationem de le-
ge quotiens.C.de donationibus quæ sub modo.
ubi alteri potest acquiri per donationem.tamen
Alex.inclinat quod præcise possit cogi ad manu
mittendum,& ad dictum.§. si acceperit respon-
det quod procedit in contractibus innominatis
in quibus propter debilitatem succedit obliga-
tio ad interesse,ut dictum fuit in undecima op-
positione, quę tamen responsio uidetur dubita-
bilis secundum Ruyn. quia glo. in di.§. Flauius.
tenet quod ibi competat actio præscriptis uerb.
ex contractu innominato resultante ex correla-
tione contractus facti,iuxta no.in l.fi.per Bar.ff.
de condi.ob causam.& plenius.in l.petens.C. de
pactis.per legem secundam.C.de pact.inter em-
ptorem & uenditorem.unde Ruy.secundo respō
det quod in dicto.§.si acceperit non cogitur prę
cise manumittere propter offensam quā habuit
obligatus manumittere ex fuga serui, & quāuis
illa non sufficiat ad pœnitentiam,tamen sufficit
adhoc ut præcise non possit cogi,& repetitio da
ti potius habet locum ex capite causæ non secu-
tæ quam ex capite pœnitentiæ, ut hic latius per
eum.sed ego puto quod quatenus dicunt ibi nō
esse rationem affectionis propter generalitatem
non bene dicunt, quia etiam in extraneis potest
cadere ratio affectionis propter uarias causas,
quæ late ponuntur in rub.& le. 1. ubi dixi. C.de
sententiis quæ pro eo quod interest.Item ex alia
causa poterit esse interesse,uel quia reciperet ser
uitia,uel quia in conscientia teneatur, hoc enim
præsumendum est, quia donauit manumissionis
causa,& tex.præsupponit promissionem ualuisse
de iure communi,non ex aliqua causa speciali.
219 Placet†tamen quod ille qui accepit ut manu-
mittat præcise possit cogi ad manumittendum,
nam manumissio est potius obligatio dandi quā
faciendi,ut dixit Bar. hic super 3. oppositione,
declarando tex.in l.fi.C.de fideicommiss. liber-
ta.uel saltē sit casus mixtus, unde succedit quod
pręcise cogitur sicut doct.concludunt quod obli
gatus ad restituendum præcise cogitur,ut dictū
fuit in præcedenti quęstione,& tenuit glo. fi. ibi
quæ dixit non acquiri actionem ex constitutio-
ne quando uoluit seruum manumitti sola uindi-
cta.per legem mancipia.ff. qui sine manumissio.
ad liber perueniunt.quamuis ille text. mihi non
probet cū loquatur de donatione causa mortis,
quæ reuocabilis est.Non obstat dictus. §. si acce-
perit,quia nullibi dicit ille text. quod si agatur
præcise ut manumittatur quod non possit cogi,
sed omnes dubitationes fuerunt quando præsta-
ri non potest,& quomodo repetitio dati fieri de
beat stante dicta fuga, in ultimis uero uolunta-
tibus clarum est quod hæres cogitur manumitte
re,&potest carcerari,tamen si latitat subuenitur
seruis per prætorem qui dabit libertatem secun-
dum formā positam in. l. cū uero. §. apparet.&§.
cogetur. & §.subuentum.ff.de fideicommis.liber
tati.quod etiam uidetur habere locum in seruis
donatis inter uiuos,dum dicit, non solum ad uē
ditos.per legem primam.C. si mancipiū ita fue-
rit alienatum ut ipso iure,si contumax est,efficia
tur liber.Ex alio tamen capite potest sustineri q̄
fauore piæ causæ,&fauore publico,& in fauorem
fisci& reipublicæ possit cegi,quia hæc coactio de
facili permittitur.cum uideamus esse permissum
in obligationibus restituendi propter perfidiā,
& in obligatione rem tradi ex causa uenditio-
nis,& militat natura conuentionis quod debeat
seruari,

seruari, & in multis aliis casibus similibus infra dicendis, ergo uidetur quod, arguendo a simili, idem possit dici fauore piæ causæ, fauore fisci, & & aliarum fauorabilium causarum, ut argumentantur docto. & ibi late Decius in l. prima. & le. fi. C.de edend.

220 Sexta† fuit opinio Petri qui distinguebat duo membra, unum de eo qui est obligatus ad factū, Aliud de eo qui non est obligatus, in primo mēbro constituit quatuor casus. Primus est, quando stipulatur alteri, & non cogit̄ præcise. Secundus est, quando habere interesse affert utilitatem sicut factum, & tunc similiter liberatur præstando interesse. Tertius casus est, quando ex tacito intellectu non uidetur cogitare de facto præciso, & eodem modo non cogitur præcise nisi actio esset peritura, uel nisi frangeret fidem duobus. Quartus casus est, quando non fuit actum ut cogatur præcise, ut scriptor, fallit in mandato. di. §. mandatū. In secundo membro constituit duos casus. Primus est quando agitur ad factum propter principale interesse, & sufficit præstare interesse, l. Paulus. quibus mod. pignus uel hypotheca soluitur. Secundus casus est, quando agit principaliter ad factum & cogitur præcise. l. qui restituere. de rei uendi. quam distinctionem Bar. dicit esse imperfectam.

221 Vnde septimam† distinctionem & opinionem posuit Bar. qui similiter constituit duo capita, unum quando agitur contra eum qui est obligatus. Secundū quando agitur contra eum qui non est obligatus. In primo capite constituit quinque casus, unus est, quando quis est obligatus obligatione legali, & tunc cogitur præcise, declarando quod inducitur a lege semper quando præter principale propositum obligatur. Secundus est, quando quis obligatur ex dispositione testatoris & cogitur præcise. Tertius est quando subrogatur conuentio loco obligationis legalis. dicta leg. stipulatio. §. sinautem. ubi cogitur præcise. Quartus casus est quando factum est explicandū in iudicio & cogitur pręcise. dict. §. prætor. Quintus est casus, quando factum non est explicandū in iudicio, & tunc indistincte dicit quod non cogitur, sed liberatur præstando interesse, nt in hoc tex. In secundo capite constituit duos casus, ut per Petrum.

Vnde ex eius theorica constituitur regula negatiua, quod qui tenetur ad factum non cogitur præcise facere, sed liberatur præstando interesse. Fallit quando obligatur ex legis dispositione. Secundo fallit quando obligatio hominis subrogatur loco dispositionis legalis. Tertio fallit quā do obligatur ex dispositione testatoris. Quarto fallit quando factum est explicandum in iudicio. Quinto fallit quando agitur ad restituendū ex rei uendicatione. l. qui restituere. ff. de rei uendicatione.

222 Quæ dicta† licet approbentur per docto. tamē recipiunt multas difficultates, & primo circa regulam tu potes eam negare ut dixi super prima opinione, quia imo regula contraria est constituenda, quod obligatus ad factum præcise possit cogi, ut uolebant Marti. & Petrus, cum opinio cōmunis concludenter non probetur in iuribus allegatis per Bar. & alios. solum autem potest defendi, ex capite quod per experientiam apparet seruando illum rigorem cogendi præcise esse damnosum utrique, cum neminem obstinatū possimus cogere facere. ideo ut euitentur ille difficultates communiter docto. interpretati fuerunt legislatores in legibus allegatis per eos habuisse illam intentionem, & licet in uerbis uideantur dubiæ, tamen in mente sunt claræ & resoluuntur quod obligatus ad factum præcise non possit cogi, & hoc modo dicta iura inducta probant communem opinionem. Item licet primam limitationem approbet Bar. in l. 1. §. 1. ff. de no. operis nunt. & per tex. in l. illud conuenit. ubi Bar. & Angelus, C. de excusatio. tuto. & Bal. in l. Nec patronus. C. de oper. liber. dicentes illud esse propter authoritatem legis ne fiat contemptibilis ut hic per Ias. Hæc prima quoque limitatio recipit difficultates alias, cum etiam obligati ex dispositione legali non cogantur præcise, ut patet in glos. in dicta l. alius. §. fi. & d. l. sed & hæc. §. prætor. & propterea debet modificari ut lex iubeat illum compelli tacite uel expresse, & quod non desinat posse fieri, ut supra etiam dixi.

Secunda quoque limitatio non est simpliciter uera, quia non sequitur, subrogatur in locum legalis obligationis ergo præcise cogitur, cū contradicat glo. in dicta l. si filius. in fi. & d. prætor. ubi satisdatio ab homine præstatur in locum obligationis legalis saltem in principalibus, tamē non semper præcise cogitur, ut ibidem dicitur, & probatur in l. non satis. ff. de in ius uocando. & l. non cogendum. ff. de procuratori. idem probatur in stipulatione de defendendo quæ pręstatur a principalibus aliquando cum satisdatione de iudicato soluendo, ut no. in l. sciendum. per totam legem. ff. qui satisdare cogantur. & tamen nō cogitur præcise, sed soluēdo interesse liberatur, l. nouissime. & l. iam tamen. §. in hac, & l. cum quębatur. ff. iudi. solui. & tamen principales per l. obligantur defendere & soluere iudicatū. auth. qui semel. C. quomodo & quando iudex. & l. properandum. §. sinautem. C. de iudi. & l. a Diuo Pio. ff. de re iudi. cum similibus, unde necessarium est temperare sicut præcedentem quando lex ultra obligationem faciendi mandat etiam illum præcise compelli, & faciunt iura allegata per Marti. in d. l. si cum exceptione. & l. sed & si quis. ff. quod metus causa. & dicta l. siue autem. & dicto. §. prætor. cum similib.

Rursus tertia limitatio Bar. quando actus est expediendus in iudicio quod præcise cogatur facere, non est simpliciter uera. nam ut dictum fuit defensio expeditur in iudicio ut dixit ipsemet Bar. in præcedenti quæstione, & tamen non compellitur præcise. dicta l. nouissime. & l. cum quærebatur. ff. iudicatum solui. cum concor. & l. cum ex causa. & l. in exequtione. §. insolidum. infra eodem. & facit etiam tex. in l. fi. ff. de eo per quem

factum erit.cum sua glo.magistrali quæ uult per istum textum.cum concordan.quod qui promisit sistere in iudicio præcise non possit cogi sed stipulatio committitur ad interesse uel a pœnã, & habetur in l.si insulam.infra eodem. nec obst. dicta l.cum procurator.ff.de in ius uocando.per quem tex.Alexander & Ias. uidentur uelle quod obligatus sistere cogatur præcise. nam ille text. non dicit de obligatione ad sistendũ,sed de obligatione ad exhibendum quæ est magis præcisa ut infra in toto titulo de lib.homine exhibendo, & de tabu.exhibend.ideo & hæc limitatio temperanda est sicut præcedentes quãdo expressum est tacite uel in uerbis quod præcise compellatur,ut dixit tex.in d.l.eum pro quo.&d.l.si cum. & d. l. sed & si quis.

223 Ex quibus† declarationibus apparet quod prędictæ tres limitationes includuntur sub una uniformi,scilicet quando lex mandat quod præcise compellatur,nã si non mandat tacite uel in uerbis stabimus regulæ quod præcise non cogatur ex quacunque dispositione sit obligatus. Fallit quando lex spetialiter expresse uel tacite mandat ut præcise cogatur,& faciunt omnia dicta iura quæ procednnt in suis terminis & non extenduntur ad totam materiam,quod bene nota, & cogita quantum uis & cum difficultate melius reperire poteris tenendo communem regulam,

224 Cui limitationi † tam generaliter constitutæ potes addere etiam aliam generalem,quando inter partes actum fuit expresse uel per urgentes coniecturas quod peæcise possit cogi. nam tunc stabimus conuentioni, cum præcise cogi non sit contra bonos mores ciuiles neque naturales,ergo seruanda est conuentio.l.1.& l.iurisgentium. §.prætor.ff.de pact.& l.1.ff.de consti.pecun.& c. 1.& 3.extra de pact.& l.1.§.si conuenerit.ff. de-
* positi.& tenuit gloss. communiter approbata in l. hæreditatem, ff. de donationibus. ibidem & hic per Alex.

225 Alia quoque limitatio† tradita, quod obligatus ex dispositione testatoris præcise cogatur facere,per legem fideicommissa.§.penul.de lega.3. recipit & aliquas difficultates,&an procedat ex industria ibi electa, an uero propter fauorem ultimæ uoluntatis,& Bar.infra tenet esse spetiale, quia ultima uoluntas æquiparatur legi, & est cõ-
* munis* opinio. sed temperari debet ut appareat expresse uel per cõiecturas sufficientes quod uoluit per ipsum fieri, idest quod ipse procuret ut fiat,ut inquit tex.in d.§.fi.& si quidem esset architector præsumeretur electa industria personæ ut ex sua scientia faceret de sua manu, sed si non esset architector,illa uerba per ipsum intelligerentur quod ipse procuraret fieri,& sic non præcise cogatur. unde non uidetur esse noua limitatio, sed contineatur sub præcedenti quando disponens tacite uel expresse mandauit quod præcise faciat,& nulla sit spetialitas in ultima uoluntate,quod satis probabile est propter illa uerba, si propter ipsum uoluit fieri, potest etiam dici, quod ibi sit spetiale fauore reipublicæ, sicut doc-

cto.uolunt esse spetiale in pollicitatione.l.impe
ratores.ff.de pollicitatio.& ille tex.in §. penult.
& fi.loquitur solum de opere fiendo reipublicæ,
quæ declaratio uidetur recipienda tenendo re-
gulam suam firmatam,nam eam tenendo oppor
tet respondere ad dictam legem domum. de pol
licitationibus.& dic l. imperatores allegatã per
Ruyn.contra eam,quod procedant fauore reipu
blicæ.ergo idem erit dicendum in dicta l. fidei-
commissa. §. penul. & sic per unam rationem uel
aliam apparet quod non est limitatio spetialis
sed continetur sub prædictis. Et prædicta arbi-
tror consideranda esse etiam quando prætendi-
tur quod est electa industria personæ,nam opor-
tet inspicere coniecturas,an tacite sit actũ quod
præcise cogatur,& tunc cogetur,si uero non erit
actum non cogetur,& in dubio præsumemus nõ
esse actum,propter authoritatem doct.hic, unde
continebitur sub præcedenti.

226 Quinta quoque † limitatio de lege qui resti-
tuere.ff.de rei uendica.non uidetur spetialis li-
mitatio,quoniã licet non sit conuentus rei uen-
dicatione obligatus restituere ex aliquo contra
ctu, tamen obligatur per legem ex quodam qua
si contractu qui inducitur ex peruentione rei, ut
dixi late in rub.ff.si cer.pe.de actione ad exhiben
dum,& aliis in rem scriptis,unde continetur sub
prima quod lex mandat eum compelli ad resti-
tuendum.Secundo ex alio nõ uidetur facere spe
tialem limitationem, quia continetur in sequen
ti parte de obligatione rem restitui,ad quam te
nentur omnes conuenti rei uendicatione, ideo
potes facere unam limitationem solam de hac
parte & de sequenti in qua Bar. tractat de obli-
gatione ad restituendũ, &dicere quod regula fal
lit in obligatione rem restitui, quia licet conti-
neat obligationem facti,tamen re exstante cogi
tur præcise facere.d.l.qui restituere. & ratio est
quia lex ita mandauit propter perfidiam quam
uidetur facere differens restituere,ut per glo. in
l.in actionibus.supra de in litem iurando.& di-
xi supra in 6.quæstione, quæ tamen limitatio su
blimitatur non procedere quando restitutionẽ
quis petit ut consequatur commodum pecunia-
rium.l.Paulus. quib.mod. pignus uel hypotheca
soluitur.Item fallit quando desiit dolo posside-
re,quia condemnatur ad æstimationem secundũ
affectionem.per dictam legem qui restituere, &
dicta l.in actionibus,quoniã non est conueniens
ut uero pretio emamus rem quam dominus co-
gitur uendere ex perfidia emptoris,ut dicitur in
d.l.in actionibus.& d.l.qui restituere.Item fallit
quando nullam culpam commisisset, & non po-
test redimere,quia sufficit soluere iustam æstima
tionem.l.1.§.fi.ff. deposi.

227 Sextam† limitationem posuit Bart. in 3.parte
quando tractauit de obligatione rem tradi, cũ
ampliatione nam ampliat dictam regulam nega
tiuam,quod præcise non possit cogi, quando te-
netur ex cõtractu stipulationis. per legem si fun
dum.infra eodem.& l.si rem tradi.supra eodem.
& limitat non procedere in eo qui tenetur resti
tuere

tuere ex contractu uenditionis, nam tunc cogitur præcise tradere si habet facultatem restituendi. §. pretium. in uerbo omnino tradatur, insti. de empt. & uend. & §. aliud. insti. de donatio. & ibi per glo. quæ approbat opinionem Martini, sed si non habet facultatem restituendi non liberatur præstando interesse. l. 1. ff. de actio. empt. & leg. si traditio, C. de actio. empt. quæ restringuntur ad istum casum, & est ratio, quia obligatio ad rem tradendam ex contractu uenditionis non continet merum factum, sed causam bonorum. l. in conuentionalibus. §. fi. infra eodem. cum si uenditor sit dominus, in emptorem transfert dominium, sed si non est dominus, usucapiendi conditionem, l. exempto. ff. de actio. empt. & in effectu tendit ad dandum, ideo in parte sequitur naturam dandi, & tenent communiter docto.

228 Sed in cōtrarium† allegatur tex. in l. si iactum retis. ff. de contrahenda empt. ubi si quis uendat iactum retis non cogitur præcise iacere, sed liberatur præstando interesse. Similiter si proiecit & cepit pisces non cogitur illos præstare sed liberatur. dando æstimationē, ergo ex contractu uenditionis quando habet facultatem tradendi non cogitur præcise tradere soluunt communiter doctor. quod est speciale in illo casu quando quis emit aliquid incertum ex futuro euentu, ut hic per Alexand. & Ias. Ruyn. uero dicit quod illa responsio non conuenit secundo dicto ubi erat certificata incertitudo, & habebat facultatem tradēdi, & erat dominus, unde potest dari responsio, quod ille tex, non negat quin præcise possit cogi, & solum tex. ibi declarat quomodo soluatur æstimatio quando emptor contentatur de æstimatione, uel secundo illud procedit quia piscis est res cito peritura & non potest regulariter esse tempus præcise cogendi, tamē ego uidi in hoc multos sibi dicere ius manibus propriis Salerni & Messannæ. ratio tamen non est generalis, cum in ciuitatibus paruis in promptu sit semper iudex qui potest per horam præcise cogere. ideo solui potest, quod ibi tex. non negat quin uolente emptore præcise cogatur tradere, solum autē dicitur quomodo interesse æstimatur in futuro euentu uendito si actor præcise non petat ipsam rem, ideo sequitur quod si emptor instabit cogitur uēditor pisces captos tradere & fidē seruare.

Sed ex alio reprehenditur limitatio, quando ratio differentiæ non concludit, cum licet uenditor tradendo (si est dominus) transferat dominium, tamen illud non est in obligatione, nec datio, sed sola traditio, d. l. 1. ff. de actio. empt. & hic tenet Alex. & Paul. ergo translatio dominii non debet esse in consideratione. l. rogasti. in princ. ff. si certum peta. & per no. per Galli. & Alexand. in l. iurisgentium. §. sed cum nulla. ff. de pact. dum dicitur quod licet qui promittit factum uideatur etiam promittere interesse, ut expresse tenet glo. 2. hic, tamen dicitur sola promissio facti, cū interesse ueniat in obligatione accessorie, & non habetur in cōsideratione. Secundo adducit, quia in obligationibus dandi est factum. l. in facto. ff. de condi. & demonstra. sed quia uenit accessorie non consideratur ut factum, & appellatur datio ut sæpius dictum fuit, item si ratio Bar. esset uera, obligatio esset diuidua sicut obligatio dandi, cū participet de ea, & contra Bart. tenuit Bald. in l. contractus. C. de fide instrumento. Alex. respondet quod quando uenditor est dominus datio non est in obligatione. Secundo dicit Ruy. quod in traditione uenit dominij translatio aptitudine quæ attenditur. l. Labeo. ff. de statu lib. & lege sed si. & l. uendica. ff. de rei uend. Tu dicas, quod imo dominii translatio est principaliter in cōsideratione, quoniam emptor uult acquirere dominium si dominus est uenditor, uel usucapiendi conditionem si non est dominus. dict. l. ex empto. ff. de actio. emp. & finis est attendendus, quia est primus in intentione licet ultimus in executione, & mutat naturam actus. l. si quis nec causam. ff. si certum peta. Item tertio oppositio non ualet quoniam uerum est quod obligatio rē tradi est diuidua ut supra conclusi, ideo limitatio remanet uera, quæ ampliatur procedere etiam, quando fienda est redditio ex causa dotis. l. fi. C. ad Velleianum. cum adductis hic per Ias. ampliatur procedere quando traditio esset fienda ex cōtractu feudali. cap. 1. §. si feudum. si de feud. fuer. controu. inter domi. & agnat. & cap. 1. de noua forma fidelita. cum aliis adduct. per Ias. & in summa, in omnibus casibus in quibus traditio continet causam bonorum per condemnationem, & potest etiam alia ratio assignari quod ex tacita mente contrahentium uidetur actum ut præcise cogatur tradere propter illum finem certū, quæ tacita mens consideratur, ut uoluit Petrus in casu contrario. per legem non satis. ff. de in ius uocando. & l. non cogendum. ff. de procuratorib.

229 Vltra Barto.† doct. hic addunt septimam limitationem quando est appositum iuramentum, nā tunc præcise iurans potest cogi ad factum, per glo. no. uulgatam tamen in l. si pecuniam. in glo. necesse. ff. de condictio. ob causam. super qua limitatione latissime insistunt hic Alexan. & Iaso. & in dicta l. si pecuniam, quia frequentissime cōtingit, & probatur in ca. fi. ne prælati uices suas. & per rationem, quia iuramentum debet adimpleri in forma specifica. cap. ad nostram. de iure iurand. item iuramentum facit ualere actū omni meliori modo l. cum pater. §. filius matrem. ff. de lega. secundo. & habet uim clausulæ (rato manente pacto, l. si quis maior. C. de transactio. quā adhoc allegat Bal. in l. sed & hæ. §. prætor. ff. de procurato. unde uidetur quod propter iuramentum possit actor sequi interesse & factum sicut eo pacto apposito consequeretur.

Quarto facit, quia iuramentum potest seruari sine interitu salutis æternæ, ideo adimpleri debet. cap. cum contingat. de iureiurando. & hanc opinionem tenent Anto. de Butrio & Abbas in cap. ueniens. de iureiurando. Hostien. & Ioan. Andr. & Imo. in cap. per tuas. de arbit. Ang. Paulus, & Alex. in l. si conuenerit. ff. de iurisd. omnium iudicum. & Roma. & Alex. hic, per cap. ex literis.

& capitulum sicut.de sponsali.Ias.in dicta l.si pecuniam.adducentes Abbatem in dicto cap.licet. quod ex lege diuina omnes tenentur seruare iuramentum,per illud dictũ Christi in cap. si Christus.de iureiurando.& sequitur Areti.in le. si ita quis.§.ea lege.infra eodem.& cap.1.de iudi. dicens non obstare.l.fi.C.de non num. pecun. quia quod succedat obligatio ad interesse est ex accidentali natura actus non autem naturali quia uenit propter moram occurrentem, & alio modo respondet Imo.in dicto cap.pertuas.ut hic refert Ruy.sequitur etiam Fely. in dicto ca. ad nostrã. per prædicta, & quia soluendo interesse uidetur uelle mutare iuramentum quod est de præstando factum ad pecuniam, quod non permittitur ut in cap.si ueritatis.de iureiurando. & sic est in effectu communis* opinio in legendo & consulendo.Gozzadi.consi.27.Ruy.uero hic tenet contrarium per tex.in l.fi.C.de non numera.pecun. ubi quis uidetur in iuramento ponere omnes qualitates & conditiones ipsius contractus, facit lex finalis.ff.qui satisdare cogantur.& lex fin.in prin. & lex.libertus. de ope.libe.per quæ iura dicebat Bar.in l.si quis pro eo.ff.de fideiusso. quod quando deficit consensus deficit operatio iuramenti, & ideo regulatur a qualitatibus & conditionibus contractus, & sic contractus est certo modo limitatus,& si teneretur præcise ad factum obligaretur in plus si forsan minus interesset, ut hic latius per eum, qui conatur respondere contrariis.

Sed tu nõ recedas a communi opinione,quod propter iuramentum præcise cogatur,nam iuramentum facit ualere omni modo meliori,& supplet clausulam repetitiuam per quã præcise quis potest obligari,ut dixi in primis limitationib. & quia debet seruari,quando potest sine interitu salutis æternæ,dicto cap.cum contingat.&faciũt omnia quæ dixi pro opinione Martini,quod etiã sine iuramento quis præcise cogitur facere,ergo fortius cum iuramento,& ideo dicas quod quando est appositum iuramentum uidetur apposita clausula quod præcise cogatur facere, quæ facit cum præcise obligari ex conuentione hominis, cum non sit contra bonos mores ciuiles uel naturales,ergo etiam hoc casu cogetur præcise seruare,sicut cogeretur si expresse apposita fuisset dicta clausula.per no.in l.hæreditatem.ff.de dona. per quam considerationem cessant omnia contraria, cum iuramentum sit appositum super eo principaliter deducto in contractu, & ideo cessat obiectio,& transit de facto consensus & cessat glo.authoritas hic quod interesse uidetur ꝓmissum,quia in deffectum quod non possit factũ adimpleri uidetur promissum, & etiam præcise est promissum factum,&in summa cessant omnia contraria.unde est insistendum solum,an ex tacita mente uideatur actum quod præcise cogatur, quod est credibile esse ex mente promittentis, & conuenit legi diuinæ, cum etiam in uoto quis præcise cogatur facere,quia ita promisit Deo,c. quod super iis,de uoto.& ibi Abb. propter dictã rationem,quia per uotum obligatur Deo, & debet obseruare præcise, nisi ab habente facultatẽ super tali uoto dispensetur,uel fiat commutatio, ut puta, a, summo Pontifice qui tenet locũ Dei, ut hic etiam per Ias. unde faciliter per iuramentum uidetur actum quod promissio ad unguem seruetur.Quare remanet limitatio uera,quod ꝓpter iuramentum reus potest præcise cogi ad factum,& etiam propter uotum,& facilius hęc opinio admittitur tenendo opinionem Marti.ut dixi, quam supra firmaui.

230 Octauo† limitatur non procedere de iure canonico secundum docto. inferentes ex prædicta limitatione,quia obligatus ad factum eo iure cogitur præcise facere,quia inter simplicem loquellam & iuramentum Deus non facit differentiam. 22.quæst.1.cap.iuramenti.nec inter stipulationẽ & pactum nudum,propter illud psalmistæ,quicquid processerit de ore meo nõ faciam irritum. cap.1.& cap.qualiter.de pact.sed Bal.in l.si quis in conscribendo.C.de pact.& Alex.in l.si conuenerit. de iurisdictione omnium iudicum,& Bal. in l.siue apud acta.C.de transactio.& Roman. & Ias.in l.si pecu.ff.de cond.ob caus.& Ruy.hic tenent contrarium,uolentes quod si quis obligatur per pactum de iure canonico liberetur præstando interesse,nec obstant contraria, quia satis dicitur implere promissa & factum si soluit interesse,cum tacite de eo uideatur conuenisse, &per hoc differt a conuentione iurata,quia in ea implicatur pactum quod præcise teneatur seruare,quod non est quando non adest iuramentum, nec obstat quod non est differentia inter simplicem loquellam & iuramentum, quia uerum est quantum ad obseruantiam in genere, quia tenetur quis seruare promissa per simplicem loquellam facta sicut cum iuramento,sed tamen quãdo apponitur iuramentum apparet de enixiori uoluntate obseruandi,ideo clausulæ tacite subintelliguntur,& probatur per cap.debitores.ubi Ioa. And.& alii de iureiu.probatur etiam ex no.in c. cum contin.de iureiur.ubi multi contractus sine iuramento sunt nulli & cum iuramento ualidantur,facit etiam,quia posset esse quod unus soluendo factum in plus teneretur, quia eius non interest,quod canonistæ non admittunt.ca. suam.de pœnis.& hoc uerius,licet Abb.in ca.ueniens. de iureiur.tenere uideatur limitationem,tamen nõ respondet differentiæ de clausula,&sic potius est ampliatio ad regulam.

231 Nono limitatur dicta † conclusio procedere, quando factum de leui potest expediri,quia tũc præcise poterit cogi ad factum, ita dixit Io.An. in additionibus Speculi.in tit.de reb.ecclesiæ nõ alien.§. 1. in additione quæ incipit non fuerunt ibi libelli,sequitur Ang.& Cuma.hic.& Ange. in d.§.operarum.sed eam reprehendunt Imo. Ruy. & Alex.hic per istum tex.dum loquitur de obligatione rem tradi,& l.si fundum.inf. eo. quæ de facili potest tradi unico momento, tamen Iason pro ea allegat,quod ubi quid potest de leui expediri cessat iuris dispositio, ideo conditio potestatiua

teſtatiuæ quæ poteſt de faciſi impleri non trahitur retro ſicut alia.l potior.& l. qui balneum. ff. qui potior.in pigno.habeātur. facit quod uoluit Bar.in l.ſi is qui pro emptore, in antepe. col. de uſucapioni. & uidetur pertranſire. mihi quoque placet limitatio,quia ſi de facili poteſt adimpleri petente actore fieri uidetur quædam perfidia, & malignitas,nec obſtat de obligatione rem tradi,quia non eſt uerum quod faciliter poſſit fieri, cum forſan ipſe non habeat fundum,uel eſſet magna incommoditas,nō enim ſequitur, unico momento poteſt expediri,ergo de facili,cū hæc ſint ualde diuerſa,eodem modo non obſtat quod manumiſſio unico momento & faciliter poſſit expediri,quia imo poteſt eſſe multum difficilis & magni intereſſe. argum.l.lex quæ tutores. C. de administratione tutorum. ideo ego intelligo limitationem quando res eſſet læuis præiudicii, & faciliter poteſt expediri,&hoc modo intelligo exēplum ſuum,ut eſt reponere in priſtinam obligationem.l.ſi cum exceptione.§.ſed ſi quis. ff. quod met. cauſ.

232 Decimam limitationem † ponebat Bald. in l. qui reſtituere.ff.de rei uend.per illū tex.quando quis fuit per ſententiam condemnatus ad factū, ut tunc præciſe cogi poſſit,& ſequitur inf.Bal.in c.ſi facta,ſi de feud. fuerit controuerſia int. do.& agna.& l.j.& 2.C. de ſententiis quæ pro eo ꝗinte reſt.ſed Alex.reprehendit ex mente Bar. int.9.q. uerſi.iux.prædicta.qui uoluit ꝙ dñs obligatus ad factū liberatur præſtando intereſſe, dū allegat l. itē ueniūt.§.itē ꝙ p̄diximus.ff.de peti.hæred. & ſequit̄ Imo.& Ro.hic.& mihi placet,qa illa coactio eſt de natura reſtitutionis rei nō ꝓpter ſentētiā,quinimo iſte tex.ꝓbat cōtrariū, quia ſi præſtat æſtimationē affectionis probatā per iuramētum in litem liberatur,& quando ſine culpa alienauit ſufficit uera æſtimatio,ut ibi dicitur.

233 Vndecimā†addit Alc. de eo q̱ promiſit aliqū ſiſtere in iudicio,ut præciſe cogat facere,per l.eū pro quo.ſup.de in ius uocādo. ubi Pau.ꝑ illū tex. & Bar.inſt.de ſatiſd.§.1.& in l.1.§.2.ſup. qui ſatiſ.coga.ſed ego tenui contrariū ſup.per l.fi.ff.de eo per quē factū erit,cū glo. magiſtrali.præterea licet eſſet uera,non tamen eſt proprie limitatio, quia continetur ſub generali limitatione Bar.uolentis quod quando factum eſt explicandum in iudicio præciſe poſſit cogi,per glo.in d. §. prætor.Alias limitationes tradunt canoniſtæ in dictis locis.quæ uel non ſunt ueræ, uel continētur ſub prædictis,unū tñ notabile uolebat hic Iaſ.ꝙ in omnib.caſib.in quib.præciſe quis poſſet cogi facere etiam poſſit poni in carceribus&extra hi de domo,ut uoluit Bal.in l.ex omnibus,per illū tex.C.de decurio.lib.10.limitando legem plæri que.ff.de in ius uocando.quod multum notabile eſſe ipſe dixit.facit glo.in dicta l.ſtipulatio.§.ſi ue autem.quæ dixit quod ſcriptor poteſt poni in compedibus.

234 Nono quærit†Bar. hic, cum ſupra concluſum ſit quod poſt moram ſuccedit obligatio ad intereſſe cumulatiue ut utraque actio eodem tēpore competat,quomodo practicabitur per iudicem, & litigantes,tam in libello concipiendo, quam per iudicem in ſententiando, & ipſe refert multas practicas, prima eſt quod actor concipiat libellum certum petendo factum quod fuit promiſſum in ſtipulatione, poſtea ante ſententiam interoget reū an uellit ſoluere, ſi dixit uelle præſtare factum,condemnabitur in facto,ſed ſi dicit nolle præſtare factum,condemnabitur in intereſſe,quia non inconuenit ut unum petatur & ad aliud condemnetur, dicta lege ſi quis ab alio.ff. de re iudicata. & lege promiſſor hominis. ff. de conſtituta pecunia.& l. unum. ff. ſi certum petatur.& l. ſi ſeruum. §. finali. infra eodem. ſed Petrus & Andr.tenebant contrarium, quia fatuus eſt iudex qui condemnat in alio quam petitum fuit. lege fina. C. de fideicommiſſa. liberta.unde cum petitum fuerit factum, non poteſt iudex cōdemnare in intereſſe, niſi quando deſiit poſſe fieri,& ſi fiat condemnatio in intereſſe ſententia erit nulla, & erit neceſſaria noua petitio,nec proderit interrogatio, ut hic refert Bartolus. Nihilominus ipſe conatur eam defendere,quia poſſibile eſt utrunque fieri, & ſi fiat interrogatio condemnari poterit in intereſſe, ut tenuit gloſa finali. in lege ſi quando. §. hæres. digeſtis de legatis primo. & maxime ſi partes concordant, per legem ſi conuenerit. ff. de re iudicata. &quia intereſſe interpretatione iuris eſt idem cum facto principali. lege ſi ſtipulatus eſſem. infra de fideiuſſo.ut hic per eum. Ruy. autem dicit quod Bar.non uidetur bene ſoluere,quia in le.uinum. condemnatio fit in æſtimatione, quia non repetitur uinum illius æſtimationis, hic uero factū poteſt præſtari & reperitur, & dabitur, item ibi condemnatio fit ad uinum, & ultra uinum ad æſtimationem quanti plurimi fuerit, hic uero non nominatur factum, item loquitur de æſtimatione quæ ſolum uenit officio iudicis, hic uero uenit ex propria obligatione quæ etiam ante moram poterat cauſare petitionem ad intereſſe, cum ſperetur poſſe naſci per litis conteſtationem.lege ſi Titius. ſupra eodem. Item in hoc caſu ſuper re petita non fit condemnatio, & ſolum ſuper intereſſe, ibi etiam fertur ſuper re petita. nec obſtat glo. in le. ſi quando. §. hæres. quia ibi utrunque erat in obligatione alternatiue, & utrunque erat petitum. per legem ubi autem. §. qui illud. infra eodem.& ſi tenes quod ibi pecunia erat tantum in facultate ſoluendi ut alii tenent, tunc etiam fuit illa quantitas in libello deducta. unde ſententia ſemper fertur ſuper re petita, nec obſtat dicta le. ſi conuenerit. quia ibi conuentio erat de re petita in libello, ſed ſi conueniret quod iudex condemnaſſet de re non petita non ualeret conuentio nec ſententia,quia non fuit ſuper eo lis conteſtata, & partes non poſſunt renuntiare formæ iudiciorum, ut per glo.in auth. offerratur. C. de litis conteſtatione.& capitulo de cauſis. de officio delegati. nec obſtat lex ſtipulatus eſt, quia non probat intereſſe eſſe idem cum facto, cum fideiuſſor

ibi erat acceptus post moram in casu quo interesse debetur, & sic fideiussio pro interesse, idest eo quod debebatur, ut dixit glo. in lege si quis pro reo. de fideiusso. in gloss. penultima. & est de mente Bartol. in l. si ita fideiussorem. eodem titulo. Ex quibus Ruyn. concludit quod iste modus practicandi non est legitimus, & quod opinio Petri uerior est.

235 Tu autem† pro resolutione considera aliquos casus permissos ab omnibus, Primus est quando sumus in obligationibus dandi, & res est perempta, tunc potest fieri condemnatio in æstimatione licet res esset perempta ante petitionem factam uel postea. l. si quis seruum. §. fina. infra eodem. Secundus casus est quando res non est perempta, sed mutata æstimatio, tunc licet uinum sit petitum, tamen potest solui æstimatio, & in condemnationem deduci. l. uinum. ff. si cer. peta. Tertius casus est, quando sumus in obligatione rem restitui, & desiit dolo uel culpa possidere ipse, restitutio petitur, & tamen fit condemnatio in æstimatione, lege qui restituere. ff. de rei uendicatione. & lege prima. §. fina. ff. deposi. nec distinguitur an ante litem ceptam uel postea desinat possidere, nec consideratur quod iure actionis æstimatio possit peti. l. in re furtiua. ff. de condictio. furtiua. & l. inter stipulantem. §. penu. infra eodem. & l. qui concubinam. §. interdum. ff. rerum ammotarum. & dictum fuit supra in sexta quæstione. Quintus casus est, quando factũ merum est in obligatione & desinit posse fieri, & tunc quamuis petatur factum potest fieri condẽnatio in æstimatione. le. si quis ab alio. §. fin. ff. de re iudicata. nec distinguitur an desinat posse facere ante litem inceptam uel postea, in quibus casibus non consideratur illa ratio quod sententia debet esse conformis libello, lege, ut fundus. ff. communi diuidundo. uel quod sententia feratur de re non petita in libello. l. fina. C. de fideicommissa. liberta. solum ergo hic est disputatio, an factum non desiit posse fieri solum, ergo neque disputandum erit an factum non desiit posse fieri, & si sit petitum an possit fieri condemnatio super interesse, ex eo quia fertur super re non petita, & solum hoc interesse quod facit dubitare, quia ante ceptam litem inceperat interesse deberi iure actionis & obligationis copulatiue & alternatiue, ut dictum fuit super septima quæstione, quæ tamen diuersitas de re non potest impedire quin condemnatio possit fieri de interesse per rationem Bartoli, quia æquipollet facto ipsa æstimatio in omnibus prædictis casibus, & subrogatur loco ipsius facti.

236 Vnde† ego puto omnino communem opinionem ueriorem, quia leges non habent pro absurdo quod petatur factum & fiat condemnatio in æstimatione cum illa sint consecutiua, & æquipolleant, ut probatur in dicta. l. si quis ab alio. §. fi. ibi, condemnari in pecunia numerata, & dum utitur uerbo (condemnari) præsupponit factum fuisse petitum, idem probatur in le. si traditio. C. de actionib. empti. ubi dicitur, si res non tradatur curabit præses prouintiæ deducere æstimationem & condemnationem, & in dicta l. si quis ab alio. subiicitur in omnibus faciendi obligationibus, & sic æquiparat omnes, ut posito facto possit fieri condemnatio ad interesse, & est ratio, quia ut dicebat Bartol. uidetur eiusdem iuris interpretatione per dictam legem si stipulatus es. ubi satis fuit fideiusisse super facto, cum principaliter esset deductum in stipulationem, nec obstat dicta. l. fina. quia loquitur in casibus in quibus nullo modo succedit obligatio ad æstimationem etiam interesse, Quare remanet quod libellus continens petitionem de facto ualebit, & sententia lata super interesse etiam ualebit, nec uidebitur lata super diuersa re, nec difformis a libello, & non erit opus noua petitione.

237 Ex quo † infert Alexander hic ad aliud, cum interesse sit idem cum facto, quid si quis promisit factum, & si non faciat, pœnam, & offerat interesse, an euitet pœnam, quasi soluerit quod debet, & Alexander hic determinat quod nõ, quia conditio debet impleri in forma specifica. lege qui hæredi. & lege Meuius. ff. de conditionibus & demonstrationibus. sed Ruynus determinat contrarium, quia pœna est promissa si reus erit in mora faciendi, cum incipiat a præcedenti obligatione. lege si duo. §. finali. de constituta pecunia. & lege prima. §. item si ita. ubi Alexander no. ff. ad legem falcidiam. sed quando offert interesse offert quod debet, per supra dicta, & iura dicunt in stipulatione contineri interesse. l. si pœnam. in fi. & l. eum qui autem. §. qui illius, & §. sequenti. & §. si fundum. in hoc titulo nostro. ergo impeditur moræ commissio, & per consequens non potest deberi pœna, quæ conclusio uerior est quando oblatio fit facta ante moram, cum in effectu amplius non tenetur ad factũ. argu. l. si decem. inf. de solutioni. sed si oblatio fuisset facta post moram, & tunc uidetur quod per talem oblationem non impediatur moræ commissio, tamen diminuetur solutio pœnę, quoniam cõputatur in di. l. prædia. ff. de actio. empti. & lege si quis a socio. ff. pro socio. sed ego puto quod etiam hoc casu poterit euitare pœnam, quoniam potest purgare moram in ipso facto. l. si insulam. infra eodem. ergo offerrendo interesse ante litis contestationem quasi moram purgauerit euitabit pœnam. arg. no in l. si insulam. uis enim tota consistit in hoc an oblatio ad interesse æquipolleat oblationi de faciendo.

238 Quærit etiam † Bartolus hic, an si iudex condemnauerit ad factum possit postea reus soluendo interesse liberari, & determinat quod sic, quia interesse uenit in facultate soluendi ex dispositione legis, unde potest solui post sententiam. lege miles. §. decem. ff. de re iudicata. & ideo dixit in facultate soluendi, non in obligatione etiam, quia quodammodo actor eligendo actionem ad factum uidetur renuntiasse actioni ad interesse. l. quod in hæredẽ. §. eligere. ff. de tributoria, & quia petendo factum post morã uidetur illam remisisse quasi non fuerit facta, atque ideo

ideo non uideatur locus obligationi ad interesse, secundum Bar. & glo. in l. Emilius. ff. de minorib. & Alex. in l. cum procurator. §. 1. ff. de no. op. nuntia. ideo quamuis desierit esse in obligatione non tamen impeditur quin remaneat in facultate soluendi, secundum Barto. in l. si insulam, in quinta oppositione primæ partis. & hic declarat Ruyn. qui infert cum sit recessum a mora, si reus præstaret factum non diceretur esse amplius debitor in interesse, nec posset conueniri ad illud, iuxta legem prædia. ff. de actio. empti, quia non tenetur, & in dicta lege prædia post moram remansit in obligatione quæ non fuit reuocata. Subdit tamen idem Ruynus, quod uidetur imo etiam non posse liberari nisi usque ad litis contestationem. per dictam legem si insulam, quia non est uera responsio Bartol. quod ibi factum sit in obligatione ex dispositione hominis, cum imo sit in solutione ex dispositione legis, quia illa actio ad factum uidetur esse sublata per electionem factam de petitione ad interesse. per dictum. §. eligere. ergo si remanet facultas soluendi contingit propter dispositionem legis, & non hominis, ideo non durabit nisi usque ad litis contestationem, ut in dicta lege si insulam, dicitur. unde ipse dat aliam solutionem ex mente Bartol. in lege si insulam. in quinta oppositione secundæ partis, qui dicit quod in lege si insulam. successit noua obligatio post moram ad interesse, sed in §. item cum prædiximus. ab initio unum fuit tantum in obligatione & aliud in solutione tantum, & idem est in d. l. miles. §. decem. & sic termini non sunt pares, plenius tamen declarando ut per eum.

Sed tu dicas quod præsuppositum Ruyni & Barto. ut ipse declarat non est uerum quod eligendo unam actionem uideatur alteri renuntiare, quia imo contrarium est uerius, cum non sint actiones contrariæ origine, & possint simul cumulari, ut per Bart. late in materia cumulationis in l. edita. C. de edendo. ideo non est uerum assumptum quod interesse per petitionem de facto desinat esse in obligatione, imo petito facto adhuc durat obligatio & actio ad interesse & facultas soluendi, & econtrario quoque facta petitione de interesse non cessat actio uel obligatio ad factum, imo ea ommissa posset reuerti ad actionē de facto, nec contradicit lex si insulam. quia ibi non potest præstari factum, quoniam non potest purgare moram, sed si admitteretur ad purgationem moræ præstatio uera deberetur, nec potest dici quod de nouo nascatur actio, sed solum impedimentum tollitur, ideo ego concludo quod semper facta condemnatione de facto poterit reus liberari præstando æstimationem, cum sit obligatus alternatiue ad utrunque, idcirco habebit electionem etiam post sententiam. arg. l. plærunque. in fi. ff. de iur. dot. & dixi supra post Bart. in 7. oppo. in fi. & l. eum qui certarum. §. fi. inf. eo. nā electio est actoris in actionibus, & electio est rei in rebus soluendis, ut dixi in d. 7. q. quæ debet durare etiam post sententiam nisi impediatur propter moram, & cum non fuerit cōmissa mora in interesse & non fuerit petitum remanebit etiam post sententiam in obligatione & facultate soluendi, sed si fuisset commissa mora super interesse, & postea peteretur factum, solum posset solui usq; ad litis contestationem. per d. l. si insulā. Et hæc est melior ratio quā illa Bar. fundata in l. miles. §. decē. ff. de re iudi. quia ibi sententia erat lata super utroq;, cum esset condemnatus in decē aut noxæ dedere, ut clare denotāt uerba tex. minus facit tex. in d. §. sed cū prædiximus. uersi. idē recte. quia ibi similiter erat cōdemnatus sup damno, & dn̄ dicit ꝙ durat facultas dandi pro noxa, quousq; cōueniatur iudicati, apparet ꝙ si cōmittitur mora super eo ꝙ erat in facultate soluēdi amplius nō pōt præstari, ideo si cōmitteretur mora super interesse amplius non posset solui sicut nec factū cōmissa mora nisi sit purgata. d. l. si insulā. Nūquid aūt in ultimis uoluntatibus illud ꝙ est in solutione possit solui sicut in cōtractib. dicas ut hic per Ruy. & ego plenius dicā in d. l. si insulam. ubi plenius examinatur.

239 Secundus est modus practicandi, ꝙ ante datū libellū fiat interrogatio, & si negat se uelle dare factū ꝙ petatur interesse, super quo fiat litis cōtestatio & feratur sententia, & exequtio d. l. si quis ab alio. §. fi. ff. de re iudi. secundū aliud exēplū, & subdit Bar. ꝙ ēt nulla facta interrogatione si reus cōmittat morā in faciendo poterit cōueniri sup interesse & cōdēnari, tamen dicit Bart. tunc remanet sibi potestas soluendi factum ante litis contestationem. per dictam legem si insulam. quod omnes tenent, & sic diuersificat casum quādo fuit interrogatus, & respondet se nolle facere, ab illo quando non fuit interrogatus, quia si non fuit interrogatus poterit purgare moram usque ad litis contestationem, & facere opus, sed si fuit interrogatus non poterit purgare moram, & facere usque ad litis contestationem, & ita mētem Bar. declarat hic Ruyn. qui subdit rationem esse, quia per negationem abstulit sibi facultatē purgandi moram, sicut in simili dicunt Paulus Raph. & Alex. in l. qui Romæ. in prin. infra eod. uolentes quod uerbalis oblatio sufficiat si creditor dicat se nolle recipere, quæ alias non sufficeret, ut not. per glo. in l. fi. sup. de resti. in integrū faciunt etiam no. per Alex. & Raphaelem in l. 1. §. item si ita. supra ad le. Falcid. qui dicunt quod licet per interpellationem concedatur aliqua dilatio ad constituendam moram secundum gl. in l. Emilius. ff. de minori. si tamen debitor interpellatus dixit se nolle uenire, nulla datur dilatio quia statim constituitur in mora. item conuentus dicens se nolle uenire efficitur uerus contumax & non potest appellare, cum non respondens non possit. l. cum ab eo. C. quomo. & quand. iudex. sed ego dubito ualde, quoniā non reperio quod ista uerba (nolo tibi soluere) faciant ꝙ quis non possit purgare moram, & uidemus quod qui habet facultatem uariandi, dicendo nolo soluere illud de quo facta sit executio, nihilominus iterū poterit reuerti ad illud negatū secundū glos.

* communiter* approbatam in dicta l.eum qui cer tarum.§.si.inf.eo.& per Bar.sup.& confirmatur, quia mora committitur per delictum.l.quod te. ff.si certum pe.& tamen non auffertur facultas eã purgandi,dicta lege si insulam. & ideo ego puto mentem Bartol. fuisse quod semper poterit purgare moram,siue fuerit interogatus siue nõ, & ita hos duos casus in totum æquiparat in hoc modo practicandi.

240 Tertius† est modus practicandi, quod utrunq; in libello petatur,dicendo peto factum,& si non præstetur peto interesse,ut dixit glo.in l.2.§. itẽ si in facto.in glo.magna.uersi.sed die.supra eod. & in dicta l.j.de actio.empti. qui libellus omnino procedit parte non opponente ut hic per Barto.& in l.naturaliter.§.nihil commune. in 2. qu. princi.ff.de acquir.possess.& per Cy.in l.j.C.commun.de leg. dummodo sit contentus una solutione,sed parte opponente,secundum aliquos cogitur eligere,per di.l.quod in hæredem.§. eligere. ff.de tributoria,& sic efficitur inutilis hæc practica,& opportet recurrere ad præcedentem, tamẽ dicit Bar.quod etiam parte opponente adhuc libellus procedit,quia fiet interpretatio quod factum tantummodo sit petitum in libello tanquã debitum per suam actionem, interesse uero sit petitum tanquam positum in solutione, sicut fit in dicta lege miles.§.decem,ff. de re iudicata. & lege item ueniunt.§.idem recte. & cum hic modus sit utilis præsumitur electus,cum alias sit inutilis si coæqualiter utrunque peteret. per legem si quis intentione ambigua. ff. de iudic. & lege quotiens.ff.de rebus dubiis. unde cum una tantum actio proponatur,non est necessaria aliqua

* electio,& sequuntur communiter* docto. quam interpretationem Ruy. hic admittit quando petitur factum ante moram commissam, quia cum adhuc non successerit obligatio legalis & actio, solum erit in solutione quod potest esse, & est ex mente doctor. hic,& comprobat ut per eum,maxime quia illa uerba (si non fecerit) exponuntur idest moram commiserit.leg.si duo.§.fina. & ibi nota.per Bartolum.ff.de constituta pecunia. & l.prima.§. si ita, supra ad legem Falcidiam.& sic ab initio una tantum actio uidetur electa, uidelicet actio ad factum,a qua sub conditione receditur,& alia intentatur ad aliud scilicet ad interesse, nec remanet prima, cum copulatiue ad utrunque non potuit agi, & quamuis adhuc nata non esset, tamen quia speratur posse nasci per litis contestationem potuit intentari, leg. si Titius.ubi per omnes.infra eodem. & cum permittatur mutatio ante litis contestationem. leg. edita.C.de edendo faciliter dicta interpretatio admittetur.& sic interpretatio sua & expositio Bar. iuridica est quando intentatur ante moram. Sin autem post moram utraque actio intentatur, hoc modo,peto factum & si non fecerit peto interesse,non uidetur quod posit admitti interpretatio ut una intentetur, & quod interesse petatur tanquam in solutione præstandum, cũ ab initio utraq; actio cumulatiue cõpetat, cum non possit exponi si non fecerit, idest non fuerit in mora faciendi, quia iam mora commissa fuit, & non potest amplius committi,& solum poterit exponi, si nolit, uel si non possit præstare factum. lege cum proponas, C.de hæredib. instituend.& per omnes in lege prima. ff.de uulgari & pupillari. quæ expositiones non possunt conuenire, quia si ipse non uult facere factum interesse non uenit tanquam positum in solutione sed de necessitate tanquam positum in obligatione.argum. lege si ususfructus in biennium. ff. de usufructu lega. idem erit si non possit facere,quia tunc interesse similiter est in obligatione necessaria non autem potest esse in facultate soluendi,ut dicit hic Bar. ad aliud propositum, unde subdit Ruy. uidetur concludendum quod illud uerbum (si non fecerit) exponatur si non potuerit, quo casu necessario debet sequi condemnatio ad interesse, & faciliter potest admitti ut uideatur positum in facultate sola soluendi, ut saluetur libellus, sicut alias fit in l.pater Seuerinam. & ibi Paul. de condi.& demonstratio.ut restringatur ad caput impotentiæ.

241 Quare concludit,†quod iste tertius modus libellãdi procedit cum illa interpretatione, quod factũ sit de petitione & interesse in facultate soluendi sine difficultate si agatur ante moram cõmissam,tamen etiam si agatur post moram commissam adhuc procedit restringendo illa uerba ad caput impotentiæ,si non fecerit, idest non potuerit facere, & cum dictæ interpretationes faciant libellum & iudicium ualere, præsumitur ita esse etiam quod actor non declaret,per leg.si quis intentione ambigua.ff.de iudi.& l.quotiẽs. ff.de rebus dubiis. alibi tamen in lege naturaliter.§.nihil commune.in quinta lectura Barto. uidetur uelle quod requiratur uerbalis declaratio actoris, tamen Alexand. concordat opiniones in lege scire debemus. supra codẽ. dicens quod quando certum est interpretationem esse ad utilitatem actoris illa ipso iure fit & eam facere debet iudex,Aut uero est dubium, & tunc requiritur interpretatio uerbalis actoris, sed cum hic sit dubiũ an actor possit, uidetur quod sit necessaria interpretatio uerbalis actoris secundum Ruynum hic, cum uideatur damnosum actori ponere interesse in facultate soluendi, quia amplius non potest cogere reum facere,& potest esse utilius agere ad interesse si excedit ualorem facti.per legem prædia.ff.de actio.empti, ut per eum latius.

242 Sed tu dicas, †quod tantus laber non uidetur necessarius ad sustinendum libellum, nam quis simul potest intentare duas actiones incompatibiles sine electione quando incertitudo causatur ex causa ipsius rei. lege prima. §. quod autem.digestis quorum legata. hic autem incertitudo causatur ex facto rei, quia si uellit facere potest liberari purgando moram, & ita teneri ad factum, & si non uult facere, actio competit ad interesse præcise.præterea duæ actiones incõpatibiles possũt intẽtari sine electione gradatim & suc-

& successiue. glo. in lege cum de officio. in fine. ff.de inofficio testamento. & per omnes in dicta lege edita. dicendo, dico sententiam nullam, & si qua est appello,ita poterit gradatim & successiue intentare has duas actiones,peto factum, & si non fecerit, peto interesse, & uerba(si non fecerit) intelliguntur latissime si non potuerit uel noluerit,sed quocunque alio casu solum succedit obligatio ad interesse ad necessitatem exequtionis, quinimo dictæ duæ actiones possunt cumulatiue intentari post moram, ut factum exigatur, & si propter moram successerit interesse petatur interesse ad effectum exactionis quatenus excedat factum.l.prædia.ff.de actio.empt.& l.si quis a socio.ff.pro socio.

Quare cum in casibus specificis libellus posit concipi cum duabus actionibus, dicendum erit quod si illi casus spetiales erunt expressi procedet libellus,& si non erunt expressi etiam libellus tanquam possibilis & habilis admittendus erit,& non erit opus exponere ut dicit Bartol. quod interesse petatur tanquam sit in facultate soluendi. sed intelligetur petitum iure actionis uel gradatim & successiue uel cumulatiue, iuxta dictam legem prædium.ff.de actio. emp.uel si reus opponet quod actor eligat,respondeat actor, declara prius temetipsum an uellis facere factū, quia postea secundum tuam responsionem eligam actionem mihi competentem.argum.dictæ l.1.§.quod autem.ff.quorum legatorum.unde patet quod omnes modi libellandi possunt procedere,& docto.non debebant tantum laborare in eis,& tanto fortius si in libello apponatur claufula salutaris,quod intentat omne remedium sibi competens & non tantum eo modo quo expressum est quod de iure sibi competit sed & omni alio meliori modo quo ipse facere poterit, nam tunc nulla erit dubitatio quod interpretatio erit fienda in uerbis secundum modum utiliorem ipsi actori, & ex prædictis rationibus poterit etiam libellus alternatiue conceptus ualere,peto factum fieri aut interesse præstari, quia tunc commode fiet interpretatio quod factum sit in petitione& interesse in facultate soluendi,per dictam.l.Miles.§.decem.ff.de re iud.ubi ponitur hæc forma,& per Speculatorem in titulo de obligationi. & solutio. §.sequitur.uersicul.quid si libellus. & sine dubio quando ante moram peteretur,sed quando utrunque posset peti Aret.in l. si seruum.§.fi.uidetur uelle quod non admittere tur libellus,sed tamē generaliter quod procedat late defendit hic Ruy.& bene in hoc.unde habes modum practicandi satis latum.

Successiue dubitat Bar.an si factum desiit posse præstari posit in libello peti,& ponit primā conclusionem quod non posit peti quando per narrationem libelli constat quod impossibile est posse fieri,ut in l.si usufructus mihi in biennium.ff.de usufruct.leg.uel quando est factum negatiuum cui contrauentum fuit per factum affirmatiuum,maxime non reiterabile,iuxta le. 2. §. item si in facto.& §.Cato.supra eodem.& l.si sic, infra eodem.cum similibus,quæ conclusio procedit si omnino narrata sint in libello,& in dicta l. si usufructus narratum fuit quando & quo anno mortuus sit testator,ut apparere posit impossibilitas præstationis,alioquin posset peti usufructus etiam post biennium, quia impossibilitas ex uerbis non posset apparere,quod tamen uidetur contra dictam legem si usufructus.quæ generaliter dicit,posit deberi peti æstimationem. Ideo uidetur quod ille tex.concludenter probet intentionem Dyn.Præterea contra totam distinctionem Bartol.facit quia imo etiam factū quando clare constat quod non posit præstari peti potest. per textum in l.si quando,& le.quotiens. §.sed si hac.& §.iudicium,ff. de ope.libertorum. & dicto.§.operarum.ibi,necesse est partem operæ petere, & exponere, idest æstimationem, est uiolare & destruere literam. ideo Raphael uolebat quod factum peti posit etiam quando constat non posse præstari ad finem ut soluatur æstimatio, & intelligere dicta iura quod non constabat de impossibilitate, est uiolare ea, cum imo sit opus exprimere diem quo erat soluenda opera, & ea expressa constabat per lecturam libelli quod amplius præstari non poterat. Ruyn. hic tandem conatur saluare distinctionem Bart. uariando casus ut per eum,& mitius audiri debet,ut per illa iura constet.

243 Quare† ego puto ꝙ generaliter in omni facto affirmatiuo libellus procedat petendo factum, etiam quod constet non posse fieri, siue in obligatione rem restitui, per iura allegata in 6. quæstione siue in obligatione retrodandi per legem illud.§.primo.de donatio.caus.mor.siue in aliis factis si de æstimatione in libello fiat mentio,cū in totum appareat impossibilis petitio, quoniā re non extante durat actio ad factum, nec obstat dicta lex si usufructus, quia ille text. non negat peti illum usumfructum posse si præteritus peteretur, sed negat posse peti de nouo usumfructum ut constituatur, pro quo facit, quia ibi erat obligatio dandi, in qua res perempta potest peti, & condemnatio fieri in æstimatione, dicta lege si seruum. §. finali. supra eodem. & similiter res legata. lege cum res.§. itaque. ff. de legat. primo. unde debet declarari secundum alias obligationes dandi, & non uidetur bene allegari ad materiam pactorum, & ad propositum melius facerent leges loquentes de operis, & ita in effectu postea uidentur tenere Ruyn. & Aret.ut illo casu procedat libellus petendo utrūque,& mihi placet.

244 Et idem puto † procedere in facto negatiuo, quia nihil impedit quod contra contrauentionē petatur factum negatiuum ut seruetur & interesse pro contrauentione facta prętetur,ut uidetur probari in dicta.l.si sic. infra eodem.& lege nouissimo. infra iudicatum solui. quæ omnes conclusiones tanto facilius sunt admittendæ quia dilatant facultatem agendi, & excludunt calumnias reorum, ut sit litium finis. lege prima. digestis de usucapionibus. & lege properan

dum.C.de iudi.& ca.finem litibus. de dolo & cō tumatia,cum uulgaribus.& iudices has subtilita tes pernitiosas non solent admittere.l.sicut. §. si debitor.ff.quib.mod.pig.uel hyp.Addit etiā hic Ias.quod si libellus porrigitur cōtra hæredes rei petendo factum & interesse tunc sicut unus solus conuenitur ad totum factum eodem modo unus solus conuenitur ad totum interesse & exigitur, sed si principaliter conuenitur ad interesse petē do solum interesse,unus solus hæres nō potest cō ueniri nisi pro parte hæreditaria,per tex. in d. l. 2.§.fi.& l.4.§.Cato.sup. eo. ita singulariter dixit Paul.de Castr.iu l.2.§.ex iis.sup.eo.& Alex. ibidem.in 3.col.quod est extollendum ualde,& ratio potest esse, quia cum conueniatur ad factum insolidum non potest liberari ab illa cōuentione nisi soluat totū interesseq; facit obseruatā fuisse conuentionem de facto, & hac ratione ut euitet morā erit opus quod offerat totū interesse & efficietur indiuiduum propter accidens,sicut obligatio pecuniaria efficitur indiuidua ꝓpter appositionem pœnæ.l.5.§.fi.sup.eo.& l. hæredes. §. idem iuris.sup.fam.hærcis.& l.ut fundus.ff.de cō di.& dem. Quam conclusionem ego omnino puto ueram quando peteret interesse tanquam consistens in facultate soluendi,quia tunc mora subrogatur loco facti debiti,sed si peteretur iure actionis gradatim & successiue,seu etiam cumulatiue,& ueniret principaliter,tunc uidetur quod non possit condemnari nisi pro parte hæreditaria,per textum in l.cum ex causa.& l.in exequtione.§.insolidum.inf.eo.cum multis simili. in quibus aliter intelligendo fieret uiolētia ad literā.

245 Decimo†quærit Bar.hic de duabus aliis difficultatibus in practica,& prima est, qua actione petatur interesse. glo.quā cōiter approbant doc. in l.certi cōdictio.ff. si cer.pe.dicit quod petitur certi condictione generali, de qua dicitur in illo tex,& probat,quia illa datur ex lege Aquilia quæ competit ad interesse quam cum æstimatio quanti plurimi fuerit in illo anno sit soluenda. l.secunda.ff.ad l.Aquiliam.& insti.de lege Aquilia.in princ.Item datur ex causa furtiua, quæ similiter datur ad interesse re perempta. leg. in re furtiua,ff.de condictio.furtiua,sed in contrariu, quod imo datur condictio incerti,facit tex.in l. fi.ff.si quis in ius uocatus non ierit,ibi,incerti cū eo agendum est, facit etiam text.in l. ubi autem non apparet, per totam legem in decem exemplis,maxime in §. qui uero.ibi,incertum in obligationem deducit, infra eodem.& le. si pœnam. supra eodem. ubi dicitur incerta stipulatio est, quia continet ideo quod interest mea.ꝗdem probatur in l.liber homo.§.fi.in uerbo, incerti, ubi glo.exponit condictione incerti ad interesse, & allegat tex.in l.3.C.de inuti.stipulatio.ubi ex stipulatu agens pro portione incerta interesse probato consequitur condemnationem taxatæ quā titatis,per quæ iura ego puto ueriorem esse opinionem contrariam,quod ad interesse procedēs ex obligatione factorum non agatur certi condictione, sed condictione incerti, ut clare ipsa dicunt,& etiam tenet hic Ruyn.qui adducit rationem, quia interesse interpretatione iuris est factum. lege stipulatus es. de fideiussor. ergo erit incertum sicut factum, quod tamen non multum concludit, quia hac ratione etiam esset semper indiuiduus, sed clare hoc dicunt, & responsio doctorum est plena destructio ipsarum legum,& ea nouiter condere,imo opinio uidetur impossibilis, cum interesse factorum sit incertum etiā in rerum natura donec liquidetur, nec obstat dicta lex certi condictio. quia loquitur de actione legis aquiliæ in qua uenit æstimatio præterita a die quo nascitur actio retro per illum annum, quæ semper est certa in rerum natura,hoc autem interesse excedit & separatur ab æstimatione, & est de futuro quando nascitur actio, unde magis incertum est, & hoc uidetur esse magis de mente iurium,licet glo.uideatur destruere dictam l.fi.

Quare concludas, quod quando petitur interesse præteritum tunc agitur certi condictione. dicta lege certi condictio. in exemplo legis aquiliæ, licet requiratur aliqua liquidatio in iudicio fienda post libellum oblatum, quia & hoc contingit etiam aliquando in obligationibus principalibus. Aut uero petitur interesse in futurum in die porrecti libelli etiam retro inceptum, & tunc necessario petitur per condictionem incerti, quia est incertum per rerum naturam, & uidentur consentire omnes, Aut uero petitur interesse in confuso, & tunc quia est una quantitas, & propter futurum tempus incerta petitur per condictionem incerti, per dicta iura, & non potest in eis uerificari responsio quod sit certum in rerum natura, quia imo incertum est propter futurum tempus, argumento. §.conditiones. ubi nota.institu.de uerborum obligationibus.nec etiam de præterito est uera, quia sequeretur quod sufficeret dicere peto quod mihi debes, cum tunc quantitas sit certa in rerum natura, & certificari potest per iudicem, quod est contra legem finalem. C. de sententiis quæ sine cert.quanti.

246 Secunda†est difficultas, an si agatur ad interesse sit necessariū ꝙ exprimatur certa quātitas taxata in libello.glo.in d.l.certi condi. dixit quod non,quia sufficit quod petatur interesse simpliciter,& postea iudex in sententia certificabit.§. curare.insti.de actio.& d.l.3.in fi.C.de inuti. stipulationi.Sed Iacobus de Are. Pet. & Cy. tenebant contrarium quod imo sit necesse certam quantitatem taxatam in libello, ut peto centum pro interesse,quia si erat incerta quantitas nō poterat competere certi condictio quę datur ad certum, nec ualet quod potest certificari de futuro,quoniam factum etiam de futuro potest certificari, & tamen dicitur incertum,l.ubi autem.§.qui id quod. infra eodem,& si attenderetur quod potest certificari ueniret in conditione certi, quod omnes negant.Item sententia debet esse conformis libello,& si incerta quantitas petitur eadem ratione incerta quantitas debet poni in condemnatione

natione,& ad dictum §.curare. respondent quod loquitur de interesse succedente post litem motam,quod est incertum propter futurum tempus sed interesse præterit & de præsenti certum exprimi debet, concludentes in effectu quod in libello debet exprimi certa quantitas,pro interesse præterito & pro futuro simpliciter peti, & in sententia taxari.

Quam opinionem tenet hic Ruy,licet Bar.approbet glo.per duas rationes.una est,quia declaratio interesse non pendet ex uoluntate actoris, sed ex subtilitate iuris, Alia est,quia in dicta l. 3. C.de inuti.stipul.hoc expresse dicitur,sed uere dicta.l.3.non facit,imo probat contrarium,dum dicit,ex stipulatu agere,& ob incertæ actionis effectum,& sic ibi datur cõdictio incerti,seu actio incerta,quando non est expressa quantitas. Secundo,ratio Bar.non est uera,quia imo est in potestate actoris certificare interesse,cum sicut iudex potuit fieri certus de quantitate interesse propter probationem in iudicio factam, ita etiam ipse actor extra iudicium poterit se instruere de quãtitate per probationes quas ipse facturus est,nam ad ipsum pertinebit probare quantitatem interesse, quia ipse illud petit l. qui accusare. Co. de edendo.cum materia,imo antequam incipiat debet esse instructus de probationibus fiendis,& instructus accedere de qualitate facti ad iudicium, l.j.ff.de edend.& l.qui in alterius.§.fi. de reg. iur. nec contrarium dicit tex.in dicta l.j.C.de sententiis quæ pro eo quod interest. cum iudex per subtilitatem suam inquirit propter probationes fiẽdas,item illa lex uult inquiri quantitatem diminuendo eam & rescindere scrupulosas machinationes, ergo cum potuerit esse certus non debet admitti libellus incertus,sicut de quacunque alia re petita iudex per subtilitatem inquirit.Nec obstat tex.in dicto.§.curare. quia intelligitur de interesse futuro,ut dicebant dicti docto. secũdo potest dici quod intelligitur etiam de interesse prçterito si petatur in causa uel si petatur solũ preteritum si pars non opposuit,quia ea non opponente procedit libellus incertus, l. fi.C.de annali exceptio.Nec obstat dicta l.3.quia habet duas literas,una est ob incertæ actionis in factum,& tũc nihil facit,quia actio in factum non datur pro interesse, sed certi condictio uel condictio incerti & intelligitur de principali promissione. si uero habetur ob incertæ actionis effectum,& tunc etiã debet intelligi de principali promissione secundum Ruy.tamen est magna impropriatio intelligere de principali promissione, quia illa certa erat & præsupponit incertitudinem quantitatis petitæ certificandam & taxandam per sententiã & quod interesse fuit probatum & prætium, quæ uerba non possunt continere nisi interesse.

247 Quare† resoluendo concludas, quod si petitur solum interesse futurum, & tunc peti potest solũ per condictionem incerti,per tex.in dicta. l. fin. ff.si quis in ius uoca. non ier.cum aliis adductis, quibus non potest responderi sine uiolatione,unde non est exprimenda quantitas in libello secundum omnes, si uero petatur solum interesse præteritum,& tunc petitur per condictionem certi, & debet exprimi quantitas secundum prędictam opinionem antiquorum supra defensatam quæ uera est,& ideo quando agitur ad interesse ex lege aquilia debet in libello exprimi quantitas rei quæ plurimi fuerit.

248 Sinautem† interesse integrum petatur preteritum præsens & futurum,hic est casus dubius, primo an petatur per certi condictionem uel incerti,& an exprimatur quanritas in libello, tamen dicendum est quod opportet petere per condictionem incerti,quia quantitas est incerta secundum naturam,& in libello non est exprimenda quantitas,cum pro futuro tempore nunc illa nõ potest cognosci,& hoc casu procedit opinio cõmunis docto. & uerificatur ratio quod actor non potest certificari, sed non ut ipsi eam petãt quod sit intentata certi condictio,cum debeat intentari incerti condictio necessario quæ præsupponit incertam quantitatem petitam, per tex. in dicta l.3.C.de inu.stipulationi.secundum uerum intellectum, & sic an possit peti per certi condictionẽl subsisto, tamen magis placet quod tunc petatur per condictionem incerti, per dictam.l.3. in fi.& dictam.l.fi. si quis in ius uocatus non ierit. non uiolando literam.si tamen placet separatim petere interesse præteritum & futurum posset intentare certi condictionem pro interesse præterito, & pro futuro incerti condictionem uel officium iudicis.

249 In practica† tamen actuali non est recedendum ab opinione communi,quæ facilior est ut competat sola certi condictio, & non sit necesse exprimere quantitatem in libello, tamen quia uidemus etiam quod practica sacri consilii Neapolitani obseruat,quod condemnatio fiat in interesse confuso,& in exequtione postea liquidetur, uidetur quod imo intentanda sit condictio incerti,ut conuenire possit sententia incerta, alioquin si esset intentata certi condictio, & sententia incerta ferreretur,non ualeret tanquam non conueniret libello,ad euitandum tamen has scabrositates bonum est non exprimere aliquam actionem prout de iure permittitur,ut notatur in cap. examinata,de iudi.& petere interesse in confuso, & ualebit postea sententia tam certa quam incerta quia uidebitur intẽtata illa actio quæ de iure cõpetit.ideo in libello semper ponas illam clausulam,intentans omne remedium sibi de iure competens non tantum eo modo quo expressum est sed omni meliori modo quo sibi de iure facere permittitur, & securus litigabis.

250 Vltimo† aduertẽdũ est,quia hic reperitur una glo.in uerbo dare opportere,quæ dicit, quod interesse petitur per actionem descendentem ex cõtractu stipulationis, quia tacite uidetur promissum per stipulationem interesse si non fiat factũ, & allegat tex.in l. si quis ab alio.§.fin.ff.de re iudi.qua existente uera opporteret dicere quod interesse petatur per actionem ex stipulatu quando incertum esset, & per certi condictionẽ spe-

tialem si certum esset, non autem per certi conditionem generalem, ut no. in rub. supra eodem. & dixi in rub. ff. si cer. peta. quæstione finali, pro qua opinione facit tex. in dicta l. 3. C. de inuti. stipulatio. ibi, ex stipulatu incerta, & in dicta l. si pœnam, supra eodem, ibi, stipulatio continet id quod interest, & idem probatur in l. liber homo §. fi. & l. ubi autem. §. qui illud, & §. qui autem. cũ multis similibus, quæ utuntur hoc uerbo continet id quod interest, quod non potest uerificari nisi interesse sit promissum per stipulationem, cũ si per legẽ subrogaretur non posset dici quod cõtineretur in stipulatione, neque quod ipsa esset incerta, & hanc glo. no. Bal. & dicit menti tenendam hic, sed in libro meo Bald. non dicit, neque
* Bart. in dict. l. 1. de actio. emp. ipse tamen Bar- & communiter * doct. tenent contrariũ supra in septima o ppositione, quod imo interesse succedat ex legis dispositione, & ibi sequuntur omnes Bar. & nullus fecit mentionẽ de hac glo. quæ uidetur tenere contrarium.

251 Defendendo † communem opinionem non potest aliud dici nisi quod stipulatio dicitur continere id quod interest habito respectu ad effectũ, quoniam post moram propter subrogationem legis debendum est occasione illius stipulationis, & dum dicitur tacite agitur ut teneatur ad interesse, intelligitur ex uoluntate permissiua, quod lex subroget illud, non autem dispositiua ut cõueniant partes, idest relinquit dispositum a lege quod teneatur ad interesse, sicut in simili dicitur in l. ab intestato. & l. conficiuntur. ff. de iure codicillo. quod hæreditas a testatore uidetur in codicillis relinqui uenientibus ab intestato. nam intelligitur de uoluntate permissiua non dispositiua, idem habetur in l. cum filio familias. ff. de leg. primo. dum ibi no. quod instituto filio uel seruo frater uel dominus habet hæreditatem ex iudicio testatoris, ut grauari possit, nam intelligitur ex iudicio permissiuo, quia testator permittit legem in eos transferre hæreditatem, non autem ex iudicio dispositiuo, quia uere testator nihil eis relinquit, ut ibi plene no. per Soccin. & ego ibi plenius posui in præmissis & in materia, dicendo quod quadruplex est; iudicium unum expressum dispositiuum, Aliud tacitum dispositiuũ, Tertium iudicium non ademptionis. Et quartum iudicium permissiuum. ita ergo dici poterit hoc casu, quod interesse non uenit ex dispositione cõtrahentium expressa neque ex dispositione tacita, sed dicitur uenire ex iudicio non ademptionis. dicta. l. ab intestato. & l. conficiũtur. ff. de iure codicil. uel ex iudicio cõtrahentium permissiuo, per dictam. l. cum filio familias. ff. de leg. primo. & sic apparet quod glos. hic potest esse uera, & opiniones concordari.

Et hæc sufficiant in hac difficillima lege quæ fuit expedita Messanæ die 6. Aprilis in Sabbato palmarum 1566. in 24. lectionibus. quamuis Ias. in xi. expediuisset.

Ioannes Bolognetus Salerni legens, & Messanæ repetita.

Summarium.

1  *Ora est necessaria ut obligatio ad interesse & ad pœnam committatur, merito de eius materia est tractandum in hoc titulo.*
2 *In hac lege tractatur de tertia parte moræ quæ consistit in purgatione.*
3 *Mora in iure nostro consideratur tribus modis, respectu existentiæ, respectu durationis, & respectu cessationis.*
4 *Mora prout capitur in materia nostra præsupponit præcedentem aliquam obligationem quam obligatus non obseruat.*
5 *Mora prout capitur in materia nostra multis appellationibus nominatur.*
6 *Mroa in quatuor uariis & diuersis subiectis considerari potest.*
7 *Mora ut constituatur requirit quinque antecedentia necessaria.*
8 *Moræ diffinitio legitima & completa cum difficultate reperiri potest propter multa diuersa subiecta.*
9 *Moræ diffinitio posita in l. mora. ff. de usur. diffinit morosum non moram.*
10 *Variæ diffinitiones referuntur a Doctoribus traditæ quæ imperfectæ sunt, & ut descriptiones sustineri possent.*
11 *Moræ diffinitio noua traditur & completa demonstratur.*
12 *Frustrari aliquem est spem ipsius uanam reddere.*
13 *Vbi nulla petitio uel exceptio probabilis est ibi nulla est mora.*
14 *Mora quomodo committatur.*
15 *Interpellatio quibus uerbis fieri possit.*
16 *Interpellatio est triplex, hominis, temporis, & legis.*
17 *Interpellatio iudicialis fit per dationem libelli & per litis contestationem.*
18 *Interpellatio extraiudicialis quomodo fiat declaratur.*
19 *Interpellatio temporis quomodo & quando fiat.*
20 *Interpellatio legis quomodo & quando fiat.*
21 *Mora commissa multos effectus producit hic relatos.*
22 *Moræ effectus durat donec durat mora seu extinguatur uel emendatur.*
23 *Mora corrigitur uel emendatur per purgationem eius.*
24 *Diffinitio purgationis moræ tradita pro doct. refertur & reprehenditur.*
25 *Diffinitio purgationis moræ noua traditur & bona demonstratur.*
26 *Purgatio moræ fit per adimplementum actuale & adimplementum uerbale.*
27 *Purgatio moræ per adimplementum uerbale fit quando obligatio legitime fit secundum modos hic positos.*
28 *Moræ purgatio non admittitur quando lex imponit diem certam cum præscriptione, & ponuntur multa exempla.*
29 *Moræ purgatio in quibus casibus non permitatur & in qui-*

quibus permittatur breuiter ponitur totam materiam perstringendo in duas regulas cum fallentijs.

30 *Stipulatio, insulam fieri, quam interpretationem recipiat, & quot modis capitur insula declaratur.*

31 *Stipulatio, insulam fieri, non ualet non consignato loco.*

32 *Stipulatio, insulam fieri, an requirat demonstrationem formæ, late discutitur. & concluditur quod sic, respondendo obiectis.*

33 *Mora committitur per lapsum temporis quo fieri potest insula, quia subintelligitur dies indeterminata a lege apposita.*

34 *Litis contestatio an in hoc text. fuerit facta super petitione interesse.*

35 *Mora super petitione de facto potest purgari usque ad sententiam.*

36 *Lex ista cum sua distinctione procedit tantummodo in obligationibus faciendi, & quando petitum fuit interesse.*

37 *Moræ purgatio in obligationibus faciendi inducitur per inchoationem cum aliquibus præparamentis.*

38 *Diuiditur & summatur.*

39 *Casus figuratio in prima parte enucleans materiam quando possit fieri purgatio ante litis contestationem.*

40 *Rationes decidendi ponuntur.*

41 *Responsiones ad contraria traduntur resoluentes totam materiam.*

42 *Casus figuratio in secunda parte enucleans materiam quando non possit fieri purgatio post litis contestationem.*

43 *Ratio decidendi noua ponitur cum responsionibus ad contraria.*

44 *Promittens factum potest conueniri ad factum & quando ad interesse.*

45 *Quando disputatio fit de una qualitate in uno actu cætera præsupponuntur habilia.*

46 *Stipulatio, insulam fieri, non demonstrata forma est nulla.*

47 *Purgatio moræ an & quando possit fieri in promissione facti negatiui.*

48 *Mora quando possit committi sine interpellatione hominis, declaratur.*

49 *Mora non potest committi sine interpellatione quando est dies pœnitus incerta.*

50 *Mora an committatur in factis momentaneis sine interpellatione.*

51 *Moræ purgatio an admittatur quando dies certa est apposita a lege.*

52 *Intellectus. leg. fin. §. præterea. C. de iure dotium. discutitur.*

53 *Moræ purgatio non impeditur per litis contestationem interpretatam.*

54 *Moræ purgatio fieri potest usque ad litis contestationem ueram cum ampliationibus & limitationibus hic traditis.*

55 *In promissione facti successiui quando nascatur actio declaratur.*

56 *In promissionibus facti actionem nasci in continenti ad totum factum ex multis comprobatur.*

57 *Mora an sit introducta ex spetiali æquitate late discutitur, & concluditur quod ex æquitate iuris communis.*

58 *Moræ purgaiio an possit fieri quando statutum requirit seruari rigorem.*

59 *Moræ purgatio an possit fieri stante instrumento guarentigiato, & referuntur fundamenta quod non possit, quibus respondetur.*

60 *Fundamenta quod possit fieri purgatio moræ referuntur quibus etiam respondetur.*

61 *Noua datur resolutio distinguens quatuor casus diuersos, an ex instrumento guarentigiato detur purgatio moræ.*

62 *Purgatio moræ potest fieri ex instrumento guarentigiato in obligationibus dandi.*

63 *Purgatio moræ quando impediatur in instrumento guarentigiato respectu pœnæ.*

64 *Purgatio moræ quando impediatur ex instrumento guarentigiato super obligationibus faciendi.*

65 *Purgatio moræ quomodo impediatur in Regno Neapolitano per instrumentum executiuum.*

66 *Iudæi an possint purgare moram late discutitur.*

67 *Iudæi sunt humaniter tractandi ex officio caritatis, & tollerandi.*

68 *Iudæi sunt capaces omni iuris communis æquitate, & per consequens etiam æquitate purgationis moræ.*

69 *Purgatio moræ an inducatur per solum principium, uel requiratur complementum, & concluditur quod sufficit principium cum præparamentis.*

70 *Purgatio moræ an inducatur per solam oblationem, & concluditur quod sic quantum ad impediendum litis ingressum.*

71 *Practica procedendi per reum quando conuenitur ad interesse, ut euitet ingressum & processum in lite.*

72 *Purgatio moræ an inducat liberationem ipso iure uel per exceptionem, late discutitur.*

73 *Argumenta quod purgatio moræ inducatur per exceptionem referuntur. & eis respondetur.*

74 *Purgationem moræ inducere liberationem per exceptionem ex solo principio per multa confirmatur.*

75 *Dictio, quamdiu, inducit concessionem, æqualem usque ad diem præfixum, & post eam non concedit neq; priuat.*

76 *Purgatio moræ per inchoationem nihil prodest post litis contestationem.*

77 *Purgatio moræ an post litis contestationem inducatur per complementum operis nouiter declaratur.*

78 *Purgatio moræ an possit fieri in causa appellationis, & quando.*

Intelle-

ne ex dispositione hominis admittitur purgatio moræ usque ad litis contestationem tunc, & de ratione.

188 Quando unum est in obligatione ab initio & postea succedit alia obligatio ex dispositione legis admittitur purgatio usque ad litis contestationem, & de ratione.

189 Purgatio moræ an prohibeatur propter duplicatam moram.

190 Actio de duplicata mora reprehenditur per Alexan. quod a multis obseruatur.

191 Ratio uera est quod per litis contestationem super interesse inducitur quasi contractus implicans renuntiationem purgationis moræ, & respõdetur obiectis.

192 Rationes aliæ referuntur & reprehenduntur, & tenẽtur præcedentes.

193 Mora incipiens per litis contestationem uel postea an possit purgari usque ad sententiam.

194 Actus factus post litis contestationem an habeat uim litis contestationis in ijs quæ contingunt post eam.

195 Multiplicatio moræ non impedit purgationem moræ, & nihil facit ad eam.

196 Mora contingens post litis contestationem potest purgari usque ad sententiam.

197 Terminus nullus præcludit potestatem purgandi moram, nisi actus continuus tacitam uel expressam renuntiationem purgationis.

198 Breuis & generalis theorica traditur quantum porrigatur potestas purgandi moram quando incipit mora postea uel per litis contestationem.

199 Purgatio moræ an impediatur per clausulam, rato manente pacto, late discutitur.

200 Clausula, rato manente pacto, quare ponitur in contractibus & quomodo.

201 Fundamenta pro opin. quod clausula, rato manente pacto, non impediat porgationem moræ referuntur, & eis respondetur.

202 Compromittens an postea adiens iudicem incidat in pœnam compromissi, & lis remaneat pœnes iudicẽ.

203 Pœna maior interesse deberi ultra ipsam rem non simul cum re exigitur.

204 Verba dubia quando interpretentur contra stipulatorem.

205 Clausula, rato manente pacto, operatur quod pacta non includunt ualorem rei promissæ, & solum lucrum aufferant.

206 Clausula, rato manente pacto, an operetur moræ purgationem in emphyteuta.

207 Fundamenta pro opin. quod clausula, rato manente pacto, impediat purgationem moræ, referuntur et eis respondetur.

208 Clausula, rato manente pacto, non facit plenam separationem obligationis principalis & pœnalis, quia remanet semper accessoria.

209 Clausula, rato mane te pacto, operatur non facta purgatione conseruationis pœnalis stipulationis.

210 Solutio facta de re debita ex sua obligatione an inducat liberationem de alia re & alia obligatione.

211 Clausula, rato manente pacto, apponitur ut stipulator omnino consequatur rem sibi promissam, non curando de pœna.

212 Clausula, rato manente pacto, non impedit purgationem moræ, & de ratione ultra alios dicitur.

213 Soluens pœnam ignorans se posse purgare an offerendo possit repetere.

214 Conditio indebiti cessat quando soluitur ignoranter uerum debitum.

215 Conclusio Barto. quæ est cõis ab obiectis defenditur.

216 Soluens pœnam post condemnationẽ & ante condemnationem eam non potest repetere ut purget morã.

217 Purgatio moræ an impediatur facta executione per legem post moram.

218 Purgatio moræ facta executione a lege impeditur quando ultra translationem actionis fuit translatio dominii.

219 Executio translationis dominii non fit a lege nisi quãdo est relicta certa species, ideo non impeditur purgatio moræ nisi relicta certa spetie.

220 Intellectus l. is cui, de leg. 2. per uarias responsiones declaratur, & opinio cõis ex multis confirmatur.

221 Purgatio moræ impeditur quãdo a l. ipso iure inducitur post morã priuatio, quod declaratur ex multis exẽplis.

222 Purgatio moræ non impeditur per solam actionis acquisitionem neque quando executio est medicinalis.

223 Purgatio moræ an impediatur per iuramentum late discutitur.

224 Iuramentum intelligitur secundum naturam actus & eius qualitatis & conditionis.

225 Fundamẽta adducta pro opinione quod iuramentũ impediat purgationẽ moræ referuntur & eis respõdetur.

226 Lex si quis maior. C. de trans. requirit dolum, & in multis locis non est in usu.

227 Iuramentum decisorium habet uim litis contestatæ, non autem conuentionale.

228 Purgationem moræ non impediri per iuramentum appositum in actis ex multis demonstratur.

229 Iurans soluere pœnam intelligitur secundum eius naturam iurare.

230 Iuramentum super pœna recipit conditionẽ, si erit contrauentum, ergo etiam recipit qualitates cõditionis.

231 Iuramentum non impedit purgationem moræ, quia illa fundatur in æquitate.

232 Ius canonicum interpretatur iuramentum ut non impediat purgationem, ergo temerarij sunt legistæ aliter interpretãdo, faciẽdo periuria ex capite suo.

233 Iuramentum an impediat purgationem moræ interueniente dolo.

234 Lex si quis maior. non est in usu in consilio Mediolanensi nec in consilio Neapolitano.

235 In l. si quis maior non inducitur priuatio durante termino purgandi moram.

236 Iuramentum quando non interuenit dolus non impedit purgationem moræ et regulariter in nullo casu.

257 Purgatio moræ an permittatur quando pœna est commissa propter male factum, discutitur.

238 Fũdamẽta adducta per Bar. nõ probare eius cõclusionẽ demõstratur, et multa eius opinioni obstare ostẽditur.

239 Purgatio moræ non admittitur quãdo cõmittitur propter male factũ ad euitandam pœnã legalem delicti.

240 Purgatio moræ impeditur quando committitur propter male factum absorbens totum subiectum.

241 Purgatio moræ non admittitur ad tollendum factũ præteritum & interesse incursum.

242 Purgatio moræ permittitur in male facto momentaneo successiuo ad euitandum pœnam interesse in præteri-

in præteritum.

243 *Purgatio moræ an posit fieri re perempta offerrendo estimationem rei.*

244 *Tempus rei purgandi moram non excusat morosum quin teneatur de interitu.*

245 *Purgatio moræ quod nō posit fieri oblata estimatione multa adducuntur respondendo fundamētis Bart.*

246 *Estimatio non affert tantam utilitatem sicut res ipsa, ꝙ ex multis demostratur quibus tamē respōdetur.*

247 *Purgatio moræ non permittitur per simplicem oblationem estimationis.*

248 *Purgatio moræ potest permitti offerendo estimationem quanti plurimi, uel secundum affectionem in casibus in quibus debetur.*

249 *Purgatio moræ permitti potest offerendo ueram estimationem simul cum interesse præterito.*

250 *Purgatio moræ an posit fieri quando pœna apponitur in persona tertij uel fisci, late discutitur.*

251 *Fundamenta contra distinctionem Bart. uaria referuntur respondendo suis.*

252 *Intellectus l.iij.§.1.de adim.leg.&l.1.§.itē si ita.ff.ad l.fal.examinatur per multas cōcordias traditas.*

253 *Iura allegata per Bar. nullam eius conclusionem probare demonstratur late.*

254 *Purgatio moræ permittitur nulla facta differentia an pœna sit apposita in persona stipulatoris uel tertij, & respondetur obiectis.*

255 *Purgatio moræ an possit fieri a creditore ad actionē cōseruādā discutit simul cū intellectu.d.§.Scia cauit.*

256 *Purgatio moræ an possit fieri a ceditore ad actionem principaliter acquirendam examinatur, & concluditur quod sic, respondendo obiectis.*

257 *Purgatio moræ eadem ratione potest fieri a creditore sicut a debitore reiecta distinctione Bart.*

258 *Creditor potest purgare moram ad reflectendum effectus moræ in reum.*

259 *Purgatio moræ facta a creditore an prosit etiam fideiussoribus & aliis declaratur.*

260 *Theorica Bartol. ad totam materiam refertur reducendo eam ad octo casus cum suppletionibus & reprensionibus traditis.*

261 *Theorica Alex. per unam regulam cum 16. limit. ponitur remissiue.*

262 *Theorica Ripæ per unam regulam cum xviij. impedimentis ad purgandā morā refertur & suppletur.*

263 *Theoricæ doctorum licet sint utiles, tamen legem nostram præcise non declarant.*

264 *Noua traditur theorica sumpta a l.nostra constituendo duas regulas.*

265 *Prima ponitur regula, quod purgatio moræ permittitur ante litis cōtestatione cū XVI. ampli. & X. limi.*

266 *Secunda ponitur regula, quod purgatio moræ non admittatur post litis contestationem cum ampliationibus pluribus & limita.*

267 *Alia datur theorica constituens duo capita separata, an offeratur illud quod petitur, uel unum petatur & aliud offeratur.*

268 *Distinctio legis nostræ cum sua theorica procedit quando unum petitur & aliud offertur.*

269 *Purgatio moræ regulariter permittitur quando illud quod petitur offerur, ampliatur & limiatur ut hic.*

270 *Purgatio moræ quomodo permittatur quando eodē libello petitur principalis res & pœna.*

Lex si insulam.ff. de uerb.oblig.



Voniam in præcedentibus abundāter tractatū fuit quomodo concipiatur stipulatio ualida ad producendā actionē efficacē, atq; etiā quomodo cōmitat̄ obligatio ad interesse in obligationibus dandi uel faciendi, atq; etiā quomodo cōmittatur pœna tā in factis diuiduis quā indiuiduis contra oēs tā principales q̄ hæredes, quæ actio & cōmissio tūc habet effectū exactionis qn̄ mora obligati interuenit & p̄seuerauerit, uerūtamē†q̄a aliqn̄ cōmissiones p̄dictæ
1 annullātur p̄ purgationē moræ superueniētē, ope re p̄tiū est uidere quomodo mora purget̄, q̄ materia plenissime tractatur in l.si insulā.in hoc tit. nostro. ideo eā interpretandā summa cū ratione suscepimus, q̄ lex p̄p eandē rationē in hoc titulo situata fuit, qn̄ habemus in ea tractare de effectu & efficacia uerborū obligationis, q̄ plene interuenire nō pōt nō existēte mora uel ea purgata, ideo opportuit&hāc materiā quoq; ī hoc tit. tractare.
2 In hac†igit̄ lege tractat̄ de purgatione moræ q̄ est tertia pars materiæ eiusdē, nā prima est pars quomodo cōmittat̄, Secūda est pars q̄ effectus p̄pter eā succedūt. Tertia est, quomodo ipsa purgetur seu extinguat̄ ut cessēt effectus p̄dicti. de primis duobus latissime dr̄ in l.ꝙ te.sup.si cer.peta. & etiā aliquid traditur in l.si seruum. per totam legem, supra. eodem, de hac autē tertia parte latissime habetur hic per oēs, demonstrando quomodo qn̄ & quot modis mora purgari possit. Ad istius autē legis & totius materiæ euidētiā ne super ignoto laboremus, p̄mittēda sunt ea q̄ late dixi in p̄missis in d.l.ꝙ te. sup. si cer.peta. q̄ tn̄ ad aliū ordinē hic reducere possumus ut plenius intelligant̄. Sciendū est†enim ꝙ mora in iu-
3 re nostro capit̄ principaliter tribus modis. Primo respectu existētiæ in loco uel re. Secūdo respectu durationis actus. Tertio respectu cessationis. Primo modo mora dr̄ esse quædā perseuerata existētia in loco uel in aliqua qualitate, q̄ enim longo tēpore morat̄ in uno loco uel in una qualitate dr̄ morā facere, q̄ nō pertinet ad l.nostrā. sed pertinet ad legē 2.& per totū titulū.C.de Incol. & inf.ad municipal.per totū, & dr̄ fieri sine habitatione uel cū habitatione habitando stādo uel manēdo in aliquo loco.§.j.inst. de usu & habitatione,& l.j.& l.si Titius.inf.de seruis exportand. & idē est qn̄ quis moratur lōgo tēpore in aliqua qualitate, ut in seruitute, monachatu, in peccato, uel libertate, uel possessione.l.igit̄.§.j. inf.de lib. causa. Secūdo modo capit̄ pro duratione actus, qn̄ unus actus multum durat, ut si est lis longa, nam dicitur longa mora in ea, idest longū interuallū tēporis, ut in auct. item lis.C.de temporib.

appellatio. ibi, non patitur damnum moræ, cum similibus. Tertio modo capitur pro cessatione, quando quis cessat operari quod operari potest, uel cessat facere quod potest facere, quæ mora hoc tertio modo sumpta aliquando est sint culpa, aliquando cum culpa. Mora est sine culpa quando quis differt facere uel operari quod de præsenti potest facere sed dependet a mero eius arbitrio & neminem lędit, ut si quis differt studere comedere uel litigare differrendo ad aliquod tempus commodum neminem lædendo, & hoc modo capitur in l. hominem. pro pe finem. ff. Mand. & l. merito. ff. de ui & ui arma.
4 Aliquando †tamen hęc potestas operandi efficitur culposa, quando terminus certus statutus est a lege. nam tunc incipit esse negligentia, & propter eam causatur præiudicium præscriptionis contra morantem, ut in lege Celsus. & in l. naturaliter. ff. de usucapionibus. & cap. fi. de præscriptio. & hæc propriæ non pertinet ad l. nostram. Cessatio autem culposa est illa quæ proprie pertinet ad materiam nostram, ad cuius essentiam requiritur quod quis lege naturali uel gentium uel ciuili uel diuina sit obligatus aliquid facere uel ab aliquo se abstinere. & tunc si non facit ipse incurrit moram culposam & punibilem uariis
5 modis, & in hac significatione†per docto. multis modis appellatur, nam Aliquando dicitur cessatio ab eo quod quis facere uel non facere tenetur, Aliquando dicitur dilatio non faciẽdi quod facere debet. Aliquando appellatur delictum saltem in ommittendo, quoniam punibilis est. Aliquando appellatur inobseruantia, ex eo quia nõ obseruat illud quod obseruare tenetur, Aliquando appellatur detractio, quia detrahit adimplementum quod præstare tenetur. Aliquando appellatur contumacia, quia contemnit legem uel hominem non obseruando quod debet. Aliquando apdellatur frustratio, quia promittendo dedit fidem & postea non obseruando frustratur spem alterius & eum decipit. quæ omnia nomina sonant quasi in idem. tamen diuersis respectibus ei conuenire uidentur, demonstrando multos modos incurrendi.
6 Hæc autem † mora ita sumpta latissima est in iure nostro, & in uariis subiectis uerificatur. nam primo procedit in obligatione affirmatiua, & quando quis non facit quod facere tenetur, item e contrario interuenire põt in obligatione negatiua, in qua morantur oẽs homines ut teneantur non peccare, & quando quis promisit per se non fieri quominus ire & agere liceat, uel non offendere, seu non impedire hominem. nam incurritur mora in faciendo contra id quod tenetur non facere. l. si in lege. §. colonus. in fin. ff. locati, & l. cum filius. §. in hac. infra eodem. & l. ij. §. item si in facto. & in. §. Cato. supra eodem. & per Bartol. infra in. 6. quæstio. item utroque modo incurritur in creditore non acceptando debitum legitime oblatum, quia creditor licet non promittat acceptare, tamen tenetur acceptare l. hominem. ff. Mand. & l. si soluturus. infra de solutio. & aliquando euenit quod ipse tenetur comparere in loco, si non comparet facit quod nõ debet facere l. sed si alia. ff. de consti. pecunia. & l. illud. de periculo & comodo rei uenditæ. item etiã per debitorem & creditorem incurritur quando per eos sit alienatio rei uel interimitur seu alio modo causatur ut præstari non possit, ut habetur in l. si seruum. §. primo. cum sequenti. inf. eodem.

Propterea sequitur quod mora dicitur interuenire seu causari quatuor modis, quando quis cessat facere seu differt facere quod tenetur facere. Secundo quando quis facit contra id quod tenetur non facere. Tertio quando quis non acceptat quod sibi legitime offertur uel traditur. Quarto quando quis dedit causam quominus possit adimplere quod obseruare tenetur. ideo apparet quod latissima & uaria est hæc materia, & in uariis subiectis existens.

7 Ad constituendum†autẽ istam moram in omnibus casibus supradictis quinque sunt necessaria, Primo quod quis sciat se debere uel fingatur scire, quod est quando non habet iustam causam ignorantiæ. Secundo quod habeat rem debitam uel fingatur habere, quod est quando ipse fecit quominus haberet in potestate. Tertio quod sit interpellatus ab homine tẽpore uel lege. l. mora ff. de usur. & l. magnam. C. de contrahend. & committen. stipulatio. Quarto quod euenerit tempus solutionis. §. omnis inst. de uerbo. obligationib. Quinto quod sit interpellatus congruo loco & tẽpore. l. si soluturus. ff. de solutionibus, & l. si ex legati causa. supra eodem, quæ omnia ego posui in dict. l. quod te. in 4. notabili nu. 26. quoniam duo prima ponuntur in spetie in dicta lege.
8 Qua proprer†euenit magna difficultas, quomodo mora diffiniri debeat, cum tam lata sit eius materia, in tam uariis subiectis interuenire possit, & tot uariis & contrariis modis, quoniã difficillimũ uidetur omnia prædicta requisita in una diffinitione cõplecti, propterea iurisconsultus in
9 l. mora. ff. de usur. dixit. eã diffinire nõ posse. †Et glo. ibi tentans diffinire posuit longiorẽ diffinitionẽ quã sit. §. Callimachus. quoniam uere diffiniri non potest sumẽdo eã in concreto an Titius uel Sẽpronius uel minor seu mulier commiserit morã quia diffinit morosum non moram, tamen capiẽdo eã in abstracto prout diffiniri debẽt oẽs termiui, mora sicut omnes alii actus diffiniri legitime ptest. igitur docto. uarias ex eorũ inuentione diffinitiones tradidere. ommissa illa quam
10 posuit glo. in dicta l. mora. Et eam†diffiniuit Saly. dicens. mora est delictum culpabile in debito soluendo uel creditum non accipiendo commissum. Secundo etiam diffiniuit, mora est debiti soluendi uel crediti acctpiendi a iure improbata & punita dilatio. Tertio diffiniuit Albericus in dictionario suo, mora est detractio solutionis ab adulto facta per legitimã denũtiationẽ uel diei appositæ lapsũ. Quarto diffiniuit Decius in ultima lectura, ꝙ mora est debitoris uel creditoris in solutione uel acceptatione cõtumacia contracta, quæ oẽs diffinitiones sumptæ large ꝓ quadã descri-

descriptione demonstrante aliquã rem seu dan-
tem notitiam qualitatum rei possunt sustineri
nam multas qualitates moræ ueras & approba-
tas demonstrant, sed tamen sumendo eas pro ri
gorosa diffinitione terminorum ut cõuertantur
cum suo diffinito de qua habetur in l. j.ff.de do
lo.& in l.omnis diffinitio.ff.de reg.iur.non dicũ
tur esse bonæ, quoniam uerum genus omnes par-
tes eius complectens, neque etiam differrentias
essentiales omnes continent,& propterea eas om
nes reprobaui in dicta l.q̃ te. & causa difficulta-
tis est,q̃a habet diuersa nomina, ut sup.dixi,quæ
uidentur seruire pro genere, & tamen non bene
conueniunt, in tot diuersis subiectis interuenire
dicitur, ut cum differrentiis essentialibus male
possint explicari.

11 Tamen†diffiniendo eo modo quo fieri potest,
ita dicendum uidetur,ut etiam ibi retuli. Mora
est frustratio in non obseruando id ad quod quis
efficaciter tenetur,dixi frustratio, ponendo hunc
terminum pro genere, ut complecterer omnes
eius partes uarias & diuersas,quæ sub hoc nomi-
ne possunt contineri.nam debitor non soluendo
frustratur spem creditoris quam conceperat ex
promissione debitoris uel ex legis præcepto. l. j,
12 in fi. ff. si cer. petat. † frustrari enim est aufferre
spem seu finem actus cap.agite.de pœnitẽtiis. di
stinctio.j.ibi nonne frustramur euangelium &fru
stramur uerbum Dei si permittimus quod ille ne
get,& qui litem deserit dicitur frustrari.l.liber-
to.§.fi.ff.de neg.gest.& qui latitat dicitur frustra
ri dilationem.l.3.ff.de iudi. idest reddere uanũ,
& sub hoc uerbo optime comprehenditur mora,
quæ fit per contrauentionem, seu dando causam
quod res non possit præstari, iuxta l.si in lege.
§.si colonus.ff.locati.&l.si seruum.§.j.cum sequen
ti.supra eodem, ac etiam continetur mora quæ
committitur per creditorem non acceptando,
quia frustratur solutionem debitoris & uanam
reddit, item committitur mora quam facit cre-
ditor non accedendo ad locum, iuxta.l. si alia.ff.
de consti.pecunia.item frustratur deum & legem
qui peccatum committit & non obseruat legem
& uirtualiter comprehendit omnes terminos po
sitos in diffinitionibus aliorum,& propterea di-
citur esse genus bonum, & de hoc termino habe-
tur in l.hominem.supra. Mand. in fi.& in l.meri
to.in fi.supra de ui & ui arma.& l. is qui.§.cessa-
tum.in fi.ut in possessionem legatorum.& l.3.§.fi.
inf.de usur.& capitur semper in malam partem,
quoniam est quędam species deceptionis quæ sẽ
per punibilis est.Dixi postea in diffinitione (in
non obseruando)quod uerbum generale est com
prehendens obligationem affirmatiuam & nega
tiuam.quoniam qui tenetur facere non faciendo
non adimplet, & qui tenetur non facere contra-
faciendo non obseruat promissionem, & qui dat
causam ne possit rem prẽstare ex culpa sua non
obseruat promissionem, & creditor non acce-
ptando dicitur non obseruare quod facere tene-
tur, & idem quando non accedit ad locum pro-
missum, & sic apparet quod complectitur omnes
modos committendi moram,& addidi postea id
ut continerentur omnia quæ in mundo per ali-
quem obseruari debent.

13 Postea†addidi,ad quod tenetur efficaciter,quo
niam substantia moræ est ut interueniat aliqua
obligatio a iure naturali gentium uel ciuili uel
canonico, uel ex uariis causarum figuris, & ad-
didi efficaciter,quia mora non committitur ubi
non est actio,uel adest exceptio fortis. l. lecta.§.
penul.ff.si cer.petatur, ibi, non enim in mora po
test esse is a quo pecunia propter exceptionẽ pe
ti non potest,& dixi,tenetur,non autem (debe-
tur)quia latius uerbum est, & comprehendit om
nes actiones in rem & in personam, & officium
iudicis,& omnia præcepta legis,in quibus omni
bus committitur mora,&no.insti.de actionibus,
in principio,super glo.in uerbo debetur, & ideo
remanet quod hęc diffinitio uidetur conuerti cũ
suo diffinito,& complectitur omnes eius partes.

14 Committitur†autem mora quando per inob-
seruantem causatur hæc frustratio in aliquo su-
biecto uel aliquo ex dictis modis, frustratio au-
tem tunc inducitur quando ultra obligationes
in subiecto moræ contentas interuenerint illa
quinque supra narrata, quæ posui in l.quod te.
ff.si cer.peta.in dicto quarto no.inter quę potissi
me enumeratur interpellatio.

15 Est autem†interpellatio ad obseuuantiam in
citatio legitimo loco & tempore facta.l.si ex le-
gati causa.supra eodem, in qua requiruntur uer-
ba incitatoria,non deprecatoria, & non sufficit
dicere indigerem pecunia, ut ego dixi in dicta
l.quod te,licet Decius aliter sentiret. Interpella
16 tio†autem est triplex, complectendo omnia ad
eius materiam pertinentia,uidelicet,hominis,tẽ
poris, & legis, interpellatio hominis adhuc fit
dupliciter, in iudicio, & extra iudicium. In iu-
17 dicio fit † interpellatio quando creditor inci-
pit litigare procedendo ad dationem libelli cũ
præcedenti citatione ad uidendum produci, se-
cundum unam opinionem quam ego approbaui
in dicta l.quod te. num. 58. uel secundum om-
nes procedendo ad litis contestationem. Ex-
18 tra iudicium † fit interpellatio ex petitione cre-
ditoris facta sine lite,cum uerbis tamen incitato
rijs,soluas mihi pecuniam,uel uellem quod solue
res, non autem dicendo, indigeo seu indigerem
illa pecunia, secundum opinionẽ quã approbaui
in dicta l.quod te. nu. 58.& hæc interpellatio fit
per debitorem creditori quando ipse est para-
tus soluere,& creditor non uult acceptare, nam
tunc debitor dicitur eum interpellare ut acci-
piat, demonstrando sacculum pecuniæ & offer-
rendo se paratum soluere, & fortius quando hæc
oblatio fit in iudicio.l.si soluturus.ff.de solutio-
nibus.uel si solutio est fienda certo loco ipse ua-
dit ad illum locum & protestatur corã testibus
quod creditor suus non uenit, & quod ipse est pa
ratus soluere.iuxta no. in l. sed si alia. ff.de con-
sti. pecunia.

19 Interpellatio † temporis fit quando dies cer-
ta apposita est in promissione, nam tunc dies

interpellat pro homine.l.magnam. C.de contrahend.& committend. stipul. maxime quando est appositu miuramentum, uel quando subintelligitur a lege dies indeterminata, secundum unã opinionem positam in l. interdum,infra eodem, & tangetur infra in materia, & de die subintellecta a lege quæ constituit in mora est text. hic quando quis promisit facere aliquod opus, nam tunc subintelligitur dies quo comode fieri poterit, quo elapso inducitur mora.l.si stipulatus essem abs te,infra eodem.

20 Interpellatio†legis est quando ipso iure committitur mora, idest absque aliquo facto creditoris in promissione simplici, quod fit principaliter ex quatuor causis, uel propter fauorem debitoris,ut in petitione hæreditatis, uel propter fauorem personæ, ut in minoribus & ecclesia. l. Titia.§.usuras.ff.de leg. secundo. l. in minorum. C.de in quib.caus.in inte.resti.non est necessaria l.uideamus.ff. de usur.§.si actionem. uel propter fauorem adimplementi, ut quando una pars adimpleuit l.curabit.cum ibi no. C. de actio. emp. uel odio debitoris, ut in fure & raptore & uiolento possessore, l. Merito. ff. de ui & ui arm. in istis enim casibus lex interpellat ꝓ homine,ut perinde sit ac si debitor interpellatus fuisset a debitore.

21 Ex quibus†omnibus habes quomodo cõmittatur mora,& quæ sint necessaria adhoc ut cõmittatur. cõmissa autẽ mora causant multi effectus separatim sparsi in corpore iuris. septẽ autẽ sunt principales. Primus est pertinens ad materiã nostram,quod per eum incipit succedere obligatio ad interesse de qua habetur in l.stipulationes nõ diuiduntur. Secundus est effectus, quod per eam succedit obligatio ad pœnam,si apposita fuit,de qua habetur supra in l.ij.§. item si in facto. & sic mora facit ut secundariẽ obligationes succedãt. Tertius est effectus,quod facit debitorem teneri de interitu,cum ante liberaretur. l. omnes. ff. de actionibus & obligationibus,& dicitur.in dicta l,quod te,& in pulchro casu dicit consilium Neapolitanum ut per Afflictũ in decisione. 150. ubi late per multas conclusiones de isto effectu habetur. Quartus est effectus quod facit debitorem teneri ad usuras secundum naturam contractuũ. l.uideamus.§.si actionem.ff.de usur. Quintus est effectus,quod teneatur ad fructus secundũ naturam contractus,d. §.si actionem.Sextus est, quia facit teneri ad estimationem quanti plurimi fuerit a die moræ usque ad integram satisfactionẽ, de quo plene habetur in l.uinum.ff.si cer.peta.& isti sunt generales effectus,alios etiam particulares producit quos ponunt docto.in d.l.quod te. Septimus est effectus etiã, quia facit quod actio assumit plenissimam efficaciam, cum ante moram debilior esset. Qui omnes effectus retorquẽtur in creditorem. Aliquando si debitor congruo loco & tempore offerat se paratum soluere, & creditor nolit acceptare. uere tunc creditor incipit teneri de interritu, dicta l. illud. ff. de periculo & commodo. rei uenditæ.& l.hominem.ff.Mand.& habetur in l.sed si alia. ff.de consti. pecunia. & aliquando etiam tenetur quanti plurimi, ut no.in dicta l.uinum.

22 Isti autem†omnes effectus durant tempore successiuo multiplicando obligationem etiam usurarum & fructuum & estimationis rei quanti plurimi,quatenus durat ipsa mora, cum dependeat ab ea,& ea durante duret contumacia & inobseruantia morosi, sed si extinguatur ipsa mora sine contumacia uel inobseruantia, tunc extinguntur prædicti effectus tanquam cessante causa & fundamento respectu futuri temporis, ut amplius non multiplicentur neque usuræ neque fructus neque estimatio quanti plurimi.

23 Quæ extinctio † fit per purgationem moræ de qua tractatur in hac lege per docto.cũ tota materia,taliter ꝙ materia legis nostræ est dare cognitionem quomodo extinguatur mora cũ suis effectibus, quæ extinctio fit per purgationẽ moræ, unde ad pleniorem intelligentiam opportet præscire quid sit purgatio moræ,quot modis fiat & quæ qualitates ad eam perficiendam interuenire debeant,ideo dubitãt docto.quomodo diffiniatur,& in diffinitione aliqualiter uariauerũt.

24 Et prima † fuit diffinitio, quod purgatio moræ est negligentiæ cõmissæ emendatio,taliter quod reus constituatur in eo statu effectualiter quo erat ante moram,quæ diffinitio imperfecta est, ex eo quia diffinit tantummodo purgationẽ moræ commissæ a debitore,ideo Mod.postea cã mutauerunt extendendo ad moram etiam creditoris,& uerbum(reus) mutauerunt in uerbum morosum, dicendo purgatio moræ est negligentiæ commissæ emendatio, taliter quod morosus in eo statu ponatur effectualiter quo erat ante moram, & cum hoc uerbum (morosus) conueniat etiam creditori,efficitur diffinitio magis generalis,sed tamẽ uere & cum ista mutatione nõ est perfecta, & in multis peccat, & primo, quia non comprehendit totam morã, cũ illa constituatur in obligatione negatiua per factum contrariũ & non per negligentiã. d.§.itẽ si in facto.& §.Cato.itẽ uidetur cõtinere impossibile,ꝙ reducatur ad statũ quo erat ante morã,quia facta infecta fieri nõ possunt. l.in bello. §.factæ.ff.de cap. & postlimi.reuers.& habetur in l.j. §. si uir uxori. ff. de acquir.possessio. Tertio peccat, quia licet reus purget morã tamẽ non liberatur ab interesse usuris & fructibus decursis.sed solum liberatur plærunq; a futuris.l.sancimus. C.de fideiussori & habet in l.si ita q.s.§. Seia cauit.inf.codẽ & ego inf. dicã demõstrãdo ꝙ in multis casibus aliqñ facit cessare effectus præteritos & futuros, & nulla fit infiẽda restauratio.Aliquando effectus futuros impedit & præteritos cõfirmat, ut exequi debeant.

25 Ideo potest † aliter diffiniri. Purgatio moræ est frustrationis extinctio uel exclusio per legitimos modos a lege concessos, dixi frustrationis extinctio, ut cõplecterer purgationẽ omniũ generum moræ,dixi extinctio uel exclusio, quia ipsa mora ammittit oẽs effectus suos in futurũ tãtũ & aliquando præteritos, & quando extinguit præteritos est uera extinctio, quando uero præteriti

riti durant dicitur esse quædam exclusio, dixi per legitimos modos a lege concessio, quia purgatio moræ fuit gratia legis a bono & æquo deducta. l. si seruum. §. sequitur. supra eodem. modos autem nolui exprimere in diffinitione, ne facerem eam longiorem. §. Callimachus. quoniam uarii sunt & requirunt uarias qualitates, in quibus consistit tota materia legis nostræ.

26 Vnde † secunda est dubitatio, quot modis purgetur mora, & breuiter dicendum est, quod duo sunt principales modi, unus fit per plenum adimplementum uerum & actuale, & alius fit per adimplementum uerbale. adimplementum uerum & actuale fit quando debitor satisfacit obligationi suæ creditori obseruando in omnibus promissa, quo casu extinguitur obligatio omnis, & actio, & per consequens etiam mora, quia solutione illius quod debetur tollitur omnis obligatio. §. j. insti. quibus mod. tollit. obligatio. unde necessario mora extinguitur quæ totum fundamentum suum habet in obligatione ut supra dixi, ideo ea extincta extinguatur & mora arg. cap. cum cessante. de appellationibus. & sub hoc modo continetur etiam casus si pars remitteret tacite uel expresse obligationem, uel per nouationem seu delegationem extingueret, nam cum obligatio tollatur necessario & mora extinguitur,

27 Secūdus † est modus purgandi morā per adimplementum uerbale. quod fit quando debitor offert se paratum soluere & adimplere id ad quod tenetur, quæ obligatio aliquando requirit consignationem seu depositionem ut ueniat cum sacco paratus. l. si soluturus. ff. de solutionibus. aliquando depositio non requiritur uel non adaptatur, ut in obligationibus facti, & tunc sufficit obligatio cum aliquo principio, in creditore uero quia nihil soluere debet sufficit oblatio dicendo se paratum acceptare rem sibi debitam, & si erat fienda in certo loco accedendo ad illum locum, iuxta no. in l. sed si alia. ff. de consti. pecunia. & l. ij. ff. de eo quod cer loco. unde ad hoc ut talis oblatio uel consignatio sufficiat opportet quod interueniant prædictę qualitates & aliæ tres generales, quod fiat congruo loco & tempore, in quibus consistit tota materia nostra.

28 Et ut aliquis † aditus aperiatur ad intelligentiam totius materiæ, considerandum est quod aliquando lex ad actum faciendum imponit diem certam cum præscriptione, & tunc elapsa illa die amplius non admittitur purgatio moræ, quia cū præscriptio sit perfecta, succedit quod præscribens acquirit ius, & negligens priuatur iure suo, unde lex facit executionem & non potest admitti purgatio moræ. ideo constituitur regula generalis, quod in præscriptionibus perfectis non admittitur purgatio moræ.

Vnde succedit quod lapso tempore ad appellandum non admittitur purgatio moræ, & lapso tempore ad agnoscendam bonorum possessionē non admittitur purgatio moræ, & in omnibus similibus casibus, & solum potest adaptari restitutio in integrum non autem purgatio moræ. Secundo lex imponit diē certā sine taxatione præscriptionis, & tunc admittitur purgatio moræ ut per glo. in l. Celsus. ff. de arbitris. Tertio aliquando lex imponit diē indeterminatā, ut ꝙ opus fiat tanto tempore quo perfici comode possit, & tunc admittitur purgatio moræ per istum text. qui in terminis loquitur. Similiter in homine ista contingere possunt, ut si quis promisit pure soluere quantitatem, & tunc admittitur purgatio moræ etiam post interpellationem, per regulā tex. nostri. Secundo aliquando homo apponit diē certā sine pœna. & tunc admittitur purgatio moræ infra modicū tempus. l. si ita quis. §. Seia canit. inf. eod. & l. & si post tres. sup. si quis cautionib. Aliquando homo aoponit diē certā & pœnā, & tunc regulariter non admittitur purgatio moræ. l. magnā. C. de contrahend. stipul. Aliquando & quarto post moram commissam in dictis casibus lex facit exequtionem priuando, & tunc non admittitur purgatio moræ, ut infra dicetur.

29 Et sic sunt † tres casus in quibus non admittitur purgatio moræ. unus quando lex ponit diem certam cum præscriptione. Secundus quando homo apponit diē & pœnam. Tertius generalis qñ lex facit exequtionem post morā, in quatuor autem aliis casibus regulariter admittitur purgatio moræ, quæ tñ non passim permittitur sed cū aliqua restitutione ut fiat oblatio, idest purgatio congruo loco & tēpore, ideo opportet primo ꝙ fiat ante litis contestationem. nā post litis contestationem regulariter etiā in dictis quatuor casibus non permittitur purgatio moræ, per istū tex. in obligationibus faciendi. cum declaratione tñ infra tradenda. Secundo requiritur quod quando quis purgat morā eā facit congruo loco, alioquin non permittitur, iuxta no. in d. l. sed si alia. Tertio requiritur ꝙ uolens purgare morā soluat interesse præteritū uel usuras uel fructus ad quæ incepit teneri post moram d. §. Seia cauit. Quarto requiritur ꝙ ius actoris nō sit effectū deterius alioquin non permittitur. ut in l. si in lege. §. colonus. ff. loca. & d. l. & si post tres. de quibus omnibus qualitatibus tractatur in hac lege nostra, & in eis consistit examinatio præsentis materiæ, & quoniam tempus litis contestationis est præfixum per l. nostram ad potestatem purgandi moram in dictis quatuor casibus præmisis.

Ideo in materia nostra cōstituunt duæ regulæ una affirmatiua, quod ante litis contestationem admittitur purgatio moræ. ampliatur tamē & limitatur multis modis infra dicēdis, & in spetie quod procedit tantummodo in obligationibus faciendi, cum in obligationibus dandi ista taxatio temporis non sit inducta. Secūda cōstituitur regula negatiua, quod post litis contestationem non admittitur purgatio moræ, ampliatur & limitatur multis modis infra dicēdis, tamē hæc est una generalis, ꝙ in obligationibus dādi, si res debita fuit petita, admittitur purgatio moræ in dictis quatuor casibus cū suis qualitatibus usq; ad sentētiā, & post p. §. finalē. insti de ꝑpetuis & tēporali. actionibus. sup q̄bus regulis cōsistit tota ma

materia nostra, quæ tamen multum inuoluitur, ex eo quia decisio tex. nostri est ualde particularis, & procedit tantummodo in obligationibus faciendi quando est petitum interesse ut infra dicetur, ideo tradidi alium modum cognoscendi quomodo purgetur mora, ut tollantur inuolutiones, & hæc sufficiant pro generali cognitione omnium terminorum pertinentium ad materiam.

Veruntamē quia lex nostra multum breuis est ambigua, & incerta, ideo recipit multas dubitationes circa intelligentiam uerborum legis, de quibus est uidendum, ad finem ut firmemus terminos super quibus figuratio casus fieri debeat.

30 Et primo † quia tex. dicit simpliciter, quod quis stipulatus est insulam fieri, obstat, quia istud exēplum uidetur esse de rarissime contingentibus, cum insula dicatur quę nascitur in mari uel in flumine, ut in. §. insulam. insti. de rerū diuisione, & uidetur ualde laboriosum facere insulam in mari, cum sit opus naturæ, uel regum, non autem priuatorum hominum, & requirat longissimum tempus ad perfectionem. glo. prima sentiens contrarium. dicit quod tex. intelligitur de domo in mari edificata dicta a salo quia in salo posita fuit, quæ expositio parum utilitatis affert, & contra intentionē tex. cum domus nō soleant fieri in mari sed in terra uel saltem in litore maris, & in solis uenetis hoc exēplum uerificari posset. unde alia datur expositio quod intelligatur de domo in terra uel quocūq; loco edificata, quæ nullū aliud edificium habeat connexum seu coniunctum. sed ab omni parte habeat aream seu uiam publicam & appelletur insula ad similitudinem illius quæ est in mari solum circundata ab aqua, & nullam aliam continentem terram annexam habeat, & uidetur probari in l. continuus §. item qui insulam & l. qoi insulam. infra eodem. ubi non fit mentio de mari, sed dicitur illo loco, & secundum naturam locorum, & in mari requiritur opus ualde forte & maximi temporis & expensæ. facit etiam lex. in l. 3. §. si quis insulā. ff. de eo ꝙ certo loco. & lege. 3. §. effractor. ff. de offi. præt. uisg. ubi dicitur ꝙ effracturę fiunt in insulis ubi homines ponunt prætiosiora sua bona ꝙ non solet contingere in domo facta in mari, & idē dicitur in l. fi. eod. tit. de officio præfecti uigil. & cum præfectus uigilū non habeat potestatē extra urbē, sed erat magistratus ciuitatis, & ab eo appellabatur ad præfectum urbis. l. 3. §. primo. eodē. tit. & præfectus urbis habebat curā ciuitatis. l. j. ff. de offici. præfect. urb. ad idē est tex. in l. si stipulatus essem abs te, sup. eodē. ubi ponit exēplum de domo, & postea respondet de insula cū lege sequenti, & esset incōueniens ꝙ tot leges ponerent exemplum de domo quæ edificiatur in mari. ad idē est tex. in l. cū duobus. alias si fratris. §. idem respondet. ff. pro socio. per quem tex. dicit Bar. in l. quominus. de fluminibus. in penul. quæstione. quod insula comprehendit omnes domos, generaliter tamen intelligitur de habentibus uiam ab omni parte, & idem dixit glo. in dicto. §. insulam. insti. de rerū diuisione. conclude igitur quod iste text. intelligitur de domo insulata secundum proprietatem uocabuli, uel omni domo secundum illam glo. & hæc glos. in dicto l. §. effracturæ deridetur per Budeum in suis annotationibus. fo. 125. cū apud Suetonium & alios insula propric ponatur pro domo, & tenet Festus Pompeius, & Cornelius tacitus dicit quod germani circundant spatio eorum domos moræ insularum, ut refert hic Niger num. 54.

31 Secundo † considerandum est, quia stipulatio in hoc themate posito uidetur esse nulla cum non sit assignatus locus, l. Tertia. § si quis insulam. ff. de eo quod cer. loco. & facit tex. in l. ita stipulatus. la granda. supra eodem. soluunt docto. quod hic debet præsupponi locum fuisse assignatum a contrahentibus, nec est diuinare, quia quando iurisconsultus de uno dubitat in certa qualitate in aliis præsupponuntur cætera habilia interuenisse. l. qui testamento. & l. cum lege. ff. de testam. & cap. j. de ætate & qualitate in 6.

32 Tertio † etiam aduertatur, quia adhuc uidetur stipulationem fuisse nullam non dessignata forma altitudinis & longitudinis, quia posset liberari faciendo paruam casam. arg. l. si domus. ff. de leg. j. ubi legatum domus incertæ derisorium reputatur, soluunt similiter docto. fatendo contrarium, & dicunt pręsupponendum esse quod hæc forma erat dessignata, cum de ea non dubitetur. arg. dictæ. l. qui testamento. de testam. & confirmatur per no. per Bar. in l. quidam testamento. ff. de leg. secundo. nec dicatur quod uideatur promissa domus mediocris seu secundum conditionem personæ. arg. l. legato generaliter. ff. de leg. j. & l. cum post. §. gener. de iure dotium, ut uolebat Roma. hic, quia solutio debet dari ut ibi per gloss. Sed Rippa tenet opinionem Romani, quod imo promissio ualeat, quia demonstrato loco satis fuit demonstrata forma operis secundum artem architecturæ, ut probat Vitruuius lib. primo. capite secundo. de architectura, & lib. sexto capite secundo. ideo iura dicunt stipulationem (insulam fieri) demonstrato loco ualere, nec requirunt quod dessignetur forma operis, nam incertitudo quæ potest certificari per relationem ad aliud nunquam uitiat stipulationem. l. ubi autem non apparet. §. illud. infra eodem. hic autem incertitudo potest certificari per artem. ergo & cætera. & ita in simili proposito dicit Bald. in l. sicut, uersicul. sed quid si dixi. Codice de actio. empti. & addit quod responsio Alexand. nec tantillum monet eum, cum posset expedire magis habere solum uacuum quam domum inutilem.

Sed ego puto non esse recedendum a communi, per dictam legem si domus, & per id quod uoluit Bartol. in l. quidam testamento reipublicæ. digest. de leg. secundo. qui uult quod incertitudo quantitatis relictæ uel promissæ ad opus priuatum uitiat stipulationem & legatum, & habuimus supra in l. sciendum. super secunda quęstio. glo. ubi posita fuit conclusio gene-

generalis, quod solemnitas intrinseca incerta seu uariabilis ex uoluntate non præsumitur, & actus remanet nullus, nec potest dici quod ratio ne loci certificetur, cum domus non regulentur a loco sed a uoluntate dominorum, neque regulentur a conditione partium, cum similiter sint uoluntariæ, & priuatissimo aliquando placet facere palatium maximum & regale prout in practica quotidie uidemus, & solum conditio loci uel personæ attenditur in causis fauorabilibus, ut in dote l. cum post. §. gener. ff. de iure dotium. & non in communibus actionibus, & in agris et minimis reperiuntur ædificia regalia, & in agris magnis ædificia parua pro habitatione colonorum, & animus domini qualis sit in qualitate domus, nec quæ sit commoditas sua neque cognosci potest, nec quam sit potens bursa ipsius, & euenire potest quod plures homines eiusdem conditionis uarias formas habitationis faciunt.

Nec obstat subtilitas Rippę de authoritate Vitruuii, quia ipse eum non intellexit, quoniam ipse loquitur quãdo designatus est locus quatenus est futurum ædificium, ut si sit designatus locus per quadrantem cẽtum pedum, tunc architector ex sua scientia poterit imaginari qualitatem domus, & propterea concordat, quia nedum requirit quod sit designatus fundus uel locus in ciuitate, sed requirit quod spatium in quo ædificanda est domus sit per architecturam demonstratum. nec obstat dicta l. generaliter. de leg. secundo. quia procedit in pluribus rebus relictis quæ habent formam a natura non autem dependẽt a mera uoluntate facientis. facit lex in testamento ff. de conditio. & demonstr. & quod uoluit Bar. in l. stipulationes. supra eodem. in 1. quæstione, & in l. ita stipulatus. eodem titulo. propterea ego puto subauditionem necessariam esse, nec est diuinare, quia Vlpianus hic posuit exemplũ de domo ædificanda ut demonstraret quod loquebatur de obligationibus faciendi, & non curauit ostendere locum neque formam, quia qualis esset fienda domus non tangebat difficultatẽ quæstionis propositæ, & solum fuit positum exemplũ ut esset promissio facti in qua succederet obligatio ad interesse, sicut quando dicitur de stipulatione (per te non fieri) amplius non agi, & rem ratam haberi, & dolum malum abesse) ut in l. 2. §. item si in facto. & lege eadem, & lege in illa. & §. Cato. & inf. in l. illam stipulationem. in hoc titulo nostro.

33 Quarto aduertendum est, † quia in hac stipulatione non fuit apposita dies, ideo mora nõ potuit committi sine interpellatione. l. si ex legati causa. infra eodem. unde imperfectũ adhuc uidetur exemplum. cum opportebat dicere interpellationem interuenisse, cum præsupponeret moram fuisse comissam. Soluunt communiter doct. fatendo contrarium ut in præcedentibus, & dicẽtes quod hic interuenit interpellatio, cum sit necessarium antecedens ad moram, quam pro firmo præsupponunt esse commissam. Secundo respondent quod in hoc tex. probatur uuum notã dum, ut in hac stipulatione mora fuerit commissa sine interpellatione, quoniam licet dies nõ esset apposita ab homine, tamen a lege subauditur dies infra quem commode fieri potuisset, & colligitur generalis regula, quod in obligationibus factorum subintelligitur appositum tempus quo commode res fieri posset. l. si stipulatus essem abs te. & l. continuus. §. item qui insulam. inf. eodẽ. & dies incerta subintellecta a lege constituit in mora sicut expressa. l. 2. C. de iure emphyteuti. & tenet in spetie Barlo. in l. ita stipulatus. in secunda quæstione. sup. eodem. & Rippa hic & omnes Moder.

34 Quinto aduertatur, † quia iste text. in alio est dubius, cum dicat litem contestatam fuisse, & nõ apperit super quo facta fuerit, an super interesse uel super petitione facti, quoniam commissa mora utraque actio competit, & possit intentari secundum doctrinam Bar. in l. stipulationes nõ dĩuiduntur. in nona quæstione. supra eodem. qui dixit post moram agi posse ad interesse tantum, uel ad factum tantum, uel ad utrunque alternatiue, & propterea thema istud cum decisione redditur ualde dubium. Soluunt communiter doct. tacite magis quam expresse præsupponentes ꝙ hic fuit facta litis contestatio super petitione solius interesse, & quod non erat intentata lis neq; de solo facto neque cumulatiue de utroque, sed solum interesse erat petitum ex obligatione subrogata a lege post moram commissam, & hanc opinionem ego puto ueram, imo etiam necessariam, quia si esset petitum factum ædificandi domum non posset habere locum distinctio istius tex. ut statim dicam.

35 Sexto † aduertatur, quia decisio posita in hac lege non uidetur esse uera eo modo quo profertur, & hæc distinctio an sit lis contestata uel non, sit uana, quoniam imo mora purgari potest usque ad sententiam. §. fi. insti. de perp. & temporalib. actioni. qui dicit satisfactione facta ante sententiam liberari reum & a petitis absolui debere, ergo potuit purgare moram, & idem dicitur in l. si reus paratus. supra de procuratoribus. & l. interdum. §. fi. & l. seruum. §. sequitur. hoc tit. nostro. soluit Iaso. quod intelligitur hic contestatã fuisse litem super interesse, & sic tenet præcedentem opinionem, quia si esset factum petitum semper posset purgari mora. sed hæc solutio apparenter uidetur falsa, quia alias sequeretur quod in obligationibus dandi semper permitteretur purgatio moræ usque ad sententiam, cum semper in eis res promissa etiam post moram in iudicio petatur, quod uidetur esse contra omnes regulas istius legis, & intentionem ipsius prætendentis eas generaliter ponere. Ideo Bar. in secunda oppositio. secundæ partis dicit quod ibi sit oblatio & uera traditio in totum adimplendo, sentiens quod non possit purgari mora per solam oblationem post litis contestationem, sed solum potest purgari per plenum adimplementum, quæ solutio etiam non eneruat contrarium, quoniam iste tex. loquitur de toto adimplemen-

to, dum dicit nil prodesse si ædifices, & sic fuit plenum adimplementum. unde dicendum est ꝙ per adimplementum purgat moram super facto principali ut amplius non teneatur ad factum etiam faciendo usque ad sententiam, sed tamen non liberatur ab interesse, ut dixit glo. fi. item liberatur ab interesse futuro non autem ab interesse præterito, quæ etiam declaratio non eneruat totum contrarium, ex eo quia tex. dicit nihil prodesse si ædificet, ergo ædificando non liberatur ab interesse ualoris operis, sed totum interesse consequetur actor non obstante ædificio.

36 Propterea concludas†quod iste tex. debet intelligi ut procedat tantummodo in obligationibus faciendi & non in obligationibus dandi. Itẽ intelligitur quod hic interesse erat petitum solum, & non ipsum factum, quoniam quando factum ipsum est petitum semper admittitur purgatio moræ in opere præstando, quia actor aliud non petit & aliud non intendit, & in libello suo concludit illum teneri ad faciendum, & condemnari ad faciendum, & in litis contestatione quasi contrahunt partes, ut cognoscatur an teneatur facere, & iudex in sententia necessario debet declarare eum teneri ad faciendum, & condemnare eum ad faciendum, & in exequtione postea eũ ponere in carceribus cogendo eum ita facere. argum. l. ut fundus. ff. communi diuidundo. & lege fideicommissa. §. final. ff. de legat. 3. ideo sequitur quod si ipse promissor facit pendente lite purgat moram, & liberatur ab omni obligatione ut absolui debeat secundum quod dicitur in dicto. §. fi. insti. de perpetuis & tempor. actionib. & dic. l. cum reus paratus. & dicta l. interdum. §. fi. supr. eodem, quæ omnes rationes æqualiter militant in omnibus obligationibus dandi, in quibus solum petitur illud quod debetur, & contestatur lis super eo, & sententia de eo necessario fertur cum exequtione, imo plus etiam in obligationibus factorum rem restitui uel rem tradi quando præcise tenetur etiam semper restituendo uel tradendo poterit purgare moram, & soluendo interesse præteritum liberabitur omnino ut ueniat absoluendus, & propterea concludas quod text. noster ponit spetialem decisionem in obligationibus factorum, quæ etiam restringi debet quando actor post moram petiit interesse, nã tunc fit ista distinctio an uellit adimplere ante litis contestationem uel postea, in aliis casibus hęc distinctio non admittitur, ut inf. declarabitur.

37 Septimam†difficultatem mouebat hic Paulus de Castro quomodo ante litis contestationem posit purgare moram, utrum satis sit inchoasse opus an requiratur quod sit perfectum uel potius quod sufficiat inchoasse, & Paulus hic determinat quod sufficit inchoasse ponderando text. nostrũ in uerbo facientem, quod est participiũ præsentis temporis significans actum prout est in fieri non prout est in facto, & sequitur Ale. hic & Ias. ponderando uerbum (ædifices) quod etiã denotat rem prout est in fieri. Rippa uero hic dicit se ualde dubitare aliqua allegans in contrarium. sed tamen resolutio communis est & uera, quod sufficiat quod ipse offerat se paratum dando principium notabile cum cementis lapidib. præparatis, quoniam cum sit factum successiuum non põt unico momento expediri, & si esset opus perfectione citius posset finiri lis, & iudex esset incertus quomodo deberet ferre sententiam, & propterea in terminis legis nostræ teneas quod sufficit se offerre cum aliquo notabili principio, & aliquibus rebus præparatis, sed si esset factum momentaneum, ut est traditio rei, amplius non agi, rem ratam haberi, tunc non sufficeret solum principium sed esset opus depositione. arg. l. si soluturus. infra de solutionibus. uel in stipulatione amplius non agi, & similibus, saltem præstare fideiussionem de omnino obseruando.

Quibus sic generaliter declaratis & firmatis in septem terminis in l. nostra ut posit constare quomodo thema sit formandum & casus figurari deuenio ad tex, Qui diuiditur†in duas partes, in prima ponit quod ante litis contestationem potest fieri purgatio moræ, in secunda negat in tẽpore post litis contestationem. Secũda ibi, quod si. prima subdiuiditur in duas. in prima ponit thema, in secunda ponit decisionem. Secunda ibi, quandiu, uel diuide in tres partes ut facit Bar. quoniam in idem resultabit. Summatur per docto. hic, & tu potes ita summare. in obligationibus factorum si petatur interesse commissum post moram potest reus purgare moram faciendo ante litis contestationem, postea uero nõ auditur, nec ei prodest. 38

39 Casus†ita breuiter fingi potest, quidam habebat fundum magnum in quo diruta fuerat domus ut nemo habitare posset, & cognoscens dominus quod non præstabat tantos redditus quã tum faciebat habitantibus colonis, & quod sæpe propter pluuiam fructus collecti corrumpebantur, deliberauit facere nouam domum in eo, & stipulatus fuit ab architectore domum fieri aptã ad habitationem colonorum, & etiam pro se, & aliam partem aptam ad conseruandos fructus, quo facto architector requisitus ab aliis accessit ad facienda noua opera confidens in instrumento facto quod sibi tale opus non poterat deficere, ut sæpe solent facere artifices. unde pertransiuit tempus sex mensium uel unius anni, taliter quod non potuit dominus facere colonos ibi habitare pro faciliori & utiliori cultura, ac fructus percepti propter pluuiam corrupti fuere taliter quod propter moram architectoris habuit maximum damnum. unde dominus ipse conuenit eum in iudicio, petendo mille ducatos partim ꝓ damno in non percipiendo fructus, partim pro damno in fructibus consumptis, & partim pro interesse ipsius domus non factæ. architector conuentus obtulit in iudicio se paratum facere domum, & incepit facere fundamenta, atque misit cementa & lapides & ligna præparando ut ædificium fieri posit, ideo petebat ut amplius non procederetur in iudicio quasi ipse purgasset moram, & quod non posset amplius conueniri ad interesse,

tereſſe,replicabat actor quod non poterat pur-
gare moram,neque debebat audiri, ſed condem
nandum eſſe eum ad ſolutionem totius intereſſe
non audita allegatione quod ipſe faceret opus
uel etiam perficeret, ideo coram Vlpiano fuit
dubitatum quid iuris.

Et ratio dubitandi erat,& uidebatur dicendũ
quod non poſſet admitti ad purgationem morę,
primo per tex.in l.ſi ita quis.§. Seia cauit. infra
eodem.ubi non admittitur purgatio moræ quan
do intereſt creditoris, ſed hic intereſt credito-
ris,ut patet in themate,ergo,&c.Secundo facie-
bat tex.in l.& ſi poſt tres.ſupra ſi quis cautioni-
bus.ubi quando ius creditoris effectum eſt dete-
rius non admittitur purgatio moræ,ſed hic erat
ius creditoris effectum deterius,ut patet in the-
mate,ergo admitti non debet. Tertio faciebat
tex.in dicto.§.ſi ita quis.& in dicta leg. & ſi poſt
tres,ſimul iuncti qui uolunt quod poſt longum
tempus non admittitur purgatio moræ,&ſolum
infra quinque uel ſex dies admittatur,hic autem
longum tempus tranſiuit,ergo non debet admit
ti.Quarto faciebat tex.in l.ſi is cui.ff.de legat. 2.
ubi quando debentur duo alternatiue, facta ele-
ctione de uno non admittitur amplius purgatio
moræ,quia facta eſt exequtio,ſed hic debentur al
ternatiue factum uel intereſſe, & electio fuit fa-
cta a creditore petendo intereſſe,ergo non debet
admitti purgatio moræ.Quinto faciebat tex. in
l.1.ſupra de penu.leg.ubi quando debetur pecu
nia ratione rei per morã fit nouatio ut amplius
ipſa res peti non poſsit,ergo eodem modo pro-
pter moram uidetur facta nouatio ut ſolum in-
tereſſe & non ipſum factum peti uel præſtari poſ
ſit,& per conſequens præſtando factum admitti
purgationem moræ.Sexto faciebat ſecundũ Ni-
grum & Ruyn. quia ex mora acquiſitum fuit ius
creditori ut poſſit peti intereſſe& ſequantur alii
effectus,ergo non poteſt ab eo aufferri.l. fi.ff. de
pact.& l.id quod noſtrum.ff.de reg.iur.Septimo
faciebat, quia ædificando poſt tempus tacite a
lege & a contrahentibus inductum uidetur face
re nouum opus,&non facere domum promiſſam
l.ſi non ſortem.§.libertus.de condi.inde.ubi alia
eſt opera unius temporis alia eſt opera alterius
temporis,& pro hoc facit tex. in l. ſi uſusfructus
mihi in biennium.ff.de uſufruct.leg.& per Bal.in
capit. 1. quo temp.miles.ergo non uidetur poſſe
purgare moram, quoniam aliud pro alio inuito
creditore ſolui non poteſt.l.2.§.1.ff.ſi cer.pe.&in
ſpetie quod non poſſit mora purgari,tenuit Bal.
in dicto cap.1.quando ex uarietate temporis fa
ctũ uariatur.Octauo faciebat tex.in l.Titia Seio.
§.uſuras. ff.de leg. 2. ubi mora commiſſa perpe-
tuo debentur uſuræ, & hoc firmauit Alber.in di.
l.& ſi poſt tres.Nono facit, quia quod factum eſt
amplius infectum fieri non poteſt.l.in bello.§. fa
ctæ.infra de captiuis.ergo cum ſit mora commiſ
ſa ſecundum Saly. per conſequens non poteſt
purgari.Decimo faciebat,quia mora eſt delictũ,
glo.in l.ſi mora.ff.ſolu.matrimonio.& moroſus
æquiparatur furi.l.inter ſtipulantem.§.penul.in-
fra eodem. ergo non debet moroſo ſubueniri,
quia delinquentibus iura non ſubueniunt.l.bona
fides.ff.depoſi.& l.auxilium.ff.de minoribus.Vn
decimo faciebat tex.in l.magnam.C.de contr.&
commit.ſtipula.quæ uult moræ purgationem nõ
poſſe fieri. & clarius dicitur in lege celſus. dige.
de arbitris.

40 Iis tamen†non obſtantibus contrarium deter
minatum fuit in hoc tex. quod imo huic archite
ctori conceſſa fuit facultas purgandi moram uſ-
que ad litis conteſtationem offerrendo ſe para-
tum facere opus & proiiciendo fundamenta cũ
præparamento aliquali cementorum & lapidum
& rerum neceſſariarum,& ratio decidendi eſt,q̃a
in hac materia ſeruatur æquitas, & ex bono, &
æquo lex facit gratiam moroſo, ut poſſit obſer-
uando purgare moram.l.ſi ſeruum.§.ſequitur.in
fra eodem. ubi dicitur quod hoc receptum fuit
ex bona & æquo, & ſumitur æquitas ex eo quia
non intereſt creditoris, quoniam ſicut olim indi
gebat illo opere, ita & nunc indiget,& concedi-
tur ei quod ipſe procurauit ſibi fieri.Item poteſt
dici quod hæc æquitas ſumitur ex eo quia pœni
tentibus gratia conceditur ut recipiantur. Item
etiam quia ſicut eccleſia nunquam claudit gre-
mium pœnitentibus.Item etiam lex ex æquitate
non claudit & admittit pœnitentes,& facit glo.
in dicta le.Celſus.ff.de arb.& illud dictum, nolo
mortem peccatoris ſed ut conuertatur & uiuat.
epiſtola inter claras. prope finem. C. de ſumma
trinitate.& fide catholi. & quamuis loquantur
in eccleſia reſpectu miſericordiæ Dei, tamen aſ-
ſumpta fuere ab æquitate naturali quæ hic con-
ſideratur,

41 Non obſtãt† allegata in contrarium,&primo
tex.in dicto.§.Seia cauit.quia ille limitat tex. no
ſtrum ut intelligatur quod admittitur purgatio
moræ quando etiã offert creditori intereſſe præ
teritum,& omne damnum,& tunc ſi hoc fiat, nul
lum remanet intereſſe creditoris,merito purga-
tio moræ debet admitti quantum ad futuros.Nõ
obſtat lex & ſi poſt tres, quia ſimiliter declarat
iſtum textum, ut procedat quando oon eſt effe-
ctum ius actoris deterius,ſed in hoc caſu ſi ei ul-
tra factum etiam offerratur intereſſe præteritum
nõ dicitur eſſe effectum ius creditoris deterius,
quoniam & tunc indigebat facto quod procura
uit ſibi promitti,& nunc indiget.ſed ſi eueniſſet
quod poſt moram alienaſſet fundum in quo erat
fienda domus,tunc quia non indigeret amplius
actor diceretur effectum ius actoris deterius, &
non admitteretur purgatio moræ.dicta. le. & ſi
poſt tres. ſed ſi tantummodo habuit damnũ fru-
ctuum non perceptorum, oblata æſtimatione il-
lius damni non dicitur eſſe effectum ius actoris
deterius, ideo admittitur purgatio moræ.

Non obſtat quod poſt longum tempus nõ ad-
mittitur purgatio moræ.dicta l.& ſi poſt tres. &
dicto.§.Seia cauit.quia procedit quando eſt ap-
poſita dies certa ab homine, quia tunc non ad-
mittitur niſi infra breue tempus,ſed hic dies nõ
fuit appoſita ab homine,& tantummodo a lege

dies indeterminata quam primum potuit fieri tacite subintellecta fuit, ideo non obstat, quia sunt diuersi termini. non obstat l. is cui. ff. de lega. secundo. quia ibi non permittitur uarietas, quoniam in obligatione alternatiua facta electione lex facit exequtionem, lege apud Aufidium. ff. de optio. leg. sed in hoc casu factũ primo fuit promissum solum, & postea successit obligatione alternatiue deberi. & tex. non obstat, & hic admittitur purgatio moræ, non obstat. l. j. ff. de pen. leg. quia ibi pecunia fuit relicta sub cõditione rei, unde per moram adimpletur conditio, & pecunia debetur, sed hic factum non debetur sub conditione pecuniæ, sed subrogata fuit obligatio a lege sine conditone, ideo sunt diuersi termini, & non obstat. & sic admittitur purgatio moræ, & sic ibi fit nouatio, hic non fit, ut per Bar. in d. l. stipulationes. in septima oppositione. non obstat quod ex mora sit acquisitum ius creditori, quia respondetur uerum esse quantũ ad interesse præteritum, & ideo illud non potest aufferri & debet in purgatione concedi, sed nos loquimur de effectibus futuris, & de interesse respectu æstimationis facti, in quibus ius non fuit quæsitum plene sed reuocabiliter si purgabitur mora. non obstat quod sit aliud opus ex tempore, ideo non soluitur quod debetur, quia respondetur secundum Ruy, quod contrarium procedit quando promittitur opus in fieri. in tex. autem nostro promittitur opus perfectum, ut per Are. & Ias. in dicta l. si stipulatus essem abs te. Secundo respondet Niger quod contrarium procedit de rigore, sed de æquitate permittitur a iure solui factum quamuis uariatum a tempore, quia non interest, ut dictum fuit. Item domus facta diuerso tempore non uidetur esse alia, secus in operibus consistentibus in singulari industria. Tu uero facilius soluas, quod si consideras diuersitatẽ facti propter interesse præterito remanet idem factum, quia indigebat & nunc indiget, si uero cõsideras factum quia opera artificis est uariata, & tunc non procedit in paruo tempore, sed solum in iuuene effecto sene, item procedit quando est factum consistens in mera industria singulari, ut alii nũ habeant, sed nos loquimur in facto quod consistit in communi industria quam multi habere possunt, & tunc uidetur esse eadem res & idẽ factum. lege nemo est qui nesciat. digest. de duobus reis.

Non ostat quod per moram ius perpetuo acquiratur. dicto. §. usuras. quia respondetur quod procedit in interesse præterito quod perpetuo debetur, & in futuro si mora non purgatur, sed si mora purgatur, tunc extinguitur, quia causa ipsius extinguitur, item ibi dicitur (perpetuo) ad differentiam superioris casus in quo effectus moræ tollitur si labitur tempus minoris ætatis, & est sensus, quod si mora committitur ex priuilegio durat in tempore quo durat minor ætas etiam quod non purgetur, sed si committitur per interpellationem durat perpetuo si non purgetur mora, sed non negat quin per purgationem extingui possit. Non obstat quod factum pro infecto fieri non potest, qui uerum est quod per purgationem non poterit fieri ut non fuerit morosus, & quod interesse non inceperit deberi, sed quando purgatur mora non dicitur eam nunquã fuisse, sed dicitur quod eam uult finire ut amplius non procedat effectus, & lex & homines possunt facta extinguere ut ulterius non procedant, & ideo purgatio moræ permittitur, quia impedit eam effectus suos producere.

Non obstat quod morosus delinquat, & in delictis non subueniatur, quia respondetur quod procedit in delictis in committendo, sed mora est delictum in ommittendo, ideo facilius subuenitur, ut per glo. in dicta l. si mora. in uerbo in facto. & tex. in dicta. l. inter stipulantem. §. pen. qui loquitur de periculo interitus, non quod morosus delinquat ut fur. Secundo respondetur quod illa regula non procedit in materia moræ quæ ꝓpter æquitatem permittitur, quoniam uullum est damnum creditoris ut dictum fuit. Non obst. si dicatur quod soluẽdo interesse creditoris purgatio moræ reddatur inutilis & frustratoria, cũ idẽ esset si solueret totale interesse sine facto adimplemento, quia respondetur quod imo nõ est frustratorium, cum commodius sit ipsi architectori facere domum quam soluere æstimationẽ operarum. argum. l. sed hæ operæ. §. fi. ff. de oper. libertorum. Item per purgationem euitatur futurum interesse, quod est magnæ utilitatis, & sicut ante moram erat arbitrarium debitoris soluere factum uel totale interesse, & tamen eligit potius factum quam interesse propter maiorem utilitatem, ita hic remanet utilitas maior in præstando factum quam interesse æstimationis facti. Non obs. l. magnam. & d. l. Celsus. quia per eas ponitur alia restrictio ut non procedat quando esset apposita dies & pœna, quoniam tunc non admittetur purgatio moræ.

Quare remanet conclusio, quod huic architectori permittebatur purgatio moræ offerrendo se paratum facere domum, & dando principium notabile cum conuenientibus præparamentis, tamen cum hac restrictione quod soluere se offerat etiam interesse præteritum. item quod ius actoris nõ sit effectum deterius, quia forsam alienasset fundum. item quod non sit apposita dies certa, quia tunc infra modicum tantummodo tempus permitteretur. item quod non sit apposita dies & pœna, quia tunc nullo modo permitteretur, & cum istis restrictionibus procedit decisio istius tex. quod antequam sit lis contestata super interesse petito admittatur purgatio moræ.

42 Sed † tunc succedit alia dubitatio, utrum post litis contestationem permittatur purgatio moræ soluendo factum principale cum interesse creditoris, & non esset effectum ius deterius, & non esset neque dies & pœna apposita, & dicebat architector quod sic, quia eadem æquitas quæ militat ante litis contestationem durat etiam post litis contestationem, & pro ista opinione adducebatur

cebatur tex.in.§.fi.insti.de perpetuis & temporalibus actionibus.& l.si reus paratus.de procura.& l.interdum.§.fi.supra eodem.Secũdo faciebat tex.in l,3.§.fi.infra iudi.solui. ubi usque ad sententiam si conueniatur fideiussor potest reus suscipere defensionem, & per consequens purgare moram.Tertio faciebat tex.in l.hoc edicto.ff.de publicanis,ubi post acceptum iudicium publicanus conuentus ad pœnam restituendo rem ablatam euitat pœnã dupli,& sic potest purgare moram.Quarto facit lex item ueniunt.§. quod prædiximus,uersi.idem recte.ff.de peti.hæredi. ubi dominus conuentus ad æstimationem damni ex delicto serui potest usque ad sententiam & exequtionem dare seruum pro noxa, & sic euitare pœnam.Quinto facit, quia contestatio litis obligat fortius ad soluendum rem petitam, quia ad eam condemnari debet,ergo uidetur quod quocunque tempore soluere possit quod ab eo petitur, & sic purgare moram.

43 Iis tamen non † obstantibus contrarium fuit determinatum in hoc tex.quod imo post litis cõtestationem iste architector conuentus ad interesse non possit purgare moram neque offerendo se paratum soluere cum principio, neque etiam opus perficiendo,cum nihil prosit facere, & ratio decidendi est secundum docto. quia per litis contestationem dupplicata est contumacia,ideo amplius non est dignus uenia,& cessat æquitas cõcedendi purgationem,quæ ratio non est concludens,quoniam& in obligationibus dandi per cõtestationem dupplicatur contumacia,& tamẽ admittitur purgatio,unde melior ratio decidendi est,quia facta litis contestatione super interesse partes quasi contrahunt,& conueniunt ut iudicium fiat super interesse, discutiendo an debeatur uel non debeatur, unde tacite uidentur excludere petitionem ipsius facti.ut tanquam amplius non debeatur non possit præstari, & cum uterque elegerit litem super interesse non admititur purgatio moræ per prestationem facti.arg. l.si is cui.ff.de leg.2.

Non obstant allegata in contrarium,& primo tex.in dicto.§.fi.& dicta l.cum reus paratus.quia loquuntur in obligationibus dandi in quib.semper admittitur purgatio moræ,quoniam illud ꝙ principaliter debetur semper petitur, & si actor instat condemnari ut illud præstetur,ergo poterit reus præstare,hic uero sumus in obligationibus faciendi in quibus succedit obligatio ad interesse,& erat interesse petitum, unde post litis contestationem admittitur ad præstandum factum,quia per eam uidentur partes remisisse ut dictum fuit.ideo si actor petiisset factum & non interesse non procederet iste tex. quia tunc admitteretur semper purgatio, quoniam soluretur illud quod actor cum instantia peteret semper sibi præstari.non obstat tex.in l.3.§.fi.iudica.solui.quia loquitur in casu quo fideiussor conueniebatur & non principalis, hic uero principalis conueniebatur. item in effectu petitio erat facta de defensione.Vel tertio dicitur,quod est spetiale in prætoriis stipulationibus quæ hanc interpretationem receperũt sicut &in multis aliis, ut dictum fuit in.§.Cato.super secunda quæstione Bar. Non obstat l.hoc ædicto.quia procedit in pœna legali,in qua mitius agitur ut sufficiat usque ad sententiam præstare rem, ut ibi no. Nõ obstat dictus.§.cum prædiximus. uersi. idem recte,quia ille tex.loquitur in potestate dandi seruum pro noxa,quæ concessa fuit omni tempore domino quando cogeretur soluere ęstimationẽ, & illa facultas non erat in obligatione,hic uero nos loquimur quando lis contestatur super interesse. Non obstat quod litis contestatio confirmet obligationẽ ad ipsum factum,quãdo ipsum factum erat petitum,& de eo quasi contrahitur, sed nos loquimur quando ipsum interesse fuit petitum, quia tunc contestando litem super eo debitor uidetur renuntiare facto, & uelle litem procedere super interesse,ideo amplius non auditur.

Quare remanet conclusio,quod post litis contestationem factam super interesse petito nõ admittitur purgatio moræ,sed si petitum fuisset factum principale,&lis super eo fuisset contestata, admitteretur purgatio moræ usque ad sententiam,& postea usque ad exequtionem,& ideo cũ in obligationibus dandi re existente solum petatur ipsa res, licita est purgatio moræ usque ad sententiam & usque ad exequtionem ad euitandos effectus moræ futuros sed non præteritos, quia eos simul cum facto principali præstare tenetur,cum perpetuo debeantur, & sic apparet ꝙ lex nostra semper procedit cum hac restrictione ut simus in obligationibus faciendi,& quod petatur interesse,ita quod unum petitur in iudicio & aliud reus uult præstare,quo casu procedit distinctio legis nostræ,ut admittatur purgatio ante litis contestationem & non post eam.Fallit in pœnis legalibus,in quibus licet unum petatur, & aliud præstetur, tamen admittitur purgatio morę usque ed sententiam.dicta l.hoc ædicto.ff.de publicanis.Fallit quando præstatio rei nõ est in obligatione sed in sola facultate.ut in d.§. cũ prædiximus.uersi.idem recte.& facit lex miles.§.decem.ff.de re iudi.hic est casus.

44 Notandum † est primo ex isto tex.quod quãdo quis promittit factum potest cõueniri ad factũ, quod probatur quia obligatio producit actionem ad id quod debetur.§.1.insti. de obligationib.iuncto.§.1.insti.de actionib. idem probatur, quia committitur mora non præstando, ergo peti potest,quia ubi nulla petitio ibi nulla est mora.l.lecta.§.pe.ff.si cer.pe.quæ actio sola competit ab initio donec sit commissa mora,postea uero succedit noua obligatio secundaria ad interesse subrogata a lege, quæ producit suam actionem,ut utraq; actio possit competere, ideo post moram actor si uult potest petere solum factum, & si illud non placet potest petere solum interesse,& si ei quoque placet petere utrunque potest utranque actionem intentare alternatiue, ut sit contentus una pręstatione,secundum theoricam

communem positam post Bar. in l. stipulationes non diuiduntur. supra eodem. in nona quæstione. ubi tradidit multas formas, & ego ibi etiam plene dixi, unde habes probatum intellectum supra traditum ad istum tex. quod hic actor fecit interesse tantum, & non factum, nam istud de iure sibi concessum est facere.

Secundo notandum est, quod simplex promissio faciendi insulam demonstrato loco neq; forma ædificii faciendi ualet, ut non faciendo possit conueniri ad interesse. unde contradicit tex. in dicta. l. qui insulam, & l. ita stipulatus. supra eod. soluunt communiter docto. ut dictum fuit in præmissis, fatendo contrarium, & dicunt quod iste tex. debet intelligi ut prędicta duo, & omnia alia

45 necessaria interuenerint. † Quia quando in uno actu disputatur de una qualitate cætera præsupponuntur habilia. l. qui testamento, ff. de testam. cap. 1. de ætate & qualitate. in 6. quod etiam probatur per omnia iura concordantia supra allegata in prima dubitatione tex. quæ in themate nõ enumerant dicta necessaria, & ratio est apparens & necessaria, q̃a si esset opus exprimere oẽs qualitates, eueniret quod in qualibet lege & quolibet minimo. §. esset necessarium referre totã unã stipulationem cum interogatione & responsione, & totum unum testamentum, atque ponere quod testes interuenerunt, & omnia alia similia, quod esset ualde uerbosum & tediosum ac inutile, & eueniret in omnibus legibus quod solet dici de. §. Callimacus. est longior. §. Callimacus, unde Gregorius in compilatione noua decretaliũ ad euitandum tedium abstulit omnia uerba narratiua facti non necessaria, solum ponendo necessaria ad quæstionem præsentem, ideo conclusio remanet clara quod debet subaudiri & locus & forma, per dictam legem. qui insulam. & quia si non esset expressa certa forma liberaretur præstando minimam casam, per tex. in l. si domus. ff. de leg. primo. ubi dicitur quod legatum simplex de domo efficitur ridiculum. Rom. uero dicebat quod in dubio debemus interpretari ut actus ualeat & stipulationem debere intelligi factam de domo secundum conditionem personæ, si erat doctor uel miles uel artifex. argum. glo. in cap. 1. in uerbo ad funus. de usur. in 6. & Bar. in l. cum in plures. in fine princip. ff. loca. uel secundum consuetudinem illius loci. l. semper in stipulationib. ff. de reg. iur. uel omnibus deficientibus de mediocri. argu. §. si uero. & §. simili modo. C. de donationibus. confirmat Rippa hic authoritate Vitruuii in lib. 2. cap. 2. de architectura qui uoluit quod loco demonstrato secundum artem architecturæ apparet forma operis, & ideo iura dicũt stipulationem (insulam fieri) demonstrato loco ualere, nec requirũt quod designetur forma operis, nam incertitudo quæ potest certificari per relationem ad aliud nunquam uitiat stipulationẽ. l. ubi autem non apparet. §. illud. infr. eodem. hic autem incertitudo certificari potest, ergo &c. & ita in simili proposito dixit Bal. in l. sicut. uersic. sed quid si dixi. C. de actio. emp.

46 Ego autem puto † non esse recedendum a communi opinione quam tenuit Alex. hic, & in l. qui insulam. infra eodem. reprehendens hanc declarationem Romani, per dictam l. si domus. ff. de lega. primo. ubi legatum efficitur ridiculnm non obstante quod posset certificari per conditionẽ legatarii, & posset intelligi de mediocri domo, & est de mente Bar. in l. ita stipnlatus. in 3. oppositione. supra eodem. & facit quod ipse Bart. uoluit in l. quidam in testamento reipublicæ. ff. de lega. 2. qui dixit quod incertitudo quantitatis relictæ uel promissæ ad opus priuatũ construendum uitiat stipulationem & legatum, & facit ẽt, quia stipulatio incerta nulla reperiretur, & si q̃s stipularetur triticum intelligeretur secundũ necessitatem ipsius & conditionem, & si stipularetur fundum intelligeretur secundum conditionẽ & de mediocri, contra dictam legem triticum, & l. ita stipulatus. sup. eodem. & solum iste modus certificandi est receptus in dote, ut probatur in l. cum post. §. gener. ff. de iur. dotium. qui ponit regulam cum fallentia, imo nec semper procedit in dote, lege prima. C. de dot. promissio. nec obstat dicta l. generaliter. quia illa procedit in rebus habentibus formam a natura tributam, non autem in iis quæ habent formam penitus uoluntariam ipsius cuius interest, & uarietas ædificii dependet a mera uoluptate ut dixi supra in præmissis, nec obstat authoritas Vitruuii, quia recte intellecta retorquetur, quoniam ipse dixit apparere de forma domus quando designatus est locus cum certa latitudine & longitudine, nã tunc cum artifex sciat se debere facere salam cum cameris cuoquinam & stabulum optime ex arte sua potest cognoscere qualis debeat esse forma domus, opportet tamen quod designetur locus an sit ruri uel in ciuitate, uel an sit pro habitatione colonorum uel domini, uel pro recondendis fructibus, taliter quod apparet nedum hanc conclusionem esse ueram sed necessariam, & faciunt quæ dicta sunt in l. sciendum. supra eodem. super secunda parte glo. & in quarta oppositione Bar. quod solemnitas uariabilis seu difformis a sola uoluntate partium dependens non præsumitur, & remanet actus nullus.

Ideo apparet quod adhoc ut stipulatio ualeat est necessarium designare locum & locum loci & causam propter quam dominus uult facere domum cum suam sua forma, Aliud quoque est necessarium, quod intersit stipulatoris, alioquin nõ ualet, ut si quis stipuletur fieri domũ in solo alieno, quia tunc est stipulatio alteri facta. dicta le. qui insulam. iuncta l. stipulatio ista. §. alteri. supr. eodem. nisi ex aliqua causa possit interesse, ut q̃a ipse prius promisisset domino ædificare qui uendidisset alteri cum illo iure. argum. l. seruus ea lege. ff. de seruis. exportand. & l. liber homo. §. si. infra eodem, uel quia est procurator uel tutor, uel alia ex causa interesse possit, ut in dicta l. stipulatio. §. alteri. supra eodem. in fundo quoque communi non potest quis stipulari domum fieri, secundũ glo. in l. stipulationes. in glo. magna. infra

inf.eo.& per Bar.in auth.hoc ita.C.de duob.reis. col.2.quia pro parte solū est alienum nisi sit appositū iuramentum per quod quis alteri stipulari potest,ut no.in d.l.stipulatio.§.alteri. inf.eo.

47 Tertio†notandum est ex isto tex.quod in facto affirmatiuo licita est purgatio moræ,cum faciendo negligentiam excludat,sed dubium est quid si quis promisit factum negatiuum an mora interueniens possit purgari,& Ang.hic dicebat q͂ non,quia ad committendum moram requiritur factum affirmatiuum quod desinat per purgationem,& impossibile redditur, quia facta infecta nulla lege uel homine fieri possunt. l. in bello. §. factæ. ff. de captiuis.sed Ias. hic tenebat contrarium,quia moræ purgatio inducitur per desistentiam a facto,ut per tex.in l.Papinianus.§. meminisse.supra de inoffi.testam.quinimo quod est factum annullari potest destruendo.l.prætor. cum materia.ff.de no.oper.nuntia.& l.j.& per totum supra quod ui aut clam.& si quis promisit nō impedire hominem uel non offendere,si aliquo tēpore impediuit uel offendit potest desistere ab illo opere & facto impediente,& obseruare promissionem negatiuam.arg.no.in l.2.§. item si in facto.sup.eodem.Sed tamen pro opinione Ang. facit,quia si aliquis promisit non offendere hominem &eum interfecit nulla est redemptio neque aliqua purgatio interuenire potest, quare ꝓ resolutione dicas,quod aut quis per contrauentionem extinguit totum subiectum promissionis & tunc non potest purgari mora,quia nō est super quo fiat obseruantia,& ita procedit exemplum supra allegatum per Angelū pro eo qui interfecit hominem. nam licet millies desisteret ab homicidio uel pœnitentia duceretur nihil remanet quod possit obseruare & ipse reuiuisci nō posset.Si uero est promissio facti successiui,&per contrauentionem tollitur actus in parte temporis tantum, & tunc si est factum retractabile, ut in ædificio contra promissionem facto, & tunc potest purgare moram destruendo. dicta.l. prætor. cum materia.de noui operis nuntiatio. si uero non potest reuocari seu retractari,ut si uulnerasset hominem quem promiserat non offendere,uel impediuisset ire,& tunc pro tempore præterito nulla potest purgari mora, per dictam le. in bello.§. factæ . sed tamen pro futuro tempore potest purgari desistendo ab offensione,& ab impedimento,& in totum obseruare,& ideo pro futuro tempore permittetur purgatio moræ soluta pœna pro impedimento & uiolentia præterita,ut etiam de interesse præterito dictum fuit in promissione facti affirmatiui, & quia eadem ratio est cum qui facit facere non dicitur, & econtrario.dicta.l.qui facit.de reg.iur.& l.cum filius. §.in hac.eodem titu.nostro.& facit tex.in lege si in lege.§.colonus.supra locati. fallit tamen quando est facta exequtio, quia tunc nunquam poterit fieri purgatio moræ,ut est tex. in terminis de utroque in cap.primo. quid iuris sit si post alienationem feudi uasallus id recuperauit.ubi dicitur quod si per alienationem non priuatur recuperando restituit feudum ad primam causam, si uero per alienationem priuatus fuit non poterit recuperando restituere ad pristinum statum, & sic non permittitur purgatio moræ, unde habes tres casus in quibus opinio Rog.potest procedere,regulariter autem decisio tex.nostri procedit æqualiter in facto affirmatiuo & negatiuo.

48 Quarto notandum† est ex isto tex.dum uoluit quod usque ad litis contestationem possit purgare moram, quod prius mora erat commissa. unde sequitur quod si transiuit tempus quo potuit facere incidit in moram nulla interueniente appellatione,quod non uidetur posse procedere per legem si ex legati causa.sup. eod.& plene no.in l.quod te.sup.si cer.pe.soluunt docto. & dicunt,quod hic erat dies statutus a lege quo cōmode facere poterat qui constituit in mora sine interpellatione, & sic patet quod dies statutus a lege interpellat sicut homo, & pro hoc facit tex.in l.secunda.C. de iure emphyteut. ubi etiam si infra triennium non soluit canonem committitur mora sine aliqua interpellatione, & facta declaratione a domino cadit a iure suo, ad idem etiam allegatur tex.in l.fi.§.præterea. C. de iure dotium.ubi qui promisit dare in dotem redditus & pannos ciuiles, & agrum & alias res ibi enumeratas post biennium tenetur ad fructus & ad usuras, & sic incidit in moram absque aliqua interpellatione, quia ibi interuenit tempus legale, sed tamen contra conclusionem istam facit quod uoluit Bartol. in lege ita stipulatus. supra eodem.in secunda quæstione, qui dicit quod lapsus diei incertæ non constituit quem in mora. unde & eueniente conditione (quia incerta est) non constituitur debitor in mora neque per aduentum mortis propter incertam diem,& Ias.tenet in l.si stipulatus essem abs te.in tertio notabili. supra eodem. & Decius consilio secundo. & Alex.infra in secunda limitatione. sed hic est dies incerta,quoniam non apparet quanto tempore potuerit facere opus, ergo debet requiri interpellatio,& tex.in d.l.2.ff.de iure emphyteuti. & d.l.fi.§.præterea.non faciunt, quia ibi tempus certum biennii uel triennii a lege fuit statutum, hic uero nullum tempus expressum fuit trium, uel quattuor mensium uel anni, unde uidetur, quod in isto tex. debeat subintelligi interpellationem factam esse sicut & cætera necessaria supra dictum fuit subintelligenda esse, quod est satis probabile.

49* Sed tamen † tutior est opinio communis* ut nos dicamus quod sine interpellatione hominis mora fuit commissa,quoniā cum tex. expresserit de tempore lapso quo fieri poterit, si fuisset necessaria interpellatio quoque,eam expressisset.unde probatur quod lapsus diei legalis constituit in mora, & ad allegata in contrariū respondent doctores hic,& in dicta leg. ita stipulatus. quod ibi erat dies penitus incerta quæ nulla determinatione poterat constringi, hic uero ex qualitate operis poterat imaginari, ideo hanc tacitam diem certā subintellexit lex. unde conclusio tex.

nostri procedit, ut dies legalis tacita cum certitudine subintellecta a lege inducat moram sine interpellatione,& fallit quando dies est penitus in certa,neque a lege neque ab homine tacite uel expresse fuit certificata.

Vnde infertur ad quæstionem quando quis ꝓmisit se facturum & curaturum ut alter ratificet uel renunciet,an lapso die quo potuit curare incidat in moram sine interpellatione,& communis.* uidetur opinio quod requiratur interpellatio,ex eo quia non adest subiectum quo possit cõsiderari tempus quando commode potuit facere uel curare,ideo dies est penitus incerta, & lex neque tacite uidetur certam diem apponere, ut per glo.fi.in l.& si post tres.ff.si quis cautionibus coniuncta.l.quotiens quis, supra eodem.secundũ Decium in dicta l.quod te.col.6.sup.si cer. peta. ubi reprehendit Bal.in cap.1.§.ad hæc. uersic. & nota quod si quis.in tit.hic finitur lex Federici. & Baueriam in tracta.de mora.in secunda parte. in 10.limitatio.per tex.in cap.1.§.licet.si de feudo fuerit controuers.inducendo ut per eum.&ad tex.in d.l.j.C.de priuatis carceribus, respondetur quod loquitur in officiali qui tenetur ex officio publico curare,secus in priuato , secundum Dec.in d.consi.2.col.5.& hic per Nigrum.nu.26 & ego puto uerum,quia non est subiectum per ꝙ possit lex diem tacitam subintelligere, & remanet incerta.

50 Quod tamen dictum fuit†de die tacita quæ interpellat pro homine quando est certa procedit in facto successio,ut in exemplo tex.nostri,secus si esset factum momentaneum,ut rem tradi, rem ratam haberi, quia tunc requiritur interpellatio secundum Alexand.in dicta l.si stipulatus essem abs te. infra eodem.& Decium in dicto consi.2. colum.5.& hic per Nigrum,nu.26.per tex.in dicta l.si ex legati causa.supra eodem.sed tamen in contrarium uidetur tex.insti.de inutilibus stipulationibus.§.fi.ubi in danda spetie subintelligitur tempus quo commode possit fieri traditio arbitrio boni uiri.ergo non est factum momentaneum saltem respectu eorum quæ debent præcedere.unde uidetur quod in promissione rem tradi subintelligatur illud modicũ tempus quo elapso constituatur in mora,per istum tex.& d.l.cõtinuus.§.fi.&non uidetur bona ratio diuersitatis inter istum casum & exemplum positum in text. nec iste leges loquentes de factis debent restringi per dictã legem si ex legati causa,quia loquitur in datione,& propterea idem putarem dicẽdum etiam in eo qui tenetur dare alteri,quo casu habet naturam facti.lege liber homo.§.fi. infra eodem.quia subintelligitur illud tempus arbitrio iudicis.dicto.§.fi.insti.de inutilibus stipulationibus.cum glo.& l.quod diximus.infra de solutionibus.& sicut in istis factis momentaneis succedit obligatio ad interesse, & separatur a datione, conueniens etiam est ut grauentur in alio,ut sine interpellatione constituantur in mora,quod uidetur uerius,nec obstare potest quod in quacũq; promissione pura subintelligiturpar uũ tempus.d.l.quod dicimus. & tamẽ requiritur interpellatio.nã illud statutũ fuit respectu commoditatis personæ nõ respectu rei tradendæ,itẽ intelligitur de maiori tempore quod a lege determinatur,& hæc de commissione moræ, quæ obiter hic dicta fuere,cum magis pertineant ad dictam l.quod te.& eius materiam.

51 Sed magis†ad propositum materiæ nostræpurgationis colligitur ex isto tex.quod lapso tẽpore statuto a lege admittitur purgatio moræ, & concordant iura infra alleganda. sed tamen in contrarium uidetur tex.qui fuit supra allegatus pro concordanti de interpellatione in dicta.l.fi. §.præterea.C.de iure dotium. qui uult quod lapsus illius biennii habeat uim litis contestationis ut debeantur usuræ & fructus,&adhoc in spetie illũ tex. ibi no. Bal.ergo sequitur quod non admittitur purgatio moræ,quæ post litis contestationem impeditur peristũ tex.&in spetie etiã Bal.ibi dicit ꝙ qñ est appositum tẽpus a lege,quia habet uim litis contestationis impeditur purgatio moræ.Sed Cro.hic reprehendit hanc conclusionem quæ est cõtra cões regulas istius tex.†nec

52 obst.d.§.præterea quia nõ sequitur,habet uim litis contestationis,ergo impeditur purgatio moræ, qñ intelligitur quantũ ad alios effectus & non quãtũ ad purgationẽ moræ,nã fructus nõ possũt deberi nisi interueniente litis cõtestatione,l.uideamus.§.actionẽ.ff.de usur.cũ usuræ ueniant ali qñ ante litis cõtestationem a die moræ,& de isto effectu tantũ intelligitur ille tex. de quo est sermo ibi,non autẽ de purgatione moræ de quaibi nulla est cogitatio.unde probat ille tex.solumꝙ tempus legale aliquando habet uim litis contestationis quãtum ad effectum ut teneatur ad usuras & ad fructus qui non solent deberi nisi per litis contestationẽ,tamen hæc responsio uidet cõtra generalitatẽ illius tex.qui posuit hanc cõclusionẽ,ꝙ tempus legale habet uim litis contestationis,ergo infertur ꝙ omnia sequuntur quæ ꝓueniunt ex litis contestatione,& cũ impedimentum purgationis moræ causetur a litis contestatione,ergo & illud procedet in illo text. sicut & alius effectus quod teneatur ad fructus.

Vnde datur secunda responsio ad dictum. §. præterea.quod ille tex.loquitur quando tempus appositum fuit a lege pro exequtione,quo casu, quando fit exequtio a lege,impeditur purgatio moræ secundum Bar.inf.in 4.q.per l.si is cui. ff. de leg.2.per quã responsionem infertur ꝙstatim lex elapso tempore facit exequtionem de dictis iuribus in fructibus & usuris, & in consequentiã succedit quod ex alio capite limitatio datur ad tex.nostrum per d.§.præterea.uidetur quod non possit purgari mora quando post eam lex fecit exequtionem,quæ limitatio est in se uera,ut infr. dicemus,tamen non bene conuenit dicto.§. præterea.ex eo quia non apparet quod ibi lex faciat aliquam exequtionem, sed tantummodo uult, quod illa promissio post lapsum biennii habeat hunc effectum quod ille non soluens teneatur ad usuras.

53 Vnde tertio † tu potes respondere, quod ille tex. proprie non procedit in terminis legis nostræ, quia loquitur de tempore certo expresso a lege, hic uero loquimur de tempore tacito a lege subintellecto. Secundo ille tex. non facit, quia loquitur in obligationibus dandi, & hic agitur de obligationibus faciendi, unde sequitur quod quantum ad effectum purgationis moræ nullum impedimentum potest inducere, ex eo quia in obligationibus dandi mora potest purgari post litis contestationem usque ad sententiam & postea, ut dictum fuit in præmissis & infra dicemus in secunda parte. unde apparet quod ibi nõ fuit cogitatum de purgatione moræ, neq; aliquid noui induxit in purgatione moræ quamuis ille lapsus habeat uim litis contestationis, & sic non tãgit materiam nostram, unde sequitur quod si in dotem aliquis dedisset factum, seu promisisset factum, quamuis per lapsum diei induceretur mora, & haberet uim litis contestationis, non impediretur purgatio moræ, & ideo possemus dicere quod ille tex. non comprehenderet promissionẽ de faciendo domum in dote datam uel quando esset obligatio in dote. iuxta nota. in l. singularia. ff. si certum pet. quia tex. ille loquitur de certis rebus ibi enumeratis, & non procedit in aliis rebus, uel si uis intelligere generaliter dicas, quod non intendit prohibere purgationem moræ, quæ tantummodo prohibetur per ueram litis contestationem, non autem per præsumptam uel fictam, & uerba intelliguntur naturaliter, non secundum fictionem. l. fi. C. de iis qui ueniã ætatis impetrauerunt. cum ibi no.

54 Ideo habes † ex illo tex. ampliationem ad decisionem istam, quod purgatio moræ permittatur usque ad ueram litis contestationem quãdo est apposita dies tacita a lege subintellecta. Ampliatur procedere etiam quod dies certa sit expressa a lege quæ habet uim litis cõtestationis, quia adhuc permittitur purgatio usque ad ueram litis contestationem, quoniam dictus. §. præterea non probat contrarium, item ampliatur procedere, quando est apposita dies certa a lege simpliciter in aliis casibus non pertinentibus ad dictum. §. præterea, quia non impeditur purgatio moræ. arg. tex. in l. si cum dies. §. fin. de recep. arb. nam si hoc est quando dies apponitur ab homine, fortius erit quando apponitur a lege, quia mitius agitur cum lege quam cum homine, ut per gloss. in l. Celsus, eodem titulo. item ampliatur procedere & fortius quando est dies penitus incerta, quia tunc si committatur mora per interpellationem iuxta. not. per Bartol. in l. ita stipulatus. in 6. quæstio. poterit purgari mora, ex regula generali sumpta ex iuribus allegatis per gloss. in secunda parte.

Limitatur uero non procedere quãdo lex apposuit diem cum prescriptione, quia tunc non admittitur purgatio moræ, ut dixi in prẹmissis. item limitatur secundo non procedere quando lex facit executionem post moram, nam tunc impeditur purgatio, ut infra late dicemus, & soluitur contrarium de lege. 2. C. de iure emphyt. ubi non admittitur purgatio moræ. nam ratio est, quia lex facit exeqution em priuando emphyteutam non soluentem, unde etiam recuperando nõ potest purgare morã. c. j. §. j. quid iuris sit si uasallus feu. aliena. & post recuperauit. cum hac qualitate tantum adiuncta, quod dominus declarauerit eum decadutum, quoniam statim non priuat lex non soluentem sed priuat uolente domino, unde opportet apparere quod dominus uellit eũ priuari, quo apparente impeditur purgatio moræ de iure ciuili, sed de iure canonico etiam tũc temporis permittitur cum celeri satisfactione. arg. cap. potuit. ex. de loca. uidi tamen sacrum cõsilium Neapolitanum indistincte admittere purgationem moræ usque ad litis contestationem. sed illa est sententia regia.

55 Subdunt etiam † hic Ruy. & Niger, an in casu legis nostræ posit agi ad factum antequam transeat tantum tempus quo totum opus fieri poterit, & sic an actio ex promissione facti successiui nascatur incõtinenti quando fit stipulatio an potius nascatur solum quando lapsum est tẽpus quo fieri potuerit opus, Bal. in d. l. & si post tres. col. 13. ff. si quis cautionibus. tenet quod statim sit nata actio, & potest agi ad ipsum factum totũ. per tex. in l. stipulationes non diuiduntur. §. fi. supra eo. Secundo facit tex. in l. tenetur. §. 1. ff. de actionib. emp. Tertio confirmat Ruy. quia sequeretur quod tempore quo constitueretur in mora nasceretur actio, & sic eodem instanti insurgerẽt duo contraria, quod obligaretur, & esset in mora, quod est inconueniens, ut per Bar. in l. ita stipulatus, supra eodem, dum loquitur de obligatione conditionali, & quia alias deberet uenire cum sacco paratus. l. quod dicimus. ff. de solutionibus. Quarto, quia si non esset petitio respectu facti non posset esse mora, quia ubi nulla petitio ibi nulla mora l. lecta. §. penultimo. ff. si certum petatur. sed communiter * docto. Alex. Ias. & alii in dicta l. si stipulatus essem abs te. supra eodem. tenent quod imo statim tantum est nata actio, ut posit conueniri ad dandum principium operi, non autem ut fiat totum factum nisi lapso toto tempore, per illũ tex. ibi, non alias posit agere quam tempus præterierit quo insula fieri possit, qui text. uult quod non possit agi ad factum nec ad interesse. Secundo facit tex. in l. interdũ. in principio. supra eodem. ibi, tunc enim incipit actio cum per rerum naturam præstari potest, nec ille tex. nec dicta l. si stipulatus. uidetur posse intelligi de interesse, cum imo loquatur de actione principali ad rem promissam, & hanc secundam tenet hic Niger nu. 27. & 28. uersi. responde clarius, ut per eum.

56 Sed ego puto † opinionem Bal. ueriorem esse, quod imo statim fit nata actio ad totum factũ, quæ tamen non possit intentari nisi lapso tempore, & hæc opinio probatur, quia alias sequeretur quod eodem tempore, & instanti promissor obligaretur & constitueretur in mora ad principium facti, & ad interesse particulare, & lapso

toto tempore nasceretur alia actio statim ad totum factum, & simul quoque promissor esset in mora, quod uidetur esse contra communes regulas doct. in d. l. stipulationes, dicentiũ quod post moram succedit obligatio ad interesse, & sic præsupponunt aliquod interuallum temporis inter primam actionem ad factum & actionem subrogatam ad interesse, cum non diceretur succedere actio, sed simul nasci cum prima. Item sequeretur quod omnis obligatio ad factum non tantũ esset in diem sed etiam esset conditionalis seu haberet uim obligationis conditionalis, quod est contra no. in §. omnis. insti. de uerbo. obliga. & eodem tempore nasceretur actio ad ipsum factum, & ad interesse, & ad pœnam, & sic iste tres actiones essent coequeuæ in natiuitate. Item mora non posset uerificari, quoniam ipsa præsupponit obligationem & inobseruantiam, ut dictum fuit in præmissis, & si eodem tempore nata esset obligatio non posset uerificari quod esset inobseruantia seu dilatio uel frustratio, & per consequens non potest esse mora. Item & quarto nasceretur unum quod est magis inconueniens, quod ex unica promissione facti nascerẽtur duæ actiones, una ad incipiendum factum, alia ad cogendum promissorem perficere, quod nullibi reperitur. unde necessarium est dicere quod unica tantummodo actio nascatur quæ competat ad totum opus & omnes eius partes, sed postea differatur quatenus dies sit apposita ad partes, nec obstat dicta. le. si stipulatus essem abs te. quia ille tex. intelligitur quantum ad effectum condemnationis, quia non potest si conueniatur condemnari opposita exceptione, & potest impedire litis ingressum, sed tamen non tollitur quin sit nata actio, sicut in simili dicitur in dicto. §. fi. institu. de inutilibus stipulationibus. ubi si quis promisit fundum tradere non statim potest agi nisi tantum tempus prætererit quo commode præstari possit, & ponit negatiuam ante uerbum (potest) & tamen docto. omnes ibi uolunt quod sit nata actio, sed non potest fieri condemnatio, seu non potest agi cum effectu, & hoc tenet ibi glo. dum se remittit ad nota. in. §. omnis. institu. de uerborum obligationibus. in uerbo statim. quæ glo. dicit quod statim est nata actio, sed non habet effectum nisi lapso illo modico tempore. l. quod dicimus. ff. de solutionibus. ad tex. in dicta. l. interdum. respondent docto. in dicta l. ita stipulatus. quod loquitur in obligatione dandi; imo multi tenent quod statim sit nata actio, sed non habeat effectum nisi postquam nati sunt fructus, & ad tex. in d. l. stipulationes. §. plane. respõde quod ab initio competit actio pro faciendo opere, sed pro perficiendo differtur per exceptionem, quæ postea lapso toto tempore cessat, & actio in totum competit, & pro ista opinione facit, quia si quando dies expressa est apposita ab homine illa non impedit actionem ad opus, sed obstat exceptio tantum donec labatur tempus, ut no. communiter* docto. in dicta l. ita stipulatus. reprehendentes Bar. ibi, & respondendo ad dictam leg. interdum, quanto magis ubicunque dies expressa non est apposita, sed solum subintelligitur ex legis dispositione, non impedietur nasci actio, cũ dies expressa potentior sit, & dies hominis quam legis. l. celsus. supra de arbi. facit etiam, quia in dicta. l. stipulationes. §. plane. simul ponuntur exempla de factis successiuis, & momentaneis, in quibus uult obligationem ad interesse succedere. & in. §. fi. uult quod dies expressa non impediat nasci actionem, & prædicta omnia sunt de mente Bar. in dicta. l. stipulationes non diuiduntur in 9. quæst.

57 Quinto † notandum est in secunda parte, quod ante litis contestationem in obligationibus factorum licita est purgatio moræ, & hoc introductum fuit ex æquitate, ut dicit tex. in dicta lege seruum. §. sequitur. infra eodem, & sequuntur cõmuniter* docto. intelligentes quod fuit introducta ex spetiali æquitate, sed ut dicit hic Niger il le tex. non uidetur probare de spetiali æquitate, quam præsupponunt communiter doctores, quoniam dicit quod ex bono & æquo fuit inductum, quæ qualitates conueniunt omni iuri, quia omne ius est ars boni & æqui. lege prima. ff. de iusti. & iure. & quamuis tex. dicat quod pernicio se erratur ex nimia subtilitate, non excludit rigorem iuris communis. sed solum excessiuum rigorem. Secundo ultra ipsum facit, quia text. in fine uolens probare quod permittatur purgatio moræ adduxit rationem, cum non intersit actoris, quare non est potior conditio possidentis, quam petẽtis, quæ ratio non est spetialis sed de iure communi, iuxta. §. commodum. inst. de interdi. unde docto. ad probandam hanc suam rationem adducunt tex. in l. sed si alia. ff. de const. pec. ibi, æquum est succurri, ergo purgatio moræ est ex æquitate, sed eodem modo respondetur quod nõ probat de æquitate spetiali, sed uerificari potest de æquitate communi quæ in omni iure inest. Tertio adducitur tex. in l. 2. §. item Varus. ff. de aqua pluuia arcend. ibi, æquitas suggerit ut facias quod mihi prodest & tibi non nocet, & si iure stricto deficiamus, & super hac æquitate permissa est purgatio moræ ut fiat sine damno alterius, secundum Baldũ in l. & si post tres. ff. si quis cautionibus. sed eodem modo respondetur quod non probant de aliqua qualitate spetiali, sed solũ intelligitur de illa generali quæ in est in omni iure. Quarto adducitur tex. in dicta l. & si post tres, quam ibi ponderat Bald. quia moræ purgatio fit per exceptionem, ergo ex æquitate, quia omnis exceptio fundatur in æquitate, leg. qui æquitate. ff. de doli exceptione. respondetur quod non probat de spetiali æquitate, sed de illa communi in qua fundata est omnis exceptio competens de iure communi, & ideo Niger hic concludit, quod purgatio moræ est inducta de rigore iuris non de æquitate spetiali, intelligendo tamen quod sub nomine iuris rigoris comprehendatur ius commune quod habet annexam æquitatem, & dicatur ars boni & æqui secundum declarationem quam ego posui in tracta.

cta.meo de differentia & multiplici signifi. iuris & facti. in interpretatione diffinitionis iuris.

Sed tamen pro cõi opinione potest allegari illa ratio quam supra posui, quod ecclesia nõ claudit gremium pœnitentibus, & non uult mortem peccatoris sed ut conuertatur & uiuat, epistola inter claras. C. de summa Trini. & si dicatur quod procedit in foro pœnitentiali, adhuc tñ est considerabilis in materia nostra, qm̃ ius canonicũ est fundatũ in iure naturali. c. 1. 5. distinct. ideo hæc æquitas est fundata in iure naturali propter quã causata fuit purgatio moræ, tñ adhuc dicendum est ꝙ non apparet de speciali æquitate qm̃ & ipsa consideratur in iure ciuili. c. in pœnis. de reg. iur. in 6. & l. si interpretatione. ff. de pœnis. & quod hæc purgatio moræ sit fundata in æquitate iuris communis multũ stringit tex. in d. l. si seruum. §. sequitur. supr. eo. dum allegat rationem quod potior debet esse conditio possidentis, & hæc uidetur uerior opinio.

58 Retenta† tamen cõi opinione, quod purgatio moræ sit ex æquitate speciali, infertur ad aliquas conclusiones, & primo, quia si statutum disponit ut rigor in iudiciis seruetur, non poterit purgari mora quæ fundatur in æquitate, secundum Angel. hic quem sequuntur Alex. & Ias. & Imol. in d. l. & si post tres. & Rom. in rub. ff. de arbi. & Georgius in clem. sæpe. de re iudi. Niger uero hic tenet contrarium, quia illa uerba, quod rigor iuris seruetur, intelliguntur, idest ordo iuris seruetur. ca. si clericus laicum, & ibi Abb. in 4. no. de foro competenti. quia statutum uult seruari ius scriptum, non autem consuetudinem, cum rigor differat a consuetudine. cap. si duobus. §. denique. de appellationibus. Decius in cap. super literis. de rescrip. per illum tex. in 4. not. sed tamen potest dici quod hæc consideratio non tollit fundamentum docto. ex eo quia rigor iuris secundum communem significationem significat decisionẽ fundatam in regula communi sine limitatione, ut in cap. iuramentum. de re iudicata. & ibi Abb. & probatur in dicto cap. super literis. retorquendo, quia ibi rescriptum obtentum in forma speciali seruatur secundum rigorem iuris, idest secundũ formam iuris cõis, & iste sensus etiã ponitur in d. c. si clericus laicum, si bene inspiciatur, & ponitur ad differentiam iuris canonici fundati in sua æquitate, sed tamen ex alio mihi placet opinio quod non sit impedita purgatio moræ, quia sensus statuti & mens statuentium est quod seruetur ius commune & non recedatur a iure cõmuni propter aliquam causam particularem occurrẽtem non inclusam in corpore iuris, sed purgatio moræ est de iure communi, ergo non excluditur, alioquin sequeretur quod stante tali statuto nulla exceptio a iure communi inducta posset allegari, quod est absurdum & iniquum, atq; etiam illa ratio ut potior sit conditio possidentis non attenderetur in d. statuto, & in summa uoluit aufferre arbitrium iudicis non fundatum in iure communi, ne uideantur exclusæ omnes exceptiones iuris communis. Et per has rationes est sopita alia quæstio, quando disponit rescriptum quod procedatur de rigore, nam similiter poterit purgari mora, quidquid dicat Angel. hic.

59 Secundo† infertur, quod si statutum disponit ut instrumentum guarentigiatum mittatur exequtioni, etiam quod contineat rigorem, ut quia habeat exceptionem quod prius soluat & postea repetat si prætendit ius habere, non poterit mora purgari, uel si statutum dicat ut hic ponit Rippa, quod debitor per instrumentum guarentigiatum possit cogi omnibus remediis iuris ad obseruantiam, non poterit purgare moram, quoniam cum illa sit fundata in æquitate, & instrumentum rigorosum debeat mitti exequtioni, erit exclusa æquitas purgandi moram, idem tenet Ang. hic, Corneus consil. 149. uiso themate. colum. quinta. lib. quarto. Crotus hic, & Claudius Sayssella. colum. 10. Perusini. colum. 3. & Bald. cõsil. 86. illud referram in medium. colum. penulti. uolu. 3. quæ conclusio multum facit in quæstione de exequtione instrumenti secundum formam ritus magnæ curiæ in Regno Neapolitano, & pro ista opinione adducitur, quia guarentigia habet uim præcepti, cum ipse fateatur se debitorẽ, & iudex cartularius eum condemnet ad soluendum, quæ sententia scribitur in instrumento, ut per Ias. in l. 1. §. si quis ita. & ibi dixi, sup. eod. sed ubicunq; sententia est lata de iure communi habet exequtionem paratam. Bal. in l. 1. C. de confess. ideo debet impediri purgatio moræ, quãdo est facta exequtio a lege uel ab homine non admittitur purgatio moræ, ut per Bart. in quarta. quæsti. ad istud fundamentum respondet Niger quod purgatio moræ impeditur facta exequtione quando ius actoris efficitur deterius, alias secus. l. c. mancipiorum. ff. de op. leg. & Alexand. infra in xi. fallentia. sed per tale instrumentum ius aliquod est quæsitum actori, quoniam facta fuit exequtio per iudicẽ quando uirtute instrumenti fuit actor missus in possessionem. Secundo adducitur quia in talibus instrumentis est reiecta exceptio quæ fundatur in æquitate, ergo etiam est reiecta purgatio moræ quæ fundatur in æquitate. Sed respondetur quod omnis exceptio nõ est reiecta sed solum friuola, ut per Bartolum in l. 1. §. & parui. ff. quod ui aut clam, sed purgatio moræ est exceptio legitima, & a iure communi recepta ergo non est reiecta, sed tu potes respondere, quod omnis exceptio legitima est reiecta nisi sit talis quæ respicit formam & ualiditatem instrumenti, ut ibi etiam dicitur, & nota. in dicta lege prima. §. si quis ita. supra eodem. & lege secunda. §. & parui. supra quod ui aut clam. Tertio adducitur, quia in talibus instrumentis agitur pro exequtione sententiæ latæ, ut in tractatu guarentigiæ. secunda quæstione secundæ partis princip. ergo non admittitur purgatio moræ lata sententia, quia nec etiam lite contestata permittitur per istum textum. respondet Alexander hic, quod illud præceptum non operatur circa moram, quoniam non obstante

ea necessaria est interpellatio ut constituatur in
mora,ut per Bar.in l.eum qui.§.si iurauero.ff. de
iureiurando. ergo sicut non operatur circa mo-
ram in committendo eam ita nec operabitur in
purgando , item per sententiam quis constitui-
tur in mora, quia confirmatur illa quæ erat in-
ducta per litis contestationem , & si non erat in-
ducta de nouo inducitur.lege uinum. ff. si certũ
petatur, ergo non operatur ad purgationem. Se
cundo respondetur per Ruynum , quod quando
per litis contestationem inducitur mora , illa po
test purgari usque ad sententiam , & quando in-
ducitur per sententiam , illa potest purgari us-
que ad exequtionem , ut per Barto. in lege 3. §.
in hac. columna penulti. ff. commod. ergo cum
mora inducatur per sententiam poterit purgari
usque ad exequtionem.l.item ueniunt. §.idem re
cte.ff.de peti.hæredita.& Soccin.consil.118. col.
quarta.Tertio respondet Niger , quod quando
exequtio fit uirtute guarentigiæ illa regulatur
secundum naturam contractus,ut perBar.in l.sti
pulationes. in xi. quæstione. supra eodem. Cor-
neus.consi.256.colum.penu.lib.4. Soccin. consi.
199. in 3.columna.incipiente in causa tacta. Tu
autem potes omnibus istis replicare , quod fa-
cta exequtione instrumenti non tantum est lata
sententia sed etiam est facta exequtio, quia mitti
tur in possessionem per exequtionem sententiæ
quæ tempore contractus fuit lata .

60 Contrariam†opinionem,quod imo in instru-
mento guarentigiato admittatur purgatio mo-
ræ,tenuit Imo.& Roma.hic, & Ruy.& Soccin d.
consi.199.in causa tacta. & mouentur,quia illud
statutum recipit interpretationem a iure cõmu-
ni.l.2.C.de noxali. maxime ne quis indebite da
mnum patiatur.c.dilecti. de cõsuetudine. ergo si
cut de iure cõi post sententiã potest purgare mo
rã ante exequtionem.d.§.in hac.per Bar. col. pe.
ergo etiã hic poterit purgare morã.sed respõde
tur per Perusinos non esse incõueniens interpre-
tari contra morosum qui est in culpa & æquipa-
ratur furi.l.inter stipulantem.§.fi.sup.eo.Secũdo
respondet Niger quod cum mora impediatur ꝑ
litis contestationem fortius impeditur post sen
tentiã,& de iure cõi post sententiã non admitti
tur purgatio moræ . Tu uero potes replicare
quod imo & post sententiam admittitur purga-
tio moræ in casibus supra positis .

Secundo pro ista opinione quod admittatur
purgatio moræ,adducitur l.si duo.§,ait prætor .
iuncta l.sequenti,ff.de consti.pec.ubi prætor po-
nit uerba conclusiua soluere quodam , ut refert
glo.in l.j.§.j.eo.tit.& tamen admittitur purga-
tio moræ.l.sed & alia.quæ eam sequitur.ff. de cõ
sti.pec.ergo eodem modo admittitur in hoc in-
strumento exequtiuo.ad idem lex filius familias
§.procuratorem.cum l,sequenti.ff. de procurato
rib.ubi procurator firmatus satisdatione de iudi
cio soluendo potest desistere ex iusta causa su-
perueniente. Respondetur , quod dicta iura lo-
quuntur in precepto legis,sed in instrumẽto gua
rentigiato est preceptum hominis inclusum , ꝙ
impedit purgationẽ, & durius agitur cum lege
quam cum homine.l. Celsus. sup.de arbitr.& ibi
dicã.Secundo respondetur, quod Angelus nõ se
fundat in coactione sola statuti, sed in sententia
quæ ibi scripta fuit,& post sententiam nõ datur
purgatio moræ.tu autem potes replicare, ꝙ imo
datur purgatio moræ post sententiã in casibus su
pra positis.Tertio pro ista opinione, ꝙ admitta
tur purgatio moræ in instrumento guarentigia
to,adducitur,quia mora intercedẽs post coactio
nẽ potest purgari,ut per Bar. in d.l.idẽ. §. in hac
ff. comod. Sed respondetur quod statutum dat
uim instrumento perinde ac si actualiter esset fa
cta executio sentẽtiæ,ut in d.tract.de mora.2.q.
2.part.princ.sicut apposito iuramẽto impeditur
purgatio moræ,ut per Bar.inf.in 5.q. tu autẽ po
tes replicare quod imo idem habet uirtutẽ exe-
cutionis actualis,quia nõ fit ipso iure missio in
possessionẽ,sed opportet ꝙ sequatur exequtio a-
ctualis qñ mittiť exequtioni instrumẽtũ.Item di
ctumBar,de iuramento fundatur,qa cõmissa mo
ra incontinenti quis est priuatus omni iure suo.
l.si quis maior.C.de transactionib.quæ priuatio
nõ semper fit,ut no.in d.l.si quis maior. ex quib.
apparet quod articulus est disputabilis,& Ripp.
hic etiam confundit nu. 14. & 15.

61 Sed tamen†pro resolutione considera,ꝙ doc.
æquiuocant immiscendo uarios casus diuersos ,
&pro euitãda æquiuocatione opportet cõsidera
re tres casus.Primus qñ instrm̃ guarẽtigiatũ con
tinet ꝓmissionẽ dãdi,ꝙ plærunq; contingit,tum
guarentigia est ꝙ ipse cõfitetur debitũ,& cõdẽ-
natur ad soluendũ debitũ,& exequtio fit ꝓ debi
62 to. † & hoc casu uera est illa opinio ꝙ admitti-
tur moræ purgatio semper,qa purgatio moræ fit
per solutionem & cõsignationem rei debitæ , cũ
omni dãno actoris seu omni interesse diuerso,ut
in j.oppo.Bar.exequtio aũt fit ut creditor cõse-
quatur rẽ cũ interesse , ergo nihil põt impedire
quin possit præuenire soluendo ante sententiam
exequtionis finalẽ.per tex.in d.§.fi.insti.de ꝑpe-
tuis& tẽp. actionib.ubi dr̃ ꝙ omnia iudicia sunt
absolutoria præcedente legitima satisfactione ,
& iste casus nullã põt habere difficultatẽ, & pro
cedit in oĩbus modis faciendi instrumenta exe-
cutiua,quos ego retuli post Ias.in d.l.1.§.si quis
ita.sup.eo.& hæc conclusio etiã procedit in uer-
bis Ang. quando statutum dicit ꝙ promissor co
gatur seruare promissa in instrumentis etiam ri-
gorem continentibus,quia in effectu uult obser
uantiã promissorũ, quæ obseruãtia facit moram
purgari si fiat cũ refectione damnorũ& interesse
actoris,& idẽ ẽt procedit qñ statutũ dicit ꝙ non
possit oppõere aliquã exceptionẽ,sed soluat'põa
repetat si habet exceptionẽ,qm̃ nõ est exclusa ex
ceptio purgãdi morã,qa illa nõ impedit obser-
uantiam , sed auget & confirmat eam si fiat cum
refectione damnorũ, cũ soluendo omne damnũ
actoris fit purgatio moræ pro præteritis effecti-
bus moræ,& etiã fit purgatio pro futuris,&facta
plena satisfactione sublata est omnis obligatio
& actio,ergo amplius non potest esse mora, pro

præte-

præteritis autem non fit purgatio moræ, sed est opus quod fiat de eis satisfactio, ut in prima oppositione.

63 Secundus † casus est, quando quis uult purgare moram ad effectum impediendi pœnã incursam ne teneatur ad pœnam, & tunc si est dies & pœna non admittitur purgatio moræ in quacunque promissione.l.Celsus.supra de arbit.cum declarationibus tamen infra ponendis. si uero non est pœna, sumus in præcedenti casu. sinautem est sola pœna & non dies, & tunc si præceptum est super solo debito & non super pœna, ille soluendo debitum satisfacit instrumento & tollitur obligatio ut supra, & pœna remanet in dispositione iuris communis ut admittatur purgatio, quoniam priuilegium instrumenti non est super pœna, ut in simili dixi supra in.§. Cato. super quæstione.ij. Bar.an stipulationes prætoriæ respectu pœnę committantur contra unum tantũ uel cõtra omnes, & dixi quod stipulationes prætoriæ sui natura non implicant pœnam, unde quod dicitur in l.pœnales.§.Iulianus.ff.ad l.falcidiam.de prætoriis stipulationibus non habet locum in pœna subiecta, quia pœna non est prætoria, si uero præceptum & sententia est etiam in pœna ut sit condemnatus ad pœnam, & tunc de iure communi non potest purgare moram, quia solum permittitur purgatio usque ad litis contestationem super pœna uel interesse, & postea non admittitur per illum tex.sed hoc casu non tantũ est lis contestata, imo etiam lata est sententia & missa exequtioni in instrumento, & etiam facta exequtio super pœnã, ergo non potest moram purgare ad euitandum pœnam de iure communi, & hęc quæstio depẽdet a uerbis statuti, an præceptum sit solum super principali debito, quia pœna remanet in dispositione iuris communis, an uero sit etiam super pœna, & tunc facta exequtione uel sententia lata nulla datur moræ purgatio, & cessat omnis difficultas.

64 Tertius casus † est quando instrumentum guarentigiatum continet promissionem facti, & tunc aut præceptum est ad factum & cum iuramento præcise cogitur ad factum, ut per Bartol. in dicta l.stipulationes.in.8.quæstione, & præstando factum liberat se a sententia & purgat morã pro futuris damnis sed non pro præteritis, ut dixi etiam in primo casu. & per Bartol.infra in.j.oppositione. si uero præceptum est super interesse uel super pœna, & tunc non potest purgare morã de iure communi per istum text. quia nedum est lis contestata sed etiam data sententia super interesse uel pœna, & aliquando etiam facta exequtio pro interessẽ, unde nulla potest esse dubitatio quod admittatur ad purgandam moram, & sensus statuti est quod si conueniatur ad factum promissum fiat exequtio perinde ac si lata esset sentẽtia. si uero conueniatur ad interesse uel pœnam post moram contractam non potest seruari text. noster quod consideretur an sit lis contestata super interesse uel pœna, quoniam præsupponitur quod lis fuerit contestata & sententia subsecuta de uoluntate partium, & prohibetur purgatio, ut per istum text. igitur in obligationibus facti, si præceptum est super facto potest faciendo purgare moram, quia per exequtionem acceleratur ad factum præstandum, & purgando præstabit quod in exequtione petitur, unde semper poterit purgare moram ad euitandum pœnam & totale interesse, sed non ad euitandum particulare interesse. dicta l.& si post tres.& per Bar. in.j. oppositione. sed si est præceptum etiam super interesse uel pœna, nulla purgatio moræ fieri potest de iure communi lata sententia, & minus ex forma statuti, nec obstat quod requiratur interpellatio ad committendam moram, ut per Bar. in.l.si duo §.idem si iurauero. ff. de iure iurand. quia intelligitur quantum ad finem ut possit fieri exequtio instrumenti pro sententia lata, uel quia sententia est lata sub conditione (si non seruauerit) opportet quod interpelletur ut sit adimpleta conditio sententiæ, qua adimpleta incontinenti remanet condemnatus ad interesse uel pœnam, unde non potest fieri purgatio amplius post sententiam.

65 Ritus tamen † magnæ curiæ uicariæ in Regno Neapolitano obseruat quod citatus in ultimo peremptorio comparens cum saculo paratus euitat pœnam soluendi decem pro centenario propter periurium quod debetur fisco, & hic periurus non proprie fit nisi in ultimo peremptorio, & tunc pœna debetur fisco, & idem si fuit condemnatus in uia executiua, & in prima die sequenti iuridica compareat cum saculo paratus, quia potest se liberare a condemnatione, & etiam seruatur Salerni quasi purgatio moræ permittatur ad euitandum periurium & pœnam periurii quę applicatur fisco, sed tamen non ualebit purgatio nec solutio debiti principalis ad tollendum interesse decursum & usuras decursas ante dictam diem peremptoriam, quia purgatio non admittitur si ius actoris est effectum deterius, ut in dicta prima oppositione etiam de iure communi. practica autem est ista, quia propter clausulam, rato manente pacto, quæ ponitur hodie super instrumentis & petitur utrunque tam res principalis quam pœna, & super principali non prohibetur purgatio, quia semper admittitur super pœna, similiter autem semper admittitur usque ad condemnationem uel oblationem peremptoriam super interesse uero, si est particulare non admittitur, quia semper soluitur simul cum purgatione moræ, ut dicemus in prima oppositione, super interesse uero totali non admittitur, quia soluitur cum principali, & petitur, & quod est super estimatione semper debetur, ergo ante litis contestationem fiet purgatio, & quæ dixi supra de guarentigiis communibus procedunt etiam & seruantur in Regno Sicilię in quo propter uiam executiuam non est aliquid mutatum de purgatione moræ.

66 Tertio † principaliter ex isto notabili, quod purgatio moræ est de æquitate, infertur, quod Iudæus non potest purgare moram, quia in eis ser

uatur rigor & feueritas iuris,ut inquit text. cum glo.pe.in c.2.in uerbo authoritate.extra de iudi, & ponit Ias.hic.Feli.uero in dicto c.2.tenet contrarium,licet dubitatiue,quia ille text. non probat generaliter quod Iudæi priuentur æquitate iuris communis sed solum procedit in illo casu periculoso quando Iudæi habent Christianum mancipium , nam curauerunt Canones quod Iudæi non habeant Christianos seruos , ne eos trahant ad fidem suam minis forsan uel uerberibus, uel appareat quod Iudæi dominentur Christianis,& præualuerint post mortem Christi. unde si tolleratur de ascriptitiis, restringitur hæc tollerantia ad casum quo remaneant ascriptitiis, & si ipsi postea eos ad aliud exercitium traxerint semetipsos condemnauerunt, & feueritas ibi posita seruatur in fauorem fidei . unde cum ille text. loquatur in casu spetiali non debet trahi ad consequentiam,imo glos.ibi uult seruari etiam de iure communi extra Iudæos in casu quo sit differentia inter seruos & ascriptitios , extra uero illum casum Iudæi ipsi utuntur æquitate iuris communis, ut probatur in l.Iudæi.C. de Iud. ubi generaliter eis conceditur potestas agendi & excipiendi secundum ius Romanum, non distinguendo an ius sit æquum uel iniquum uel rigorosum , & per illum text.cõstituitur regula,quod non est differrentia inter Iudęos & Christianos, quia ecclesia tollerat eos ex iustis causis, & uult cum eis humaniter agi.c.quod sincera.45. distinctio. nec dicatur quod iste casus uidetur exceptuatus propter æquitatem,quia,ut dixi,iura non excludunt Iudæos ab æquitate iuris communis, & purgatio moræ non uidetur fundari in aliqua ęquitate priuilegiata utsupra dixi.

Secundo contra Iaso.facit,quia Iudæi utuntur exceptione præscriptionis contra Christianos.in cap.porro.& ibi Archi.16.q.3.& glo.in l.si fur.§. primo,& ibi Imol.ff. de usucapioni. in uerbo usucapere. quæ est exceptio rigorosa secundum Roma.in rub.de arbitr.col.1.& dicitur iniquissimũ præsidium.§.habeat.in auth.ut ecclesia Romana. si igitur Iudæus utitur exceptione rigorosa contra Christianos , eodem modo etiam poterit uti æquitate & iusto beneficio. respondet Iaso.quod illa ratio procedit in iudiciis ut seruetur æqualitas.l.die sabbato.C.de iud.facit lex.fi.C. de fructi. & liti. expensis . tu potes replicare quod eadem ratio est in purgatione moræ,quia si Christianus utitur ea contra Iudæũ ut seruetur æqualitas etiam iudæis , & ipse iudæus poterit uti interueniente conflictu eorũ, & si sunt diuersæ causæ non est opus responsione, quia neque responsio Ias.facit. concordat etiam tex. in cap.iudæi. de testibus. ubi iudæi utuntur testibus iudæis cõtra christianos,& christiani christianis & iudæis contra iudæos tam in eadem causa quam in diuersis causis .

67 Confirmat † Rippa , quia iudæi sunt humaniter tractandi & non sunt per uiolentiam trahendi ad fidem christianam , neque etiam priuandi inique iuribus suis ratione charitatis.cap. huma num.1.distin.Oldra.consi.254.Ioã.And. in Rub. de iud.nec bona iudæorum usurpanda.Innoc. in c. quod superest.ex,de uoto. confirmat etiã Rippa, quia iudæi gaudent immunitatibus & priuilegiis concessis incolis etiam per statuta, Bald. in l.spadonem.§.iam autem.ff.de excusatio.tuto. Socci.consi.62. col.4.lib.1.Alex.consi.99. uisa re quisitione.lib.6. nec obstat responsio Iaso. quod purgatio moræ non est proportionabilis iudæis sicut christianis . ergo ius fauens christianis non debet trahi ad iudæos, Abb. in clem.1. per illum tex. de usur.Gemi.in cap.j.§.fi.de usur.in 6 . nam respondetur quod imo est proportionabili , quo niam sicut mora est proportionabilis eis eodem modo & purgatio moræ erit proportionabilis a

68 Quia†ipsi sunt capaces omnis æquitatis iuris cõ munis.dicta l.Iudæi.& purgatio moræ est funda ta in sola æquitate iuris communis ut dictũ fuit ideo continetur in aliis æquitatibus iuris communis concessis Iudæis.dicta l. Iudæi.

Et allegata in contrarium procedunt in materia spirituali,in qua nullo modo iudæi sunt capaces nec in genere nec in spetie ; & in aliis casibus positis per Archidiaconum in cap.pagani, secunda quæstio.7. inter quos non enumerabitur hæc æquitas.Non obstat quod esse Iudæum est delictum,glo.in dicta l.sed si res.ff.de leg.j.ideo cessat æquitas ex causa delicti.l. bona fides.ff. dep. quia uerum est quantum ad Deum & animam, non autem quantum ad forum contentiosum, quia ipsi æquiparantur Christianis, & utuntur iure communi. Fely.in cap.mulierum,col.ij.de iud. præterea ipsi reperiuntur dispensati & possunt uti iure communi.dicta.l. Iudæi.& non considera tur delictum quantum ad illud quod tollerantur ex iustis causis ut supra dictum fuit, & summa est quod in omnibus casibus in quibus æquitas iuris communis habet locum semper habebit locum purgatio moræ quæ est fundata in æquitate iuris communis,& ab hoc solo dependent omnes quæstiones præcedentes , quoniam non probatur quod purgatio moræ sit fundata in spetiali æquitate .

69 Sexto†notandum est,ibi , te facientem , quod quis purgat morã & liberatur ab effectibus eius incipiendo edificare, cum aliquibus præparamẽ tis factis etiam quod non perficiat ante litis con testationem,quod probatur propter uerbum (fa cientem) præsentis temporis quod denotat actũ in fieri, & sic inceptum,& non perfectum,&idem dicitur in fi. per uerbum (si edifices) quæ uerba ponderant hic Paulus Alex. & Ias. & communi-

* ter*docto. dicentes quod offerrendo se facturum in iudicio , & dando sufficiens principium cum præparamentis ut appareat animus perseuerandi , impeditur processus in lite , & non cogitur promissor procedere super iudicio interesse, neque contestari litem dummodo sit factum successiuum,secus si esset factum momentaneum , quia tunc si uellet impedire processum in lite deberet totum factum expedire , per tex.in l.si ita quis. §.Seia cauit , infra eodem , & confirmatur ista

opinio

opinio per tex. in l. continuus. §. item qui insulã. ibi, transactoque tempore quo insulam consuma ri opportuerit si postea edificet liberatur, ergo præsupponit quod iam inceperat. idem probatur in l. qui Romæ. §. Callimachus. infra eodem. ubi non potest incipere nauigare post moram quando est dies & pœna, ergo si non est dies & pœna poterit incipiẽdo nauigare purgare morã.

Sed in contrarium Crotus hic nu. 42. pondera bat dictum. §. si insulam, in fi. qui dicit quod libe ratur edificando sicut liberatur qui se daturum spopondit quousque tradiderit, & sic illa duo æquiparantur sed ille qui se daturum promisit tenetur totum factum traditionis expedire, ergo etiam totum factum edificandi complere tenebi tur. si uult purgare moram, & non sufficiet pars, huic ponderationi respondet Niger quod æquiparatio procedit quantum ad effectum non autem ad modum purgandi. Secundo respondet ꝙ ibi fit æquiparatio quantum ad plenam liberationem, quia toto opere perfecto utroque casu inducetur plena liberatio. Prima tamen solutio uidetur ualde rationabilis, quoniam ibi erat di uersitas magna, cum unum erat factum momentaneum & aliud successiuum, & in uno erat obligatio dandi & in alio faciendi, in quibus diuersi mode purgatur mora, ergo non fecit æquiparationem quantum ad modum purgandi, quia decisio non esset uera, sed tantummodo quantum ad effectum ut purgatio admittatur. Secundo in contrarium ponderat Crotus tex. in dict. §. item quoniã insulã. ubi promissor non euitat interesse nisi totum opus perficiat, ergo tanto minus poterit purgare moram inchoando & non perficiendo infra tempus. argumento. l. sancimus. C. de fideiussoribus. sed respondetur secundum eundem Nigrum quod satis dicitur implere totum opus si inchoauit quantum ad particulare interesse, cũ tantum faciat pars operis ad particulare sicut totum opus ad totale interesse.

Et sic concluditur quod ad purgandum moram sufficit inchoare opus ante litem contestatam. unde opportebit quod promissor sit cautus quando conuenitur super interesse dato libello, quod ille non respondeat libello directo ut faciat litis contestationem, sed debet proponere exceptiones dilatorias, quę examinari debẽt ante contestationem litis, & intra istud tempus postea incipere opus, faciendo aliqua præparamenta, & postea cõparere in iudicio, & dicere quod ipse est paratus facere & quod iam dedit principium. unde non debet procedi in lite de interesse, & ita poterit obtinere quod non tenebitur contestari litem & non procedetur in causa. sed si ipse incautus responderet libello directo dicendo quod non tenetur ad interesse, tunc induceretur contestatio litis, & impediretur perpetuo purgare moram, sed incohando ante principium euitabit pœnam. quæ cõclusio procedit sine dubio quãdo nil actoris interest, quia ius suũ non est effectum deterius, sed si interesset particulariter, nõ sufficeret inchoare nisi offerret etiã se paratum soluere omne interesse præteritum si liquidabitur, quod etiam liquidatum tenebitur soluere ut inducatur plena purgatio moræ, ut infra dicetur in tertia oppositione.

70 Subdebat † plus hic Paulus de castro, quod nedum incipiendo potest purgare moram, sed etiã simpliciter offerrendo, ut si conuentus in iudicio offerat se paratum facere opus, & omne aliud ꝙ tenetur facere, & tũc euitabit effectum moræ per istam solam oblationem, si non est effectum ius actoris deterius, non quidem ut mora plene purgetur, sed ut non teneatur respondere & possit impedire litis ingresum, & hanc opinionem sequuntur Cuma. Ruy. & Claud. & isto casu iudex præfiget terminum parti ut incipiat facere opus & interim non teneatur respondere libello, ut declarat idem Claudius, per glo. in l. si reus paratus. de procur. & tunc postea opportebit incoha re cum præparamentis conuenientibus & amplius non tenebitur respondere libello, sed si esset negligens et nullum principium faceret, tunc elapso termino teneretur respondere, quia non fuisset facta moræ purgatio. & facit secundum Ruy. tex. in dicta l. sed si alia. ff. de consti. pecun. ubi tex. ultꝙ in obligatione facti de qua in l. prę cedenti sufficiat oblatio, & ibi Bart. dicit quod ante litem contestatam sufficit oblatio, sed post litis contestationem requiritur consignatio, sed ille tex. non facit, quia loquitur quando creditor non uult acceptare, tunc enim secundũ Alex. sufficit oblatio, sed quando creditor non recusat, & est paratus accipere, non probat ille text. quod sufficiat oblatio ipsius debitoris, & tenent Ias. & Alex. in l. qui Romæ. in princip. infra codẽ & Perus. col. 5. & quod sufficiat oblatio, allegat Niger hic tex. in l. si seruum. §. sequitur. ibi, offerendo, supra eodem. per quem tex. Bar. in l. acceptam. C. de usur. tenet quod ad purgandam moram sufficiat sola oblatio, ad idem est tex. in dicta l. si ita quis. §. Seia cauit. inf. eodem, ibi, soluere paratus sit, & sequitur etiam Bar. in l. creditor. in fi. ff. de distractio. pignorum, & infra in. j. oppo. secundæ partis. nec potest dici quod illa iura loquantur de consignatione, secundum Ias. in dict. §. Seia cauit, quia frustra text. ibi diceret quod per Titium non stetit, cum frustra consideraretur si prætium consignasset ut hic per Nigrum.

Contrariam opinionem, quod imo non sufficiat uerbalis oblatio, tenuit Alex. hic, & Perusini, & Ias. in dicto §. Seia cauit. Alex. consi. 120. uisis & eleganter. col. 4. lib. 2. Barb. consi. 86. illud. refe rã. col, fi. lib, iij. Alexandri. & mouentur, quia ubi opus est facto uerba non sufficiunt. l. qui decem uersi. idem responsum. in fi. inf. de solutionibus, & per tex. nostrum hic, in uerbo facientem. sed Claudius respondet, & Ruyn. quod procedit in facto seu actu momentaneo, non autem in facto successiuo in quo sufficit sola oblatio, prout in offerrente probationes, cap. interposita. de appel latio. Alex. in l. si mora. col. 3. ff. solut. matrimon, & ad tex. istum in uerbo facientem, dicit quod ita fuit de facto, non tamen concludit opus esse,

item respondet quod non sufficit oblatio ad tollendum moram, sed ad impediendum iudicium incohari, & litem contestari.

Secundo Ias. adducit in. dicto. §. Seia. cauit quia mora est delictum. glo. in l. si mora. ff. solut. matrimonio. & dicitur dolus. l. dolus. ff. mand. quia est delictum. Bar. in l. j. ff. de fideiusso. tutorum. sed fideiussoribus non prodest uerbalis oblatio. quia si non sufficit non delinquentibus dicta l. qui decem. minus sufficit delinquentibus, ne præmium habeant ex delicto. l. Relegatorum. ff. de interdict. & relegatis. respondetur tamen quod in facto successiuo sufficit uerbalis oblatio in omni casu, & non est præmium delinquentibus, sed est regulare ius. item non dicitur quod prosit ad tollendum totam moram sed ad impediendum litis ingressum, & propterea apparet quod fundamenta ab utraque parte non stringunt, ideo opinio Pauli remanet tutior & uerior quæ est media inter istas duas, ut concludamus quod ad impediendum litis ingressum sufficit oblatio sola propter quam iudex desistet a lite & dabit terminũ reo ad incohandum. sed non sufficit ad inducendam plenam purgationem moræ, quia est necessarium quod postea sequatur principium operis cum præparamentis, & si non sequeretur principium operis procederetur in lite elapso termino dato non habita consideratione amplius ipsius oblationis, & sic oblatio sufficit ad impediẽdum litis ingressum, sed ad plenam purgationẽ requiritur opus incohari cum præparamentis, & ad plenissimam postea liberationem requiritur complementum operis.

71 Vnde†pratica in hac materia debet esse talis, ut reus conuentus ad interesse compareat, & offerat se paratum adimplere omnia ad quę tenetur, petendo ut actor non audiatur in lite, & tunc iudex dabit terminum inf. quem debeat dare principiũ operi, & si dabit, sequetur plena purgatio, sin autem erit negligens in inchoando, tunc elapso termino tenebitur respondere libello, sed tũc poterit opponere exceptiones dilatorias quæ non poterunt denegari & dum ipse discutientur poterit etiam opus incohare cum aliquibus præparamentis, & purgare moram, & impedire progressum litis. sed si hoc non faciet, uel respondebit directo libello contestando litem amplius non audietur, & procedetur super petitione interesse usque ad finem, habet igitur unum articulũ expeditum, quid requiratur ad hoc ut possit purgare moram, & an sit necessarium adimplementum, nam si interuenit plenum adimplementum in omnibus factis omnino purgatur mora. si uero non interuenit adimplementum, & tunc si est factum momentaneum requiritur ante litis ingressum oblatio cum depositione & consignatione si fieri potest, uel cum satisdatione de executione infra terminum datum a iudice, per l. si soluturus. infra de solutionibus, elapso uero termino omnino est necessarium uerum adimplementum antequam respondeat libello contestando litem. si uero est factum successiuum, & tunc sufficit oblatio simplex ad impediendum litis ingressum, tamen opportet postea quod infra terminum datum a iudice incipiat, & si non incipit tenetur respondere libello, tamen si opponat exceptiones dilatorias poterit adhuc incipere cum præparamentis & purgare moram, cũ hac tamen conditione, quod postea prosequatur complementum operis, quia si de nouo desisteret adhuc procederetur ad contestationem litis eo penitus reiecto.

72 Septimo†notandũ est ex isto tex. in uerbo facientem liberari, quod facta purgatione moræ per principium operis cum præparamentis faciens liberabitur ipso iure, quod demonstrant docto. quia uerbum (liberari) simpliciter prolatum denotat ipso iure. l. cum quis. §. primo. infra de solutionibus. sed in contrarium facit tex. in l. & si post tres. supra si quis cautionibus. qui dicit quod imo per exceptionem liberatur. quod contrarium est forte, & super eo laborauerunt multum docto. dando uarias solutiones & concordias ad dicta iura. Prima fuit Bart. in dicta l. & si post tres, qui distinxit, Aut est apposita tacita dies a lege, & tunc ipso iure per purgationem moræ liberatur, Aut uero est apposita dies ab homine, & tunc liberatur per exceptionem, & ita procedit tex. in dicta l. & si post tres, sed Ias. dicit quod confunditur per dictam l. si ita quis. §. Seia cauit. infra eodem. ubi est apposita dies ab homine, & tamen ipso iure fit purgatio moræ ut consequatur actionem. ideo secunda datur solutio & concordia per Angelum, distinguendo an pœna sit apposita uel non, quoniam si non est apposita pœna liberatur ipso iure, ut in hoc tex. si uero est apposita pœna liberatur per exceptionem, dicta l. & si post tres. quæ concordia similiter reprehenditur per Ias. quia est diuinare ad dictam l. & si post tres, quod ibi pœna fuerat apposita, & satis est probabilis, quia natura stipulationum prætoriarum erat ut non apponeretur pœna, & solum accidentaliter apponebatur ut ego dixi in. §. Cato, super secunda quæstio. Bar. unde cum nihil dicatur de ea intelligitur prætoria stipulatio apposita secundum propriam naturam. Secundo, dato quod esset apposita prout uidetur communiter docto. ibi præsupponere, respondetur quod etiam quando est apposita pœna liberatur per purgationem ipso iure, l. si cum dies. §. fi. sup. de arb. & l. qui Romę §. Flauius, infra eodem. & l. j. de penu. leg. cum similib. & infra declarabitur, unde tertia datur solutio distinguendo, Aut fuit dies certa, Aut incerta, si est dies incerta liberatur ipso iure per istum tex. si uero est dies certa liberatur per exceptionem. dicta l. & si post tres. quæ concordia etiam reprehenditur, quia reincidit in primam, an sit apposita dies a lege uel ab homine, quoniam hæc dies tacita apposita fuit a lege, & l. suum non tuum denegat auxilium. l. assiduis. C. qui potio. in pigno. habeantur. unde sequitur quod similiter confũditur per tex. in dicto §. Seia cauit. ubi fuit dies certa apposita ab homine, & tamen ipso iure liberatur, ideo

quar-

quarta datur solutio & concordia, quod ille tex. similiter uult quod ipso iure fiat liberatio, & dũ dicit per exceptionem, intelligitur quod est necessarium ut uerbaliter excipiat, & pro defensione dicat se non teneri, quæ appellatur exceptio intentionis & facti, & talis quoque in hoc text. est necessaria. sed eam etiã reprehendit Ias. quia est uiolatio ad illum tex. quoniam exceptio intentionis & facti non est proprie exceptio, quæ dicitur proprie actionis exclusio. arg. l. j. §. qui in perpetuum. ff. si ager uectigalis uel emphy. peta. & glo. in capitulo primo in uerbo exceptionem. de exceptio. in 6. & istas omnes responsiones magis in specie reprehendit Crotus hic & Niger num. 52. licet reprehendant prius responsiones Ias. unde huc usque durat contradictio urgens inter hæc iura.

73 Quare † Crotus hic tenet contrarium, quod imo semper per purgationem moræ inducitur liberatio ope exceptionis, per dictam l. & si post tres. qui tex. clare loquitur, & pro ista opinione etiam inducitur iste tex. qui retorquetur, considerando quod purgatio moræ fit de æquitate, di. l. si seruum. §. sequitur, ergo per exceptionem, quia exceptio fundatur in æquitate. l. qui æquitate. ff. de exceptionibus. confirmatur etiam inducendo alio modo hunc tex. dum dicit, te facientem liberari posse, cum uerbo infinitiui modi, & infinitiuus non importat ipso iure, secundum Ioannem de platea in §. quia tamen. instit. ui bono. rapto. item uerbum (potest) est extensiuum & comprehendit futura Bar. in l. si ita. ff. de aur. & arg. leg. colu. j. per l. si ita quis. ff. de leg. ij. & uerba futuri temporis non liberant ipso iure, glos. in l. in Criminali. C. de iuris. omnium iudicum. Bartol. in l. iubemus. §. sane. colum. 2. C. de sacr. sanct. eccles. & hoc idem confirmat text. in dicta l. continuus. §. item qui insulam. ibi, liberatur reus qui non intelligitur ipso iure, sicut uerbum priuetur futuri temporis, Bar. in dicto. §. sane. & hoc uidetur in terminis probari in l. interdum. §. fi. sup. eodẽ. ibi, exceptione doli mali liberetur. nec obstat iste tex. in uerbo liberari, quia fragilis est põderatio. cum uerbum liberari sæpe intelligatur per exceptionem. l. qui hominem §. stipulatus, & ibi glo. in uerbo liberatur, subaudit idest per exceptionem. & l. si, § cum mihi Titio. infra eodẽ & probatur in dicta l. cum quis. §. primo. ubi intelligitur in eodem themate propter diuersas rationes ipso iure & per exceptionem.

Tamen pro communi opinione uidetur facere iste tex. qui simpliciter dicit liberari, & uerbũ (liberari) de proprietate denotat ipso iure, quoniam liberari nihil aliud est nisi liberum effici, idest sine aliqua subiectione uel obligatione, unde uere passus uidetur dubius, quoniam pro utraque parte potest ponderari tex. in dicto. §. sequitur, p̃timo, quia dicit extinguitur mora, ergo ipso iure liberatur, postea dicit moram emendari ergo per exceptionem, & dum subdit ex bono & æquo usque ad finem uidetur innuere per exceptionem. similiter pro utraque parte facit. l. hoc edicto. in principio. ff. de publica. & ratio dubietatis est, quia utrunque est uerum quod purgando moram quis potest liberari in totum ipso iure & per exceptionem.

74 Nihilominus ego † puto in terminis doc. ueriorem esse opinionem. quod liberatio contingat per exceptionem, per dictam l. & si post tres. & ita etiam procedat iste text. qui cum utatur uerbo (liberari) apto ad liberationem ipso iure & per exceptionem declaratur per legem magis distincte loquentem, ut no. in l. sciendum. ff. qui satisda. cogantur. ideo iste tex. dubius declarabitur per tex. in dicta l. & si post tres. magis distincte loquentem, ut fiat per exceptionem, & hoc probatur reducendo ad practicam. nam aut uis quod liberetur ab obligatione facti per solum principium, & clarum est quod non potest liberari nisi per exceptionem. ut non possit procedi super iudicio interesse interim donec appareat an faciat complementum, quo facto tunc ab eo ipso iure liberabitur. si uero tu dicas quod liberatur ipso iure a mora, & tunc nec etiam potest intelligi ipso iure, quia si in totum extingueretur mora non posset competere actio super interesse præterito, quod multiplicatur usque ad terminum purgationis, & solum potest se defendere promissor a futuris per illud principium, cum si desistat ab incepto opere adhuc mora præterita producit effectus suos multiplicando, ideo est necessarium quod ipsa extinguatur per exceptionem, idest effectus impediatur per exceptionem. si uero tu dicas quod liberatur ipso iure ab actione & obligatione ad interesse, & tunc similiter opportet intelligere per exceptionem, quoniam si tolleretur ipso iure extingueretur obligatio de præteritis & pendentibus usque ad principium probabile factum cum præparamentis, quod tamen negant doct. & supra confirmatum fuit, & confirmabitur. unde opportet dicere quod defenditur per exceptionem a futuris, sed efficax actio & obligatio durat pro præteritis. itẽ si eueniret quod post principium factum & tertiam uel quartam partem operis factam ipse desisteret, & tunc esset necessarium quod noua subrogaretur obligatio ad interesse & actio, quod non bene probatur iure, quia imo unica tantum actio potest cõpetere pro interesse particulari & totali, ut ego supra probaui reprehendendo opiniones tenentium contrarium, quoniam hæc multiplicatio actionis & interesse non probatur iure, & facit multum de hoc text. in l. cum quærebatur. in fin. princi. infra iudicatum solui. ubi ex promissione iudicatum solui quæ continet diuersas clausulas non competit nisi unica actio, ergo tantominus poterunt plures actiones dari pro interesse, sed unica tantum generalis nascetur ad totale & particulare interesse, sed per exceptionem diuidetur eius effectus, & tanto fortius procedet in casu nostro super particulare interesse, & est inconueniens quod tot actiones nouæ nascãtur, & propterea opportet dicere ꝙ nata actione interesse impedietur eius exequtio per exceptionem si

purgetur mora inchoando, & impedietur processus litis donec appareat de uoluntate complendi illud, & si postea desisteret ab opere eliderettur dicta exceptio per replicationem, & procederetur in eodem iudicio super actione primo intentata, & non esset opus nouo iudicio, & hoc uidetur esse tutius & probabilius, ut interim actio ad interesse per exceptionem suspendatur, & nunquā inducatur plena liberatio nisi per cōplementum operis & satisfactionem de præterito interesse. iuxta.§.finalem.insti.de perpet. & tēporalib. actionibus. ut & infra declarabitur per Bar. & cum hac distinctione intelligi debet iste tex. ut faciens liberetur per exceptionem inchoando, & si perficiat opus ipso iure liberetur in totum, & eodem modo intelligitur tex. in di. §. Seia cauit. qui facilius potest intelligi quod inducatur ipso iure, quoniam agitur de facto momentaneo, & eodem modo intelligitur tex. in dicto.§.sequitur, & omnia alia similia quæ ponderari possunt pro utraque parte. nam concordabuntur, an post principium secutum fuit complementum, & ipso iure liberabuntur, post principium autem durante dubietate complementi inducetur liberatio per exceptionem.

75 Octauo † notādū est ex isto tex. in uerbo quādiu, quod dictio quamdiu donec & quousque & aliæ similes præfigentes tempus concedunt æqualiter ius in toto tempore usque ad diem præfixum, etiam quod interueniat aliqua mutatio ut hic, ubi superuenit lis super interesse, & tamen æqualiter sicut potest purgari mora ante iudicium cœptum ita potest purgari post iudicium incœptum usque ad contestationem litis, & in hoc conueniunt omnes. sed plus uolebat Rippa induci per istas dictiones, quod elapso die aufferrēt beneficium ipso iure, ut hic in tex. qui prętendit post litis contestationem priuari reū potestate purgandi morā ipso iure, & adducit tex. similem in l. in delictis.§. si detracta. uers. donec. ff. de noxalibus. sed postea in contrarium adducit tex. in l. eum qui ita.§. qui ita. in uerbo exceptionem, supra eodem. soluit ipse quod hic ipso iure priuatur beneficio, quia competit ex gratia & priuilegio, contrarium uero loquitur de beneficio competenti iure communi, quod difficilius tollitur. l. eius militis.§. militia missus. ff. de mili. testam. uel hic agitur de priuilegio cōcesso ex facto legis, ibi propter factum hominis, argumen. l. asiduis. C. qui po. in pig. habeantur. sed tu dicas quod hæc solutio non est necessaria, quia nec etiam conclusio est uera, quoniā nullo iure probatur quod istæ dictiones præfixiuæ temporis aufferant ipso iure, sed tantummodo non concedunt, & est sensus ꝙ ante diem concedunt, postea non concedunt, & non est priuatio uera, sed non concesio, ideo remanet actus postea sub dispositione iuris communis, tollens ipso iure, uel per exceptionem secundum subiectam materiā, ut habetur de contrario sensu per Decium in simili in l. 1.§. huius rei. ff. de offi. eius. & ibi ego declaraui quando inducatur contrarius sensus, uel cessatio tantum. unde intelligas hic post contestationem litis non concceditur purgatio secundum distinctionem infra ponendam.

76 Nono † colligitur ex isto tex. in ultima parte, quod si post litis contestationem quis edificat nihil ei prodest, & ideo non potest purgare moram, & dum dicit, nihil intelligitur neque ipso iure neque per exceptionem. argumen. l. Iulianus. ff. de leg. 3. quæ conclusio rationabilis est quando incœpit ædificare & nondum perfecit, ut probat text. noster hic in uerbo si edifices, quod est præsentis temporis denotans principium ut supra ponderatum fuit per docto. sed dubium est quid si post litis contestationem incœpit & perfecit opus an inducatur purgatio moræ, & text. hic per dictionem nihil prodesse, uidetur inferre quod non, sed dum utitur postea uerbo præsentis temporis potest ponderari in contrariū, dicendo secus si edificauerit complendo, & pro hac opinione facit, quia si totū edificauit adimpleuit principalem promissionem & fecit quod tenebatur facere, & si tu dicis quod si non purgatur mora actor lucrabitur iniuste quia habebit opus sibi acquisitum, quia promissor edificauit in solo alieno scienter. ut insti. de rerum diuisio. §. cum in suo loco. uersi. ex diuerso, & ita consequetur & rem & pœnam, quod est inconueniēs. l. rescripta.§. si pacto. ff. de pact. & habetur in leg. prædia. ff. de actio. emp. Tamen pro alia parte facit, quia potest esse quod amplius non indiget illo opere, quia alio modo prouidit indemnitati suæ.

77 Ideo † tu resoluendo dicas, Aut enim actor alienauit fundū ut nulla possit esse utilitas eius, & tunc edificando nulla inducetur purgatio, & consequenter totum interesse, quia ius actoris effectum est deterius. dicta l. & si post tres. si uero alio modo prouidit faciendo domum in alio loco sufficientem, & tunc nec etiam inducetur aliqua purgatio, & tenebitur ad totale interesse. sed ille edificans poterit cementa & lapides suos repetere & fragmenta. dicto.§. cum in suo solo. & habetur in l. in fundo. ff. de rei uendi. si uero non fuit mutata causa actoris, & tūc potest dici quod purgabitur mora saltem per uiam compensationis, saltem quantum ad ualorem uel interesse ipsius facti, quoniam si prius indigebat & nunc indiget & consequtus fuit utilitatem quam per stipulationem ferrebat, & solū potest allegare tarditatem operis & interesse præteritum, & in hoc solo non poterit purgari mora, ita quod in effectu quasi idem erit an edificet ante uel post litis contestationem quando compleuit, & in duobus solum erit differrentia, quia ante litis contestationem non tenebitur ad interesse extrinsecum nisi quatenus est decursum ante principium operis, post uero litis contestationem tenebitur ad interesse extrinsecum decursum usq; ad complementum operis. Item erit differrentia, quia ante litis contestationem per exceptionem impedietur ingressus uel progressus litis, & si compleuit ipso iure liberabitur, sed post litis contestationē

non

non impedietur progressus litis, & poterit condemnari ad totale interesse, & si compleuit non liberabitur ipso iure sed tantummodo per exceptionem per uiam compensationis, quod est notandū in practica, & pro intelligentia istius tex.

78 Decimo † notandum est ex isto text. quod litis contestatio super interesse uel pœna impedit purgationem moræ, & ex hoc infertur, quod in causa appellationis non erit licita purgatio moræ. contrarium tamen tenet Roma. sing. 55. nunquid moræ. per text. quem dicit singularem in l. ab executore. §. si procurator. infra de appellationibus, facit, quia licitum est in causa appellationis non deductum deducere & non probatum probare. l. per hanc. C. de temp. appell. capitulo. cum Ioannes. de fid. instrum. sed Rippa hic numero 16. dicit quod non credit istud esse uerum, alias melioris esset conditionis is qui perseueraret in longiori mora usque ad sentētiam & post sententiam, quod est inconueniens, per no. in ca. fin. de consuetudine, & confirmat, quia appellatio restituit appellantem ad illum statū in quo erat post litem contestatam, & non ad principiū litis. leg. ita demum. & ibi Barto. C. de procuratoribus. & ponit Alexand. in leg. j. ff. de re iudi. & Abb. in c. j. col. 2. ex. de re iudi. & hanc sententiā tenet ipse Romanus hic, licet dixerit se cespitasse in dicto singulari. & Alex. sequitur hic & cōmuniter* alii. nec tex. allegatus in contrarium probat oppositum, dicit tamen Rippa posse saluari opinionem quando lis fuit contestata & sententia lata super principali, quia poterit purgare moram, ut per gloss. magnam in fi. ff. de actio. emp. Secundo saluat quando fuisset ommissa purgatio moræ per errorem facti. nam tunc postea in causa appellationis permitteretur, ꝑ ea quæ habentur per glo. in c. ad audientiam. 2. ubi Philip. post alios col. 9. de rescrip. quam opinionem etiam ego puto ueram per rationem, quia in causa appellationis tātummodo possunt fieri ea quę solent concedi post litis contestationem, ut opponere exceptiones peremptorias, sed non possunt concedi ea quæ possunt fieri tantummodo ante litis contestationem, ut opponere exceptiones dilatorias. dicta l. ita demum. C. de procuratoribus. & cum hæc purgatio per istum tex. tātummodo possit fieri ante litis contestationem & non postea, non permittetur in causa appellationis. unde sequitur modo in omnibus casibus in quibus purgatio moræ potest fieri post litis contestationem poterit etiam fieri in causa appellationis, non tantum in illis duobus casibus positis per Rippā, sed etiam in obligationibus dandi generaliter, & in casu quem ego posui supra de edificante in totum post litis contestationem, & omnibus aliis similibus casibus, quia uis tota stat, an post litis contestationem in causa principali permitteretur purgatio.

Vltimo notandum est, quod mora impeditur post litis contestationem, quia multiplicatur mora per litis contestationem, quæ aggrauat & inducit aliam moram, ideo magis debet nocere, ut per Barto. infra in 1. quæstione sed ego supra dixi hanc rationem non esse sufficientem, quia etiam procederet in obligationibus dandi, ideo addidi aliam rationem quia per litis contestationem inducitur quasi cōtractus per quem partes se obligant facere iudicium super interesse uel pœna, ideo uidentur renuntiare potestati faciendi opus.

79 Item † etiam colligitur, quod per commissionem pœnę legalis idest interesse non nouatur obligatio princialis, quia si esset nouata extingueretur. §. præterea. insti. quib. modis tollitur obligatio, ergo non posset mora purgari, quia iam est facta executio, ut per Bart. infra in 4. quæstio. & tangetur etiam in 7. oppositione.

80 Glo. prima fuit † expedita in præmissis & ibi fuit conclusum, quod hic insula significat domū edificatam in terra, & circundatam area ab omni parte, & appellatur insula ad exemplum insularum quæ ab omni parte habent mare, & si eueniret quod haberent terram ab una parte etiam minima non dicerentur insulæ sed peninsulæ, & ita capitur in §. insula. insti. de rerum diuisio. & l. adeo. §. insula supra de acquir. rerum dominio. & peninsula dicitur ab istmos quæ est breuis terræ angustia, & peninsula idest pene insula, ut hic dicit Rippa nu. 20. & causa faciendi domos insulatas fuit, quia Romæ durāte libertate domus semper fuerunt ligneæ & copertæ tegulis ligneis, ut Romanos irrideret Perseus Rex Macedoniæ quando cum fratre defendente Romanos loquebatur, propterea erant subiectæ igni & incēdiis taliter quod creatus fuit magistratus præfecti uigilum qui curā haberet. l. 3. §. effracturæ. ff. de off. præfecti uigilum. unde ad euitanda incēdia, ne propter negligentiam unius plures edes comburerentur, cœperunt ædificare homines domus insulatas, & apud Publium Victorem dicitur quod erāt plures insulæ, quam domus, ut hic per Rippam, quia addit quod gl. in l. fi. eod. tit. non intellexit illum text. exponendo insularios idest dominos domorum, quia insularij erant serui deputati ad custodiam domorum pro arcendis incendiis. l. urbana. §. insularios. ff. de uerborum significatione, tamen per hoc gl. non debet reprehendi quia sicut serui a dominis deputati appellabantur insularii ita & ipsi domini quoq; qui insulas habitabant insularii dicebantur, & quoniam non omnes deputabant seruos ad hoc officium, ideo tex. in d. l. fin. nominando insularios uoluit comprehendere etiam dominos habitantes dictas domos insulatas, & hæc est communis opinio legistarum & grammaticorum, in tantum quod inoleuit consuetudo, ut qualibet domus insula appellaretur.

81 Sed dum † gloss. dicit quod insula dicitur domus in mari ædificata, dicta a solo, quasi in mari idest aqua salata existens, infertur ad quæstionem, an Ciuitas Venetorum possit appellari insula, cum ab omni parte habeat mare. unde disputatum hoc fuit in casu contingenti, cum unus haberet bona Venetiis, & in insula

Cypri & Candiæ, & relinquit Titio bona quæ
habebat in insulis, & alia bona relinquit Sem-
pronio. unde fuit dubitatum an bona existen-
tia Venetiis deberentur illi cui relicta essent bo-
na existentia in insulis, & Bald. in consilio. 473.
lib. secundo. alias. 475. libro. primo consuluit
quod non ueniunt bona existentia Venetiis, quia
Venetiæ sunt una ciuitas & non potest appel-
lari insula sed ciuitas illustris, & ueluti paradi-
sus delitiarum, & mouetur inter alia, quia ci-
uitas Venetiarum non fuit edificata in mari sed
in alueo maris, & nullus alueus appellatur insu-
la. ut in §. item per alluuionem. instit. de rerum
82 diuisione, quæ tamen ratio parum ualet, † Ex
eo quia ueritas est quod ciuitas illa fuit edifica-
ta in quadam insula parua existente in mari pro
pe litus, & habebat mare ab omni parte, propter
quod se defendebant ab hostibus, unde & edifi-
cia ipsa uidentur in insula posita, ideo Rippa di
cit quod illa ciuitas non appellatur insula quo-
niam non fuit nata in mari: sed arte constructa,
& insula dicitur quæ nascitur in mari, dicto. §.
insula. instit. de rerum diuisione, quæ etiam ra-
tio non stringit, ex eo quia solum in quo edifi-
cata fuit erat uere insula, unde conclusio Bald.
potest alia ratione confirmari, quia illa edificia
simul iuncta acceperunt nomen spetiale ciuita-
tis, & sub hoc nomine illustrata fuit, & excepta
a genere insularum, & nomina propria assumunt
significationem a suo esse specifico non generi-
* co, ut dixerunt communiter * Doctor. in rubr.
supra eodem de stipulatione. item communis
usus loquendi semper fuit quod ciuitas appella-
retur & nõ insula, & existentes Venetiis appel-
lant insulas alia loca, & ipsam spetialem ciuita-
tem, qui communis usus loquendi attenditur in
legatis. leg. librorum. §. quod tamen Cassius.
ff. de legat. tertio. & quoniam edificia præualue-
runt loco nominata fuit a potentiori parte. leg.
cum quæritur. ff. de statu hominum. & ideo con-
tinetur in numero ciuitatum non in numero in-
sularum. ideo nec proprie potest dici insula.
83 Gloss. secunda † tria facit, primo limitat istum
textum. Secundo allegat iura concordantia.
Tertio opponit & soluit. & pro declaratione pri
mæ partis, Bartol. opponit contra text. de di-
cta. lege. si ita quis. §. Seia cauit. infra eodem.
ubi mulier emerat ad instantiam Lutii Titii or-
tos, & conuenerunt quod ipsa mulier eos præ-
staret Lutio Titio si infra Calendas Aprilis uni-
uersam summam soluerit, alias amplius non te-
neretur. soluit partem ante, & aliam partem of-
ferrebat post tempus elapsum, fuit dubitatum
an possit purgari mora, & respondet ibi text.
quod si non multo post obtulit, & non interest
actoris, quod ille Lutius poterit soluendo uni-
uersam summam consequi per actionem ex sti-
pulatu ortos promissos, & cum text. ibi dicat,
si non multo post, & non interest actoris, ap-
paret quod post longum tempus non posset pur
gare moram, neque etiam si interest actoris, quæ
duo sunt contra generalitatem istius tex. soluit

gloss. fatendo contrarium, quod non potest pur-
gari mora si interest actoris, & ideo per illum
textum limitatur iste. sed tunc instatur, quia
hæc restrictio est destructio huius text. cum in
eo præsupponatur quod post lapsum temporis
stipulator egit ad interesse, ergo intererat acto-
ris, & tamen text. uult quod admittatur pur-
gatio moræ, soluit Bartol. ex mente Dyn. quod
duplex est interesse, unum consistens in ualore
ipsius edificii, & istud non impedit purgatio-
nem ut hic, Aliud est interesse extrinsecum quod
causatur ex damno habito, quia edificium non
fnit factum, uel quia non potuit habitare, & ami
sit multa bona, uel familia sua fuit infirmata,
uel quia fructus perierunt qui non potuerunt cu
stodiri, & istud interesse impedit purgationem,
& de hoc interesse extrinseco ultra ualorem fa-
cti loquitur dictus. §. per quem debet restringi
iste text. addit tamen postea quod si reus offert
hoc interesse extrinsecum non prohibebitur pur
gare moram edificando, secundum gloss. in le. si
cum dies. §. fi. cum l. sequenti, quæ incipit utique,
supra de arbitris, propterea habes inquit Barto.
unam limitationem multum generalem & nota
bilem ad istum tex. ut non possit purgari mora
etiam ante litis contestationem quando inter-
est actoris ultra ualorem ipsius facti.
84 Sed tamen † quia hæc restrictio est magna, &
limitat omnes leges de materia, dubitant do-
cto. de ueritate, & primo dicitur secundum An-
* gel. Imol. & Alexandr. & communiter * alios
quod dictus. §. Seia cauit, non facit, quia loqui-
tur in diuersis terminis, quoniam ibi actor ha-
bebat actionem ex stipulatu ad petendos ortos,
& impediebatur per exceptionem, quia non sol-
uerat in tempore, & admittitur ad purgandum
moram ad conseruandam actionem ab obiectio
ne exceptionis, & sic loquitur in actore qui pur-
gat moram ad conseruandum. iste uero text, lo-
quitur in reo qui uult purgare moram ad euitan
dam pœnam moræ, ut non incurrat in eius effe-
ctus, uel ad euitandam pœnam promissam, ita
quod hic reus tractat de damno euitando, ibi ue
ro actor tractat de lucro acquirendo, quæ sunt
ualde diuersa. lege final. §. licentia. C. de iure
deliberandi. & fauorabiliores sumus in liberan-
dis reis quam in fauendo actoribus. l. fauorabi-
liores, de regul. iuris. & per Bartol. hic in nona
quæstione. Iaso. uero conatur defendere gloss.
fatendo quod casus sunt diuersi, & ideo ille tex-
tus non loquitur in terminis, & limitat etiam
istum textum. propter similitudinem rationis,
arguendo quod si ibi fauemus actori pro conser
uanda actione, ut non possit purgari mora, for-
tius debemus impedire purgationem moræ quã
do Reus uult aufferre actionem quæsitam ipsi a-
ctori ad interesse propter moram. quia facilius
quod suum est conseruatur quam de nouo auf-
feratur lege patre furioso. ff. de iis qui sunt sui,
uel alieni iuris, & de alia similitudine facit lex
fina. C. de edendo. ubi sicut actor cogitur edere
ad eius exceptionem fundandam, ita etiam
cogitur

cogitur reus ad fundandam replicationem, & sic tam ratione ęqualitatis quam ratione maioris ęquitatis quod disponitur de actore debet etiam procedere in reo, & ideo text. ille probabit limitationem, & quamuis hæ rationes sicut a longe possent euitari, tamen quia habemus text. in terminis loquentem de reo quod nō possit purgare moram si actoris intersit, ut in l. si cū dies. §. fi. & dicta l. utique. supra de arbitris. ideo doctores communiter tenent hanc limitationē. sed tamen adhuc ille text. non uidetur concludenter probare, quia loquitur quando fuit promissa pœna, secundum Crotum hic, & quando pœna est promissa non ita faciliter admittitur purgatio moræ sicut quando solum interesse debetur, hinc est quod apposita pœna purgatur mora ope exceptionis. leg. & si post tres. & non apposita, ipso iure secundum unam opinionem supra relatam.

Vnde tertio pro ista limitatione glo. adducitur ratio per Iaso. hic, quia purgatio moræ est fundata in æquitate. dicta lege. si seruum. §. sequitur. supra eodem, sed cessat æquitas quando est præiudicium actoris, & beneficium non debet dari in alterius præiudicium. leg. nec auus. C. de emancipatio. libero. & le. impuberi. supra de administrat. tuto. & capitulo quamuis. de officio delegat. cum simili. respondet idem Crotus, quod quando est interesse particulare tractatur de modico præiudicio, ideo potest succurri pęnitenti de malo. argumen. l. quotiens. C. de precibus impera. offerrendi. Quarto Rippa pro hac opinione adducit textum. in leg. sed si alia. cum gloss. ff. de consti. pecunia, sed ille text. non facit, quia loquitur de iusta causa recusandi, quia reus congruo loco & tempore non offerrebat, quo casu non fit purgatio sicut nec solutio. leg. si soluturus. infra de solutionibus. Quinto adducit Bald. in dicta lege & si post tres text. & in dicto. §. sequitur. ubi purgatio moræ est emendatio, sed emendatio non potest fieri nisi refectis expensis, ut not. in leg. edita. C. de edendo. ergo nec etiam purgatio moræ fieri potest nisi soluto interesse. sed respondetur quod hæc similitudo est nimis a longe, & illa procedit in iudicialibus & in libello, hæc in extraiudicialibus. Sexto uidetur text. in lege. si fideiussor euictionis. ff. de doli exceptione, ibi, ut pro damnis emptori satisfiat, sed ille text. loquitur de expensis factis & aliis damnis habitis per litem, non autem de interesse proueniente ex mora. Septimo probatur per leg. si in lege. §. si colonus. ff. locati. & potest responderi quod ille text. loquitur de eo qui propter moram effectus est insufficiens illi conductioni, nam tunc impeditur moræ purgatio, secus autem uidetur si sit simplex interesse propter moram. Octauo adducitur text. in dicta leg. qui Romæ. §. Callimachus. infra eodem. inducendo ut ibi per Soccin. in quarto notabili. sed eius inductio est longior dicto. §. Callimachus.

85 Resolutiue † tamen loquendo licet disputatiue possit responderi fundamentis prædictis, tamen non est recedendum a communi opinione quæ uera est & æquissima, & probatur per text. in dicto. §. Seia cauit. per similitudinem quia, ibi tractatur de actione ex stipulatu conseruanda, hic tractatur de actione ad interesse, quæsita actori conseruanda, seu non aufferenda. Secundo probatur in terminis in dicta lege. & si post tres. ibi, ius actoris non est effectum deterius. item probatur per text. in dicta leg. si cum dies, quæ loquitur in terminis nostris proprie, quoniam non est uerum quod ibi sit apposita pęna, cum de ea loquatur lex Celsus sequens, & decidit duos casus æqualiter, unum quando est apposita dies, alium quando nulla dies fuit apposita sed subintelligitur modicum tempus, & tamē uult quod in utroque casu non impediatur mora quando interest actoris. item etiam efficaciter probatur per rationem Ias. hoc modo ampliatam, nam purgatio moræ fundatur in æquitate, dicto. §. sequitur. sed æquitas non patitur quod reus fuerit causa damni actoris, & quod propter eius contumaciam ipse actor patiatur damnum, & ille ex arbitrio possit obseruare promissionē, unde cum actor passus fuerit damnum extrinsecum, conueniens est ut ipsi reficiatur, & quod nō possit moram purgare, nisi refecto damno, quia nō debemus unum altare discooperire ut cooperiamus aliud. l. assiduis. C. qui potio. in pigno. habeantur. & non debemus succurrere reo delinquenti propter moram & inferre damnum actori non delinquenti, & permittere quod ille qui non delinquit habeat damnum ex delicto alterius, & delinquenti succurramus sub colore æquitatis leoninæ. leg. prima. §. si quis a principe. ff. ne quid in loco pub. per quam rationem, quia generalis est, extenditur conclusio ad omnes casus contentos in dictis iuribus, siue sit pœna, siue sit dies, siue sit interesse totale, siue sit particulare, siue actor, siue reus, & tam in iudiciis quam in extraiudicialibus, & in decisoriis, & præparatoriis, & etiam uidetur probari in dicto. §. Seia cauit, quia licet ex uno capite uideatur actor, tamen ex alio capite erat reus, quia tenebatur soluere dictam pecuniam.

86 Iustificatur † tamen prædicta opinio postea, ut eatenus interesse partis impediat purgationem moræ quatenus non soluatur, sed tamen datur facultas uolenti purgare moram soluere interesse illud extrinsecum, & ita purgare moram & euitare ne teneatur soluere æstimationem facti, ut hic per Bartol. & doctor. Et quoniam quantum sit istud interesse soluendum non apparet nisi probetur, practica debet esse quod Reus offerat se paratū soluere omne interesse actoris ꝗ legitime probabitur & de iure debetur, & interim poterit purgare morā, & impedire processū in lite, & oēs effectus futuros morę, & actor debebit postea ꝓbare interesse infra modicū tēpus assignatū a iudice. tanta disputatio doc. reducit ad hoc paruū, quod si non potest purgare morā soluit interesse ualoris facti & ualoris operum,

si uero potest purgare moram ipse laborabit de proprio & inueniet operarios ad libitum suum. semper tamen liberabitur ad effectibus futuris moræ purgando moram.

Quare stat conclusio firma, quod interesse extrinsecum impedit purgationem moræ nisi soluatur, interesse uero intrinsecum respiciens estimationem facti non impedit purgationem moræ, per istum textum. & ideo poterit cum persona sua laborare & operarios ad libitū inuenire. argumen. leg. si libertus. §. operarum. ff. de oper. libertorum.

87 Ex qua † conclusione Alexā. hic dat cautelam ad impediendum purgationem moræ, ut in instrumento dicatur, quod casu quo cessauerit facere opus pro interesse teneatur dare tantam quantitatem certam per quam tenebitur ad interesse taxatum, & non poterit audiri purgare moram nisi prius soluerit illam quantitatem continentem interesse taxatum. iuxta. lege. fin ff. de præto. stipulatio. sed Niger reprehendit, quia si iudici constabit nullum esse interesse, non impediet purgationem moræ, cum quantum intersit remittatur arbitrio iudicis, dicta leg. si ita quis. §. Seia cauit. ut hic latius per eum. & confirmat Rippa, dicens cautelam esse uentosam, cū si nihil interest non potest peti interesse conuentum. l. aduersus. ff. de arb. & per Barto. in l. 2. §. item si in facto. supra eodem. sed tu defende cautelam, quia interesse taxatum promittitur propter difficultatem quod non potest probari, & sæpissime reducitur ad minimum. §. fi. insti. de uerbo. obligatio. & l. fi. ff. de prætoriis. stipulatio. & dixi in rub. C. de sentētiis quæ pro eo quod interest. & in §. Cato. in. 3. no. & sufficit quod aliquod interesse appareat etiam minimum, quoniā actor habet incōmodum, quia si interesse longe excederet dictā quantitatem expressam. illud non posset petere, neq; per illud impediretur purgatio moræ, quia incertitudo ad illam quantitatem restricta fuit. Et econtrario alia datur cautela in fauorē rei, ut ipse dicat, ego sum paratus soluere interesse si aliquod habuit ipse actor quod probabitur, nā tūc propter incertitudinem sufficiet sua oblatio, ut nota. in simili in d. l. si soluturus. de solutio. ideo interim poterit purgare moram, & postea si interesse probabitur, illud soluet.

88 Sed adhuc † contra hanc conclusionem instabat Ruy. quia eueniet quod fiet solutio in diuersis rebus dando rem debitam & interesse pro dāno habito, contra legem in executione. §. pro parte. infra eod. & habetur supra in §. Cato. & d. l. stipulationes. in 3. quæstione Bart. nec contradicit glo. secundum eum in dicta l. utique, quia loquitur quando in pœna & in principali erat eadem res, idest pecunia, & non poterat resultare illud inconueniens. sed ad istam rationem datur facilis responsio, negando quod fiat solutio in diuersis rebus, quia totum factum habet ipse actor, & ultra factum etiam interesse extrinsecum succedens. & §. pro parte loquitur quando habet partē rei tantū, & partem interesse, secundo contra Barto. adducit rationem, quia uidetur quod obligatio sequens ad interesse nouet obligationem facti, cum sit in causa lucratiua, ut per Bartol. in leg. ita stipulatus. colum. 20. in prima oppositione. infra eodem. sed solutio est facilis, quod dictum Bartol. ibi loquitur de pœna, nam interesse nunquam nouat obligationem principalem, ut dixit Bartol. in dicta lege stipulationes. in nona quæstione. qui uoluit utranque actionem simul competere, & ego posui in notabilibus.

Vnde habes conclusionem firmatam, quod dictus. §. Seia cauit, restringit hunc textum, & quod interesse extrinsecum impedit purgationem moræ nisi soluatur. Ampliatur ista conclusio fundata in gloss. in dicta lege. utique. procedere etiam in decisoriis. de quibus non loquitur Bartol. in sequenti oppositione, cum solum determinet de præparatoriis, ideo ex eius mente Salyc. dicit quod hęc conclusio procedit etiā in iudicialibus decisoriis, ut posit purgari mora soluendo interesse particulare seu extrinsecum, ut per Alexand. hic referendo illam gloss. ad text. Rippa tamen dicit quod illa gloss. non probat, quia loquitur quando agitur ex compromisso quod est actus extraiudicialis. leg. si dictum. §. si compromissero. ff. de euictionib. nec etiam secunda ratio Alexand. procedit quod idem ius sit in iudicialibus quod est in extraiudicialibus, secūdum eundem Rippam, quia in iudiciis est maior contumacia, quoniam offenditur pars & iudex, argumento eorum quæ habentur in l. si conuenerit. ff. de iurisdictione omnium iudicū. in c. j. de iud. nihilominus ꝑ hęc non est recedendū ab ampliatione, quæ probatur optime ꝑ duas rationes Ias. supra inductas, quia non debet dari priuilegium cū iniuria alterius. l. nec auus. ff. de emācipatione liberorum, cum suis similibus, & quia iniquum esset ꝙ talis purgatio fieret cum damno actoris extrinseco, & contumacia rei restitueret, per l. ita stipulatus. §. Sabinus. infr. eo. & statim declarabo, & seruabit ēt illud ꝙ subiicit de oblatione ficta.

89 Addebat † ēt Bar. hic, ꝙ in extraiudicialib. est necessarium ad hoc ut admittatur reus ad purgādam morā ꝙ offerat solutionem interesse, alias nō auditur. sed in iudicialib. nō est opus offerre, quia sufficit ꝙ iudex ex officio suo repellat nisi soluantur damna & interesse, per dictam. leg. & si post tres. sed Rippa hic in uersi. tertia conclusio. uidetur primo dubitare. tñ postea dicit ꝙ illa debet sane intelligi quando post purgationē est saluū ius cōsequendi interesse in ipso facto ꝑ ꝙ purgatur mora, ut in iudicialibus, in quibus officio iudicis recuperantur expensæ, & damna, secus in extraiudicialibus, in quibus interesse recuperari non potest in ipso actu purgationis, secūdū Bar. & postea idē Rippa subiicit subtiliter considerandum esse utrum Bartol. & doct. uelint an creditor consentiendo purgationi moræ censeat interesse remittere, & dicit ipsos nō apperientes, inquit tñ uideri quod sic, per tex. in l. centum Capuæ. in fi. ff. de eo quod certo loco, qui bene

bene probat quando mora purgatur de expressa uoluntate creditoris, sed si contradixit nulla facta mentione de interesse dubitat, & dicit uideri remissiue, per ea quæ dicet in sequenti conclusione. Tu uero dicas, quod hoc de oblatione non potest procedere, quia reus conuentus offert se uelle adimplere factum purgando moram, replicat actor quod non potest, quia eius interest, Reus duplicabit quod est paratus soluere interesse, & sic iure duplicationis fit oblatio sed non iure exceptionis, & idem procedit in expensis & aliis damnis contingentibus, tam in decisoriis quam in præparatoriis, quia licet possit subueniri per officium iudicis, tamen non negatur quin actor habeat exceptionem ad impediendū contumacem comparere, & si parti non competeret exceptio non posset teneri iudex in sindicatu, ex quo tractatur de mera priuata utilitate, sed hoc plus erit in eis, quia duplicationem poterit facere iudex, & non audire neque admittere reum ad purgandum, dicta leg. sancimus. C. de iudiciis, & tenet Bald. in dicta lege. & si post tres, & sequitur hic Ruyn. & Niger. numero. 74. ex quo sequitur decisio an uideatur creditor cōsentiendo purgationi moræ remittere interesse, quia si nos sumus in extraiudicialibus præiudicat sibi consentiendo facere actum post tempus, ut dicit text. in l. qui Romæ. §. Callimachus. uers. item quæro. infra eodem, in iudicialibus uero dependet ab hoc, an ipse actor apposuerit exceptionem, dicendo, tu non potes purgare moram, quia mea interest, & tunc reus replicabit uel quod nullum est interesse uel si est quod erit partus soluere. unde postea si creditor nō probat interesse, uel consentiat ut non procedatur in iudicio, uidetur remittere interesse quasi nullum sit, uel quia forsan probare non potest, & idem & clarius præsumeretur si nullam exceptionem opponeret, & permitteret purgari moram, & amplius in iudicio non procedi.

90 Item aduertatur † quod Bart. sentit quod interesse non excedens factū, & sic particulare interesse extrinsecum non impediret purgationē moræ, per istum tex. sed non bene loquitur, quia primo non conuenit huic legi in qua agebatur ad totale interesse cum esset lapsum totum tempus quo integrum opus fieri poterat. secundo nō est uerum, quia uiolat dictam l. Seia cauit, & dictam l. & si post tres. & dict. l. utique. quæ solum loquuntur de interesse, ideo intellige de omni interesse quod non potest resarciri per obseruantiam rei principalis debitæ, quia eadem est ratio, & iura simpliciter loquuntur. Solum ergo dictum suum procedere potest in particulari interesse intrinseco quod solum respicit ualorem rei. propterea dicas quod interesse quod resarcitur per obseruantiam non impedit purgationē moræ, sed illud quod non resarcitur per obseruantiam seu adimplementum quod appello extrinsecum impedit purgationem moræ siue sit totale siue particulare, & sic omne interesse etiam minimum extrinsecum impedit purgationē moræ, pet text. in dicto. §. Seia cauit, ibi, dum dicit, nec quidquam intersit, quod uerbum, quidquam, uerificatur etiam in re minima, & tex. noster solum intelligitur de interesse intrinseco respiciente ualorem facti, quod potest resarciri per obseruantiam facti, & sic habes generalem limitationem ad istum textum. & iura concordantia, & ad totam materiam, quod interesse partis extrinsecum impedit purgationem moræ in extraiudicialibus, & in iudicialibus tam decisoriis quam præparatoriis, siue sit dies, siue pœna, siue neutrum.

91 Nec obstat † diuersitas uerborum posita in dicta l. & si post tres. ibi, ius actoris effectum est deterius, & nisi actoris intersit, quia ut dicetur in sequenti opposit. hæc duo dicta habent se ut excedentia & excessa & significāt idem, & diuersum, nā interesse proprie cōprehendit omne dānum contingens pp inobseruantiam. ius uero effici deterius significat priuationē actoris de iure suo, uel aliqua alia ratione efficiatur inhabilis ad recipiendum adimplementū ut per illud sibi satisfieri non possit. unde pprie ius effici deterius significat superuenientiam inhabilitatis, & largo modo capiendo significat omne aliud damnū superueniens includens interesse. Similiter interesse pprie comprehendit dānum extrinsecus pueniens, & non cōprehendit illam inhabilitatē superuenientē, imo facit cessare interesse, tñ large capiendo comprehēdit eam, qm̄ potest interesse actoris opus non fieri, & sic se inuicem cōprehendunt & comprehenduntur & etiam differūt, unde in utraq; significatione potest capi ius effici deterius in d. l. & si post tres, & in d. §. Seia cauit. etiam capi in utraq; significatione, ut unum & idem determinare uideantur. Et in extraiudicialibus, & in decisoriis iudicialibus comprehenduntur hæc duo sub nomine interesse, ut utrunque prohibeat purgationem moræ, ut statim dicetur, & remanet ampliatio data multum generalis. Ex quibus habes declaratum unum principale requisitum, seu unam habilitatem necessariā ad faciēdū purgationē moræ posse fieri.

Secundo postea Barto. ingrediendo aliud requisitum opponit contra textum nostrum declaratum utsupra de dicta lege. & si post tres. supra si quis cautionibus. ubi uidetur dicendum quod tunc impediatur purgatio moræ quando ius actoris effectum fuit deterius, soluit, quod ius effici deterius differt ab illo dicto, interest actoris. nam ius effici deterius demonstrat quod actor effectus fuit inhabilis ad recipiendum satisfactionem per adimplementum, & differt ab interesse in spetie, unde dicit ꝙ dicta lex & si post tres. loquitur de mutatione habilitatis actoris quæ impedit purgationem moræ, non autem loquitur de interesse extrinseco proprio, quoniam illud non attenditur in iudicialibus præparatoriis in quibus damna & expensas prosequimur officio iudicis. leg. non ignoret is. C. de fructibus. & liti. expensis. & leg. sancimus. C. de iudi. in extraiudicialibus uero omne da-

mnum contingens & omnis inhabilitas continetur sub nomine interesse, & ideo nisi illud offeratur non potest purgari mora.

92 Et summa est† quod ius effici deterius est quędam inhabilitas superueniẽs actori ut per adimplementum non possit sibi satisfieri, seu ut amplius non indigeat illo opere, & exemplum ponitur quando post moram ille qui stipulatus est insulam fieri alienauit fundum uel cessit liti, seu extincta fuit actio quia erat temporalis, nã tunc amplius non indiget opere nec promissione, & dicitur ius actoris effici deterius quia per adimplementum non potest sibi satisfieri, & quoniam in præparatoriis interesse consistens in damno petitur per proprias actiones, hæc sola qualitas inhabilitatis impedit purgationem moræ.

Propterea secunda est principalis conclusio Barto. quod quando ius actoris est effectum deterius illud impedit purgationem moræ, quæ cõclusio est eadem cum præcedenti quando ius actoris capitur in genere seu pro interesse reparabili, sed ubicunque capitur in spetie, ut ius actoris sit quoddam superueniens irreparabile per solutionem, ut si interim alienauit fundum, uel cessit liti, uel actio extincta fuit, & tũc est alia cõclusio, & est potentius impedimentum, quia perpetuo impedit purgationem moræ, & nõ potest conuenire oblatio de resarciendo damnum, cum propter talem inhabilitatem superuenientem illud non possit reparari, & ideo sequitur quod in casu legis. sed & si lege. §. colonus. ff. locati, non potest fieri morę purgatio, quoniam non potest reus adimplendo reparare damnum actoris. unde Bar. ut in practica appareret utilitas, inferrebat ad casum suprapositum quod quando quis stipulatus est domum fieri in fundo, & post moram alienauit fundum, quia non poterit amplius purgare moram, quoniam amplius non indiget ipso opere, & per obseruantiam non potest satisfieri ipsi stipulatori.

93 Sed Imola † restringebat conclusionem Bart. quando alienatio esset necessaria, quoniam tunc non esset quod imputaretur actori alienanti, sed si alienasset ex uolũtate uidetur quod possit imputari actori q alienando ex facto suo dedit causam quod non possit fieri purgatio moræ seu adimplementum præstari sibi, & seipsum priuauit iure suo. arg. l. tandiu. ff. de condictio. furti. alias. l. siue. §. tandiu. cum lege sequenti. ubi condictio furtiua desinit competere domino si eam alienauit, & idem dicitur in l. si sub una. §. primo. infra codẽ. ubi euanescit stipulatio seruitutis per alienationem fundi, ergo & actio & obligatio quæ competebant contra rem, ut insulam facere, & cum desinat obligatio desinit & mora, ut dictum fuit in præmissis, & per consequens non est opus eam probare, facit l. si hominẽ. ff. de ædilitio edicto. & l. si seruum cuius nomine. ff. de euictionib. ubi si manumissi seruum pro quo competebat redhibitoria desinit competere, & idem erit in casu Bar. ut desinat principalis actio & extincta sit mora per ea quæ habentur in l. non solum. §. morte. col. 2. ff. de noui oper. nuntiatio. sed Alex. defendit Bart. etiam in alienatione uoluntaria, quia non potest imputari actori alienanti fundum post moram rei, quia cõtemnendo propriã obligationẽ uidetur facere quod actor potuerit & ipsa alienare & facere rem licitam, sicut etiam si res debita post morã pereat perit periculo ipsius rei, & actus licitus pœnã nõ meretur. l. Gracchus. C. de adult. & morosus non potest referre quæstionẽ de alienatione propter delictũ suum. arg. l. si quis emptionis. §. sed si quis. C. de præscr. 30. uel 40. anorũ. ubi nec uiolentus possessor potest, & ad text. in d. §. tandiu, respondetur ꝙ ibi condictio furtiua poterat competere soli domino, & deficiente domino deficiebat fundamentũ in quo erat fundata ipsa actio, ideo necessario extinguitur, sed quando quis stipulatur domũ fieri non est necessarium quod fundus sit suus, & sufficit quod sua intersit, unde si postea alienat fundum non desinit ipsa obligatio & actio, & sic durat, & cum principalis obligatio durat durabit & etiam obligatio ad interesse. Nec obstat tex. in dicta leg. si sub una. §. fina. quia non apparet quod ibi alienatio esset facta post moram, sed dato quod esset facta post moram, ibi extinguitur stipulatio quia seruitus sine prædio deberi non potest, ut ibi not. & ideo sequitur quod in illo casu etiam extincta principali obligatione extingueretur etiam mora. sed in casu nostro per talem alienationem non extinguitur principalis obligatio quamuis nunc non intersit cum iam fuerit nata actio, ideo & durabit mora, & per consequens etiam actio ad interesse. propterea dicebant isti, dato quod extingueretur principale debitum non tamen sequitur quod sit extincta actio ad interesse quæ poterit durare, & reus non audietur purgando moram.

94 Niger † uero conatur defendere Imol. respondendo omnibus adductis per Alex. nu. 76. post Ruyn. tamen opinio Alexandr. uerior est, tum quia non apparet quod dicta iura loquãtur post moram, tum quia etiam dato quod loquerentur procedunt in casibus in quibus actio non potest amplius durare, in casu autem Barto. per alienationem non desinit posse competere actio principalis & durare moram, & per consequens competere actionem ad interesse, & pro hac opinione facit tex. in dict. leg. sed si lege. §. colonus. supra locati, ubi post moram actor ex sua uoluntate fecit se inhabilem, & tamen impeditur purgatio moræ, & assignatur ratio ibi, quia sera est pœnitentia, & uenit ad offerrendum quando mutauerat actor ius suum, & non est conueniens quod actor debeat expectare uoluntatem rei in adimplendo ad gerenda negotia sua, ac etiam est inconueniens quod ille lucretur ex mora sua ut non possit conueniri ad interesse, contra legem Stichum. uersi. sane. infra codem. & confirmatur etiam per textum. in lege. qui autem. §. primo. ff. si quis cautionibus. qui uult quod etiam quod finiatur interesse actoris tamen

potest

potest agere ad illud, quia iam interfuit, & sic facta alienatione durat actio ad interesse, facit etiã tex. in dicta l. & si post tres, qui simpliciter dicit, si ius actoris effectum fuit deterius, & non dixit ex facto suo uel ex facto alterius, & in dicto. §. Seia cauit, simpliciter dicit, si interest actoris, & non dixit per quam causam dummodo mora interuenerit. Vnde habes unam ampliationem ad hanc limitationem, ut impediatur purgatio moræ etiam quod ius actoris sit effectum deterius ex facto Rei uoluntario.

95 Ex qua declaratione † habes multa exempla decisa in quibus uerificatur illud dictum, ius actoris effectum fuit deterius, & per quæ impeditur moræ purgatio duo iam dicta fuere, Aliud est quando quis stipulatus est aliquem sisti & extincta fuit actio illa temporalis post moram, nam amplius non poterit purgare moram, quia cessat habilitas actoris, cum amplius non habeat actionem. Aliud quãdo quis stipulatur sibi licere agere ad suum fundum per fundum alterius, & alienat suum fundum post moram, non poterit ille præstando patientiam purgare moram & euitare eius effectus, quia adimplementum nõ potest amplius fieri actori. Aliud quando quis stipulatur seruitutem sub pœna fundo suo, postea alienat partem eius post moram, quo casu nõ potest acquirere seruitutem nisi consentiat socius, nec etiam potest purgare moram, cum adimplementum non possit amplius fieri in persona stipulatoris, per legem, per fundum. ff. de seruituti. rusticorum prædiorum. nec obst. dicta l. si sub una, §. fi. quia ibi alienauit totum fundũ, & ideo actio fuit extincta, sed quando quis alienauit partem, non extinguitur actio cum possit acquirere seruitutem parti suæ consentiente socio. d. l. per fundum. ff. de seruitu. rusti. prædio. & l. est receptũ. ff. communia prædiorum.

96 Sed dubitauit † hic Rippa, quid si emptor paratus sit reuendere ipsi actori fundum, utrum reus poterit purgare moram offerendo facere domum, & dicit uideri audiendum esse tanquã desinat ius actoris esse deterius, sicut promissor de iudicio sisti potest purgare moram non obstante quod actio stipulatoris fuerit præscripta, si modo uellit in se iudicium suscipere. l. Iulianus. §. quantum. ff. ad exhibendum. l. & eleganter. §. penul. ff. de dolo. contrarium tamen ipse dicit, quia non desinit ex toto ius actoris esse deterius, cum teneatur restituere pretium quod forte nunc nõ habet, & non erat conueniens quod illud retineret inutile propter seruitium rei ut posset purgare moram, & quia nemo cogitur reemere. le. nec emere. C. de iure deliber. ad contraria respõdet quod in illis iuribus ius actoris desinit esse deterius ex sola purgatione morę sine facto actoris, quod non est in casu nostro, ubi requiritur factum actoris, & hoc etiam puto uerius, ne bona ipsius actoris stent in suspenso propter seruitiũ rei ut possit purgare moram, & eadem etiam dixit procedere si emptor sit paratus soluere uenditori æstimationem domus quam promissor offert se ædificaturum, tamen postea dubitat, quia uidetur audiẽdus morosus, quoniã hoc casu ius actoris esset deterius sine facto suo, tamen alia opinio mihi placet, quia remanet ei cura ut debeat postea operari quod ille perficiat opus cũ diligentia, & ipse principaliter tenetur ad pecuniam de suo proprio. unde opportet quod interueniat etiam factum suum, & ipsi emptori facilius erit se concordare cũ promissore, & ex eius uoluntate nouam stipulationem facere cum eisdem pactis. Solũ autem poterit durare potestas purgandi moram quando actor uendidit fundũ cum obligatione ut faciat ædificari ædificium promissum, nam tunc durat utilitas stipulatoris qui tenetur ædificare in dicto fundo, & reus adimplẽdo dicitur obseruare quod promisit, & ius actoris non potest cum effectu dici mutatum. Ex quibus habes declaratum secundum requisitum ad potestatem purgandi moram, ut actoris ius non sit effectum deterius & ipsius habilitas ad recipiẽdum adimplementum non fuerit alterata.

97 Secundo † opponit Bar. contra tex. de dicto. §. Seia cauit. in alia qualitate ibi posita ut ille possit purgare moram si non multo post obtulerit, ubi a contrario præsupponitur quod post longũ tempus non possit purgari mora, quod de directo uidetur esse contra istum tex. qui permittit purgationem moræ posse fieri usque ad litis contestationem quæ solet continere magnam dilationem, & glo. ibi soluit quod hæc lex limitatur per illam ut intelligatur quod litis contestatio fuerit facta infra modicum tempus, & eam sequitur Bar. hic, qui postea dicit modicum tempus esse remissum arbitrio iudicis, per tex. in dicto. §. Seia cauit, quia hoc expresse dicit, licet glo. & docto. non allegent adhoc, & addit postea quod iudex arbitrabitur modicum tempus secundum qualitatem operis uel temporum, per legem cõtinuus. §. item qui insulam. infra eodem. & ideo dicit aliam limitationem dari ad istum textum quod admittatur purgatio moræ usque ad litis cõtestationem dummodo sit modicum tempus, nam si esset longum interuallum non admitteretur purgatio moræ, pro qua opinione multũ uidetur facere tex. in dicta l. si cum dies. §. fi. supra de arbi. ubi tex. copulatiue considerat modicitatem temporis & quod sit antea ceptum iudiciũ, & sic quod sit ante litis contestationem, ut hic per Ias. qui confirmat per aliam rationem, nam purgatio moræ fundatur in æquitate, ut pluries dictum fuit, dicta l. si seruum. §. sequitur. sup. eodem. quæ cessat quando lapsum est longum tempus & reus non impleat, quoniã contumacia per longitudinem temporis magis auget, præsertim cum tractemus de aufferendo actionem ipsi actori ad interesse sibi quæsitum, & confirmatur ultra Ias. per tex. in dicta l. sed si lege. §. colonus. sup. loca. ibi, qnod si paucis diebus prohibuit deinde pœnitentiam egit. Quarto facit tex. in d. l. & si post tres, sup. si quis cautionibus, ibi, post tres uel quinque dies. Quinto suaderi potest per tex. in capitulo potuit. & capitulo propter ste-

rilitatem extra locati.

98 Sed contra istam† limitationem fortiter facit tex. noster hic, qui simpliciter dicit litem conte status, & litis contestatio regulariter fit ex longo interuallo, & cum non restringat simpliciter intellexit quia expressisset, & facit tex. in auth. generaliter. C. de episco. & cleri. & auth. offeratur. C. de litis contestatio. & cap. pastoralis. de exceptionib. & cap. causam. de iuramento. calum. secundo facit tex. in dicta l. si cum dies. §. fina. qui uult quod modico tempore committatur mora, & postea simpliciter dicit quod potest purgare usque ad iudicium acceptum, ergo etiam ex longo interuallo quia dixisset. Tertio probatur per dictum. §. colonus. retorquendo, qui dicit quod non semper in secundo uel tertio anno frui patiatur, & tamen præsupponit quod statim dominus non esset passus frui, & sic mora potest purgari post duos uel tres annos si non fuisset ius actoris effectum deterius accipiendo secundam coloniam, & licet postea dicat de paucis diebus, ideo hoc facit quia in longo tempore solitus negotiari accipiet aliam coloniam a communiter accidentibus. Quarto probat tex. in l. interdum. §. si. sup. eodem. qui dicit simpliciter post moram offerendo purgat moram. Quinto etiã facit tex. in dic. l. qui Romæ. §. Flauius. uersi. item quæro. ubi hæres promissoris purgat moram, ergo præsumptiue est longum interuallũ. Sexto facit tex. in l. 1. ff. de penu. leg. ibi, tandiu quamdiu lis sit contestata, quæ uerba denotant longum interuallum, & etiam ponuntur in hoc tex.

99 Ideo† communiter docto. reprehendunt Bart. hic, & dicunt quod ista limitatio non est uera, quia imo potest semper purgari mora usque ad litis contestationem, per supra allegata, sed difficultas stat in respondendo ad dictum. §. Seia cauit, communis responsio est, quod ille tex. loquitur in actore qui uult purgare moram ad conseruandum actionem, & sic loquitur in casu speciali, seu in aliis terminis, ut actor non posit purgare moram nisi intra modicum tempus, hic uero sumus in reo, qui uult purgare moram ad euitandam condemnationem, quia magis fauemus reo ad liberandum propter liberationem quã actori ad agendum, l. Arrianus. C. de hæretic. & l. fauorabiliores. ff. de reg. iur. sed istam responsionẽ reprehendit Ias. hic & sup. per. l. patre furioso. ff. de iis qui sunt sui uel alieni iuris. sed defende ut supra quia imo est similitudo & in utroque casu est conseruatio actionis, & odium eius priuationis. Alias responsiones refert & impugnat Niger hic, quem uide si placet num. 82. Secundo respondet Ias. quod ille tex. loquitur in casu diuerso ex alio quando est dies apposita. nam tunc cũ actor sibi promiserit de certa die ne remaneret in incerto, non est conueniens quod post longũ tempus admittatur illa purgatio, & auferatur prouisio sua. iuxta l. assiduis. C. qui potio. in pigno. habeantur hic uero erat dies a lege subintellecta, quam potuit aufferre. Tertia datur responsio, ꝙ ille tex. ex alio loquitur in casu speciali, uidelicet quando nõ est habilitas terminorum, ut posit expectari litis contestatio. Nam in dicto. §. Seia cauit non poterat considerari litis contestatio pro termino necessario ad purgandam moram, quia illa fit in fauorem actoris, & nõ potest ei opponi. l. non solet. ff. de reg. iur. & l. aliam. infra de nouationibus. unde fuit necessariũ restringere ad modicum tempus arbitrio iudicis, ne eueniat quod imperpetuum concederetur potestas purgandi moram, & hæc solutio mihi uidetur uerissima, quia esset iniquissimum quod illa mulier deberet stare suspensa perpetuo in domi nio & instructione illius fundi, & licet Niger referat aliquas responsiones ad eam, tamen nõ uidentur in proposito, nec Ias. uidetur bene eã declarare, quoniam litis contestatio non potest cõsiderari in dicto. §. Seia cauit. & cum ille actor nũquam posit agere actione mandati uel ex stipulatu ad fundum nisi soluat, cum semper reiiciatur per exceptionem, sequitur quod in eternum nunquam poterit litem contestari, & si ipsa mulier ageret ad pecuniam soluendam semper ipse Lutius Titius deberet audiri soluendo, quia illa elegisset restituere fundum, & post sententiam etiam offerendo eam posset moram purgare, ut per Bar. in l. interdum. sup. eodem. in secunda oppositi. igitur in hoc potestas conceditur in infinitum ut posit in totum, & non ponitur ibi ut posit tantum infra modicum tempus, ubi uero litis contestatio potest esse terminus purgationis, & semper fieri, tunc spectamus semper litis contestationem per istum tex. & dicta l. si cum dies. §. fi. de penu leg. ꝑpterea ibi purgatio moræ fit per modum conditionis implendæ quæ restringitur ad tempus quo comode poterat. l. ita stipulatus, infra eodem. & ibi Bal. late. & in dicta l. & si post tres col. 1. Et per istam considerationem confirmatur prima solutio quæ est cõmunis, quod ille tex. loquitur in actore, hic autem in Reo.

100 Huic tamen† communi solutioni obstat unũ, quia non uidetur uerum assumptum doctorum, quod ibi sumus in mora actoris, quia imo ibi ille Lutius Titius erat reus, cũ teneretur actione mandati soluere illam pecuniam, unde ipse purgat moram tanquam reus ut consequatur liberationem, & sic concordat in casu suo cum tex. nostro, & licet postea habeat actionem ad petendũ Hortos tamen erat nata ex stipulatione in qua non consideratur purgatio moræ, neque litis cõtestatio tendit ad illam pecuniam soluendam, ubi litis contestatio faceret purgationem fieri si Seia ageret ad ipsam pecuniam soluẽdam, idcirco responsio cõis uidetur quod nõ posit conuenire, sed defendendo eam potes dicere, fatendo quod ibi uterque tam mulier quã Lutius Titius potest esse actor & reus in diuersis actionibus, nã si mulier ageret ad pecuniam sibi præstandam quæ promissa erat per illa uerba ut numeraret infra calendas apriles uniuersam pecuniam & susciperet hortos, tunc Lutius Titius esset reus & purgaret moram tanquam reus, quæ purgatio si bi permitteretur usque ad finem litis, cũ tractetur

tur ibi de obligationibus dandi, si uero mulier non ageret sed esset ipse Lutius Titius qui ex sti pulatu peteret hortos, & tunc mulier esset rea, & ipse Lutius purgaret moram non tanquam debi tor pecuniarum sed adimpleret conditionem ta citam, quæ erat quod si non solueret excluderetur, unde tunc ipse tanquam actor purgat morā ad conseruandam actionem suam seu consequendam per adimplementum conditionis, & cum in illo tex. appareat quod mulier non agebat, sed erat ipse Lutius Titius, apparet quod ibi purgatio moræ fit ab actore ad conseruandam seu con sequendam actionem.

101 Et propterea† communis solutio remanet uera, quod ibi tractatur de purgatione moræ fienda per actorem ad conseruandam actionem, hic uero tractamus de purgatione fiēda a reo ad cui tandam pœnam commissionis moræ, quæ permittitur usque ad litis contestationem, & dicta communis solutio fortius procedit considerando illam qualitatem quod ibi litis contestatio uerisimiliter non poterat expectari. Quartam so lutionem dabat Ruy. dicens illum tex. concordare, quoniam modicum tempus semper appellatur ante litis contestationem, & sinonima sunt, quod purgetur infra modicum tempus uel usq; ad litis contestationem. l. 1. §. item si ita. in glos. spetie. ff. ad legem falcidiam. & l. cum sine præfinitione. ff. quando dies lega. cedat, & facit tex. in cap. iurgantium. ex. de re iudi. ubi celeritas dicitur in tota lite, & sequitur Niger hic, sed tamen il le intellectus glo. in dicto. §. item si ita, non tenetur ibi, quia modicum spatium ibi significat tēpus ad soluendum, non tempus ad purgandum moram, ut ibi Paulus de castro, & in dicto capit. iurgantium celeritas dicitur secundum subiectā materiā habito respectu ad illud quod sæpe immortales fiunt lites, tamen licet non bene conueniat iuribus hæc solutio, nihilominus practica eā uidetur acceptasse, quoniā in sacro consilio Neapolitano obseruatur ut admittatur purgatio mo ræ semper usque ad litis contestationem, seruando æquitatem iuris canonici, teneas igitur primam solutionem quæ communis est, iunctam cū tertia, uel teneas quartam si æquitas seruari tibi permittetur. Non obst. dictus. §. si colonus, quia responsum fuit quod in principio præsupponit, quod possit purgari longo tempore antequam conueniatur dominus super interesse & lis conte stetur nisi ius actoris effectum fuerit deterius, & sic concordat. Non obstat cap. potuit. de locato, quia ibi est casus spetialis in emphyteuta ecclesiæ ex æquitate canonica, cum secundum ius ciuile nullo modo permittatur purgatio moræ, quoniam facta fuit exequtio a lege. l. 2. C. de iure em phyteuti. uel quia est dies & pœna, uel dicas ut in sequenti. Non obstat dict. l. & si post tres, quia respondetur ut supra quod loquitur quando est adiecta dies expressa, quia tunc non expectatur litis contestatio, sed solum modicum tempus permittitur ex æquitate prætoris, hic autem non erat dies adiecta, & si dies & pœna fuit adiecta, non admittitur purgatio moræ, per legem Celsus. de arbitr. regulariter nisi in prætoriis stipulationibus per tres uel quinque dies, & fuit responsio Aug. hic, & Barto. in dicto. §. Seia cauit. super quo insistit Ale. hic. potest etiā dici ad dictam legem. & si post tres, quod ibi non expectatur litis contestatio, quia absente il lo qui debet sisti non potest fieri, ideo ne trahatur in infinitum ibi restringitur ad modicum tē pus, tamen hæc responsio non est generalis.

102 Communis† tamen resolutio est contra Bart. quod regulariter purgatio moræ* poterit fieri usque ad litis contestationem per istum textum, quæ ampliatur procedere etiam quod fiat ex lōgo interuallo, quia leges hoc non dixerunt. item ampliatur procedere etiam quod sit dies certa. quæ communis resolutio etiam mihi placet, & probatur ex tex. nostro hic qui simpliciter dixit usque ad litis contestationem. Item utitur dictio ne (quamdiu) quæ sui natura denotat longum in interuallū, cum dictio (diu) soleat continere tem pus decem annorum, ut habetur in §. 1. insti. de usucap. item etiam hic erat dies tacita declaranda per officium iudicis, iux. legem continuus. §. item si insulam. infra eodem. unde est necessariū ut labatur aliquod interuallū post tempus quo potuit fieri ut tollatur dubitatio & postea incipiat lis quæ solet per multa subterfugia habere longum interuallum usque ad contestationem, unde cum simpliciter eam consideret apparet q non sit uis an sit modicum tempus uel longum interuallū, auth. offeratur. C. de litis contestatione. Secundo probatur per dictam legem primā. ff. de penu lega. in primo responso & in illis uerbis, nisi aliud tempus sit appositum in mente uel uerbis. ergo non consideratur illud modicum tē pus, quia semper illud esset appositum, & solum lex uoluit contestationem litis esse terminum ad purgandum moram. Tertio facit tex. in dicta l. si cum dies. §. si sup. de arbi. ubi mora commissa purgatur usque ad iudicium acceptum, & tex. ibi non cogitat de aliquo modico tempore neq; de alio termino ad quem porrigatur dicta pote stas. Quarto probatur in dicto. §. colonus. in illis uerbis, non semper liberatur dominus si secundo uel tertio anno patiatur frui, & ponit exemplum quando ius actoris est effectum deterius, quia accepit aliam coloniam, ergo a contrario regulariter permittur ut dominus liberetur præ stando patientiam in secundo uel tertio anno, & sic expresse uult quod longum imo longissimum interuallum non impediat purgationē moræ quando ius actoris non est effectum deterius.

103 Quinto facit† ratio, quia litis contestatio impedit purgationem moræ. quoniam per eam inducitur quasi contractus, & partes conueniunt ut lis & iudicium fiat super petitione interesse uel pœnæ. unde uterque uidetur renuntiasse stipulationi principali, & ille reus facultati præstā di amplius opus, merito postea non potest purgare moram, ante autem litis contestationē sem per durat obligātio super principali & uoluntas

præſumpta utriuſque, ideo ſemper durat poteſtas purgandi moram donec fiat illa conuentionalis excluſio inducta per litis conteſtationem, Hinc eſt quod ſi ſumus in obligationibus dandi, in quibus conueniatur ad principalē rem, purgatio moræ perpetuo permittitur. in prima, ſecunda, & tertia inſtantia uſque ad exequtionem, ut dictum fuit in penul. notabi. per. §. finalem. inſti. de perpetui. & tempor. actionib. Non obſtat ratio æquitatis quæ non militat quando eſt longū interuallum ne negligentia rei habilis ſit ad tenendum ſuſpenſum ipſum actorem longiſsimo tempore in iuribus & negotiis ſuis; quia hæc iniquitas iuſtificatur, quoniam ſi erit intereſſe actoris, uel erit effectum deterius, impedietur purgatio moræ, & ſatisfiet ei de omni ſuo damno & intereſſe præterito, item eſt etiam quod ei imputetur, cum poterat in iudicio reum conuenire, & ita abbreuiare tempus ut ipſe reſolutionem accipiat in iuribus & negotiis ſuis. Non obſtat dictus. §. Seia cauit. quia reſponſum fuit quod loqtur in caſu diuerſo in actore qui purgabat moram ad conſeruandum actionem, hic autē in reo, item ibi non erat habilitas aliqua ad conteſtationem litis expectandam, ideo cum ille terminus uſitatus conuenire non poſſet neceſſarium fuit ut modicum tempus ſtatuatur pro termino purgationis, ne in infinitū ꝓcederetur. Non obſtat dicta. l. & ſi poſt tres. quia loquitur quando eſt appoſita dies & pœna, quo caſu impeditur purgatio moræ etiam per modicum tempus, & ibi ꝑmittitur ex æquitate in prętoriis ſtipulationibus per illam modicitatem dierum, & ſi tota materia induceretur ad illam legem certe omnes conſentirent in illo termino, & paucisſimis caſibus fieret purgatio moræ, item ibi non poterat fieri litis conteſtatio, cum eſſet abſens ille cū quo erat fienda. Nec obſtat dictum capitulū potuit, & capitulum ſi propter ſterilitatem, quia ibi eſt appoſita dies & pœna, & ex æquitate canonica permittitur purgatio moræ ſi non intereſſet actoris, & intelligendo de paucisſimis diebus, ſicut in dicta. le. & ſi poſt tres, æquiſsima eſt deciſio, & eſt neceſſe quod ibi ſit ſpetialis caſus, quia illa celeritas in ſatisfaciendo non poteſt eſſe trahendo ad litis conteſtationem quæ multis diebus poſt libellum datum ſequi debet, d. auth. offeratur. nec obſtat capitulum iurgātium. quia intelligitur habito reſpectu ad lites quæ ſolent eſſe immortales, ut in exemplo Speculatoris poſito in titulo de appellationib. §. breuiter. in uerſi. ſed iuſta.

104 Quare remanet†concluſio, quod purgatio moræ regulariter permittitur uſque ad litis conteſtationem ſi non eſt effectū ius actoris deterius, uel non intereſt actoris. Ampliatur procedere ōt quod fiat poſt longum interuallum. Ampliatur procedere etiam quod ſit appoſita dies certa ab homine. Limitatur non procedere quando agitur de purgatione moræ fiendæ ab actore, quia tantummodo fit per modicum tempus. dicto. §. Seia cauit. ſecundum communem intellectum ſupra firmatum. Secundo limitatur non procedere quando termini non ſunt habiles ut litis conteſtatio ſperetur, quoniam tunc eſt neceſſariū præfigere alium terminum modici temporis. dicto. §. Seia cauit, ſecundum intellectum tertium ſupr. firmatum. Limitatur non procedere quando eſt appoſita dies & pœna, dicta l. & ſi poſt tres. & d. cap. potuit. ex. de locato. Quarto limitatur quando per ſubterfugia rei & calumnias apparentes impediretur actor quominus poſſet conteſtari litem, quia tunc haberetur pro cōteſtata. l. ſi eum. §. qui iniuriarum. in fine. ff. ſi quis cautionibus, & ſic habes hanc tertiam limitationem Bar. declaratam quando per modicum tempus impediatur purgatio moræ.

105 Tertio loco†principaliter opponit Bar. contra concluſionem tex. noſtri, quod imo non admittatur purgatio moræ neque per modicum tēpus neque uſque ad litis conteſtationem. de tex. in l. magnam. C. de contrahenda & commit. ſtipula. & le. traiecticiæ. §. de illo. ſupra titulo primo. & l. Celſus. ff. de arbi. in quibus nunquam lapſo tempore poteſt fieri purgatio moræ, & ſoluit fatendo contrarium, & dicit aliam limitationē dandam ad totam materiam purgationis, ut nō poſsit fieri quando eſt dies & pœna, quia tunc ex natura cauſæ & uoluntate contrahentium prohibetur purgatio perpetuo, ſed contra ſolutionem poſtea opponit de lege & ſi poſt tres. ubi eſt dies & pœna, & tamen admittitur purgatio. reſpondet quod loquitur in caſu ſpetiali in prætoriis ſtipulationibus in quibus præualet mens prætoris qui ex æquitate admittit purgationem intra illos paucisſimos dies ſi ius actoris non eſt effectum deterius, & ſic illa limitatio ſublimitatur in illis paucisſimis diebus in prætoriis ſtipulationibus. Iterum opponit de lege. 1. ff. de penu leg. ubi quando legatur penus in annos ſingulos eſt dies & poſtea pœna appoſita ad decem, & tamen admittitur purgatio moræ, reſpondet Bar. quod ibi eſt dies appoſita gratia multiplicandę obligationis quæ non impedit purgationem, ſecus ſi eſſet dies certus adiectus ſolutioni, qui impediret purgationē, ut dicitur in uerſi. niſi aliud tempus, & ſic ſublimitat dictam limitationem, ideo concludit quod quando eſt dies & pœna nō admittitur purgatio moræ limitādo tex. noſtrū. fallit in prætoriis ſtipulationibus in quibus permittitur per paucisſimos dies. Fallit quando dies apponitur gratia multiplicandæ obligationis. dicta lege prima, de penu lega. & iſtam conclusionem Barto. ſequuntur hic communiter * doctores. *

106 Et pro†iſta regula, quod quando eſt dies & pœna non admittitur purgatio moræ, inducitur primo dicta l. traiecticiæ. §. de illo. ubi per oblationem non impeditur commiſſo pœnæ, & in fine dicitur quod ſi prætium non ſit ſolutum in l. cōmiſſoria ad diem res ſit inempta & non admittitur purgatio moræ. Secundo inducitur tex. in di. l. magnam. ponderando quod erat altercatio antiqua, quæ non poterat eſſe ſuper commiſsione

fine

sine interpellatione, ideo credendū est quod esset super purgatione moræ, per tex.in dicta l.traiecticiæ.&quia dicit ob noxius. Tertio inducitur tex.in l.1.ff.de penu leg.in illis uerbis, nisi aliud tempus ex mente uel uerbis testator apposuerit, ergo non permittit post illud tempus purgationem moræ, quoniam pœna erat apposita. Quarto inducitur tex.in l.2.C.de iure emphyte.§.sin autem.uersi.sed omnimodo si dominus uoluerit eo repellendo neq; pretendente quod non sit inquietatus. Quinto adducitur ratio per Ias. hic & Saly.in l.semel mora.ff.soluto matrim.quia quādo est dies sola suppletur pœna per legem, & quando est pœna sola suppletur dies per legem, & quando non est neque dies neque pœna suppletur utrunque per legem, igitur lex in omnibus istis casibus facit quod mora committatur, & modificat quod postea etiam possit purgari, sed quando est dies & pœna hominis lex nihil facit de commissione nec etiam debet facere in purgatione, igitur non poterit purgare, & imputetur promissori qui se adstrinxit.l.2.§. si quis tamen.ff.si quis cautionib.& lex suum non tibi tuum denegat auxilium.l.assiduis.C.qui potio. in pigno. habeantur, & prouisio hominis facit cessare prouisionem legis.l.fin.C. de pact. conuentis.& per hanc rationem solam ipse tenet hanc opinionem. Sexto inducitur tex.in dicta.l. Celsus.ff.de arbi.ubi licet postea offerat pœna semel commissa semper debetur, quoniam semper uerum est intra calendas datum non esse, & in fine postea dicit contra, ibi, dumtaxat dare iussus est. Septimo facit tex.in l.qui fundum.ff. de contrahend.emp. uersic. sed si ita.ubi dictum fuit quod emptor in triginta diebus proximis metiretur, & de modo renuntiet, potest postea quandocunque fundum metiri & renuntiare, & sic purgare moram.sed si dictum fuit quod metiatur & domino renuntiet sine illis uerbis(de modo)nō potest purgare morā. Octauo facit tex.in l.qui Romæ.§.Callimachus.infra eodem.ibi, aut si commodū ubi erat obligatus intra idus septembris nauigare cum mercibus in Siriam alias quod esset obligatus reddere uniuersam pecuniam Romæ suis expensis,&ibi erat dies idus septembris & pœna, quia tenebatur dare pecuniam Romæ, quæ tamen pœna committitur si non perficit ante idus nauigium, & consensus Herotis non potuit purgare moram nisi habuisset liberam administrationē. Nono facit tex. in l. si stipulatus sim mihi a Proculo.infra eodem.ubi est dies & pœna, & elapso tempore remanet commissa, licet ꝓrogatum sit tempus quando promissor amplius non poterat perficere opus. Decimo facit tex. in l.1.in fi.ff.de penu leg.ibi.ut tota summa uxori illico præstetur postquam cessauit hæres dare penum ei in deuotione cohærcenda hæredis. Vndecimo facit tex.in l.1.§.si.ff.de stipulat. seruor. ubi si quis promisit dare decem Titio in calendis, & si non dederit Meuio uiginti dare, & si non dedit Titio tenetur dare Meuio commissa stipulatione, & Titius reuocetur exceptione. Duodecimo facit tex.in l.si supra.C. de transactio. & ibi Ias.ubi si quis promisit cedere possessionem si intra diem certum decem numerasset, & si nō solueret ulterius quæstionem non inferret, si nō soluit, non auditur si uult inferre quæstionem, & iudex uim inferre prohibebit. Decimotertio allegatur tex.in l.tale pactum.§. qui prouocauit. ff. de pact.ubi promiserat se satisfacturum iudicatis si intra diem certam pecunia non fuisset numerata, & ibi iudex debet sequi conuentionem ueluti confessi, & non purgatur mora in dictis omnibus casibus, ista sunt quæ in diuersis locis allegantur per doct. pro hac parte, quibus tamē etiam uariis modis respondetur per tenentes cōtrariam partem, ut concludenter non probare appareat, ut statim dicetur.

107 Contrariam igitur † opinionem, quod purgatio moræ admittatur etiam quod sit dies & pœna, tenuit Petrus ut hic refert Bar. & multi alii relati per Alex.& pro hac opinione primo inducitur dicta l.& si post tres, ibi, post tres uel quinque dies. Secundo adducitur tex.in le. Lutius.cū lege sequenti.ff.de actio. emp.ubi si quis promisit pœnam si non præstaret tres ab eo uenditas integras intra statuta tempora, & sic fuit dies, & pœna, & tamen ille & eius hæres potest exhibere reliquam materiam & purgare moram, ut patet in illis uerbis, & ipse nec hæres exhibuerit, ergo a contrario si exhibuisset non committeretur pœna. Tertio adducitur tex.in dicto cap.potuit. & cap.propter sterilitatem.extra loca. ubi est dies & pœna & tamen potest purgare moram celeri satisfactione. Quarto adducitur tex.in l.qui Romæ.§.Flauius.ubi erat dies & pœna apposita ad manumissionem, & tamen hæres eius potest manumittendo purgare moram. Quinto inducitur tex.in d.l.si ita quis.§.Seia cauit.ubi erat dies & etiam pœna priuationis actionis ad ortos, & tamen admittitur purgatio moræ infra modicum tempus. Sexto facit.l.1.§.1.supra de penu leg.ubi erat pœna, & tamen admittitur purgatio moræ usque ad litis contestationem, & quando in annos singulos legatur, & adhuc etiam admittitur l.cum præfinitione.ff.quand.dies leg.ced.quas leges etiam Bar.allegat in sequenti. oppositio.

Et tenendo istam partem respondetur adductis in contrarium, pro opinione Ba.& communi uariis modis, quas responsiones hic ponunt Ias.& Rippa & plenius Niger per multas columnas, & potes per te uidere & referre hic si placet. ego autem ponam illas responsiones quas puto
108 ueras & cum breuitate. Et primo † ad dictam le. traiecticiæ.§.de illo.responde quod ille tex. non dicit moram non posse purgari, sed solum quod facta oblatione non impeditur, quin pœna remaneat commissa, & est ratio, quia pœna ibi erat in usuris traiecticiis & in satisfactione interesse ꝓpter operas serui ammissas, quæ duo secundum limitationes sup.positas impediunt semper purgationem moræ, & non impediuntur per purgationem si illa postea fiat, quoniā quis potest purgare moram offerendo omne interesse actoris, &

ſicut qui tenetur ad opus non purgat moram niſi ſimul quoque ſoluat intereſſe, ut in prima & ſecunda limitatione, ita ſi quis offert pecuniã principaliter debitam, & non uſuras, non purgat moram, quoniam opportet etiam intereſſe offerre. l. acceptam. C. de uſur. & intereſſe impedit purgationem niſi præſtetur, & ſi fiat eo non præſtito nihilominus adhuc debebitur. l. utique. ff. de arbit. & dictum fuit in 1. & 2. opposi. & ſic ille tex. loquitur de intereſſe extrinſeco conſiſtente in uſuris, quod intereſſe debetur ſimul cum re principali quæ præſtatur per purgationẽ moræ, & ideo ille tex. nihil noui inducit quantum ad impediẽdam purgationem moræ, & non negat quod ſi ille uoluiſſet ſoluere uſuras & intereſſe præteritũ, & purgare moram quod non poſſet, & hæc fuit ſolutio Petri, quam Bar. non intellexit, quoniam quando uoluit quod pœna exigatur ſimul cum principali in purgatione moræ, & quamuis ſuccedat purgatio ſine eo, nihilominus adhuc debetur ſi non fuit renuntiatum, & ſic ille text. uere non probat concluſionem Bar. de pœna ſeparata a re principali.

Non obſtat ille tex. in fin. quia uera reſponſio eſt quod in pacto legis commiſſoriæ quando infra tempus ſtatutum non ſoluit pretium incontinenti ipſo iure res efficitur inempta & dominiũ reuertitur ad ipſum uenditorem, unde ibi fit exequtio a lege, & quando eſt facta exequtio a lege omnes conueniunt quod non admittitur purgatio moræ, & ſic deciſio illa non fundatur in eo ꝙ ſit dies & pœna, ſed quia ſtatim facta eſt exequtio a lege, & ſic non probat. Non obſtat l. magnã, quia omnibus notum eſt quod in uerbis nihil dicit de purgatione. ſed ſolum determinat quod ſine interpellatione pœna committatur, & quando refert dubitationem antiquam, intellexit de commiſsione, cum antiqui uellent non poſſe cõmitti moram niſi eſſet admonitus reus, quaſi crediderit creditorem uelle facere gratiam, & quod eſſet quæſtio antiqua de commiſsione probatur in dicta. l. traiecticiæ. ubi de hoc fuit principaliter dubitatum in caſu fortiori quando erat facta interpellatio & poſtea ceſſauit in faciendo eam, & tex. ibi determinat quod non ſit neceſſarium ut perſeueret in interpellatione ut mora remaneat commiſſa, tamen non bene apperit ꝙ ſi nulla fuiſſet interpellatio an eſſet mora cõmiſſa, quoniam adhuc apud antiquos illud nõ erat bene deciſum. Item non apparet quod alii non dubitaſſent qui præceſſerant Africanum uel eſſent eius cõtemporanei, ut in dicta l. traiecticiæ, ideo de impedimento purgationis moræ nihil dicitur in illo tex.

Non obſtat. l. 1. de penu leg. quia ibi illa uerba, niſi aliud tempus expreſſum fuerit, intelligũtur de tempore poſito in ſpetie ad impediendã purgationem moræ, cum illa dictio ſit exceptiua, & eſt ſenſus, quod purgatio moræ permittitur uſque ad litis conteſtationem niſi tempus fuerit appoſitum cum expreſsione uerborum, ut poſt illud purgatio moræ fieri non poſſet, unde ſolum probat quod purgatio moræ impeditur quando dies apponitur & pœna cum additione clauſulæ quod non poſsit amplius purgare moram. nam tunc impediret propter conuentionẽ partium, ſed ſi ſimpliciter apponeretur dies, & pœna non probat ille tex. quod non poſſet purgari. non obſtat. l. 2. C. de iure emp. quia concordat quando dominus non declarauit uelle eum cadere, ſed quando declarauit ſe uelle cadere emphyteutam non ſoluentem ¦lex facit exequtionẽ & transfert in ipſum dominum ius emphyteuticum, merito non poteſt purgari ibi, non propter ſolam diem & pœnam, ſed quia lapſa die & facta declaratione lex facit exequtionem de qua omnes conſentiunt quod fiat ut infra dicetur. Non obſtat ratio Ias. quia per pœnam & diem nõ tollitur æquitas purgationis ſicut nec per diem tantum, nec per pœnam tantum, cum ſemper in eis debuiſſet cogitare, & ſe præmunire. Non obſtat l. qui fundum, quia ibi uis fit in modo conceptionis pacti, cum uellit in uno caſu permitti, & in alio non, ut ibi dicit tex. & glo. melius declarat, & non fit uis in die ſcripta, imo probat contrarium, cum in uno caſu permittat purgationem, & in alio caſu quo non permittit facta fuit exequtio a lege in continenti, & ſic ex alia ratione ibi prohibetur purgatio moræ. Tertio reſponde quod nihil facit, quia ibi non dubitatur de purgatione moræ, quia nulla erat commiſſa, cũ emptor obſeruaſſet renuntiando infra tempus menſis, ſed tractatur de reuocando ſeu corrigendo adimplementum per errorem male factum, renũtiando menſuram non bonam. Non obſtat l. qui Romæ. §. Callimachus. quia ibi non erat pœna uera, ſed erat intereſſe particulare ſeu extrinſecum quod impedit ſemper purgationem moræ, & ſi fiat ſolui debet ſimul cum ea, & ſi non ſoluatur, adhuc poteſt peti, & per exceptionem impediretur purgatio facta, per ea quæ dicta fuere in prima & ſecunda oppoſitione. Non obſtat lex ſi ſtipulatus ſum mihi & Proculo, quia ille textus nõ negat purgationem fieri poſſe quoniã de ea non dubitatur, & ſic non probat. item ibi erat talis pœna quæ facta purgatione nihilominus debet ſolui quaſi ſit loco intereſſe extrinſeci. Non obſtat lex prima. in fine. de penu lega. quia ille tex. non negat qn poſsit purgari mora ut prædixi, & ſic non probat, ſed ſolum dicit ibi quod pro uno amno tota pœna committitur appoſita pluribus annis de quo ibi dubitatur. unde uoluit quod ſicut quando ſimul relinquitur penus mora poſſit purgari uſque ad litis conteſtationem niſi aliud tempus ſit appoſitum, ita quando pœna una fuit appoſita pro pluribus annis committatur eodẽ modo. Ideo ſicut in primo dicto non probat, ita nec in ſecundo dicto. Non obſt. l. j. §. fi. de ſtip. ſer uo. quia nõ negat poſſe purgare morã, cũ de hoc ibi non fuerit dubitatum, ſed ſolum decidit de modo committendo. non obſt. l ſi ſuper. C. de trãſa. quia ibi facta fuit exequtio. uel ibi nõ negatur quin poſsit purgari mora, cum de ea non dubitaretur, ſed præſupponitur quod perſeuerabat in con-

in contumacia & uim faciebat aduersario. Non obstat.l.tale pactum.§.qui prouocauit. quia ibi non prohibetur moræ purgatio, nec de ea dubitatum, sed ille perseuerabat in contumacia, & ponitur modus quem debet seruare iudex etiam in causa appellationis & in qua erat maior contumacia. Et sic habes duas generales responsiones ad omnia adducta pro communi, unã, quod commissa mora facta fuit executio à lege. Secundam, ꝙ illa iura non negant quin possit purgari mora, sed nõ dicunt quia de ea non dubitabatur.

109 Non obstat † lex celsus.ff.de arbitr. quam posui sexto loco. sed hic respondeo, quia fortior est aliis, & primo respondet Alex.quod loquitur in decisoriis in quibus est speciale ut finis litibus imponatur, quæ responsio non cõcludit, quia sequeretur quod esset idem quando non esset apposita dies, quod negat lex præcedens, ut hic per Ruy.item ratio assignata per Alex.non concludit, quia purgatio moræ tendit ad obseruantia petitorum & quia purgatio moræ tendit ad obseruantiam & facilius executio fit, & sic finitur per obseruatiam, merito debet permitti. Tertio ille tex.nõ se fundat in decisoriis ut dictum fuit, sed per rationem generalem, quia uerum est intra calendas datum non esse etiam quod sit purgata mora.unde secundo respondet Alex. quod ibi oblatio fuit facta ex interuallo, quo casu secundum omnes prohibetur. sed hæc ratio est falsa ut supra dixi. Tertio respondet Ange. quod ibi fuit contemptus iudicis, quæ similiter non concludit, quia idem esset quando non esset apposita dies elapso modico tempore. Item text. non se fundat in contemptu, sed quia non fuit soluta pecunia infra diem statutum, alio modo respondent Perusini, quia post terminum transit in rem iudicatam sententia. quod nihil est, quia imo ante terminum transit in rem iudicatam. lege secunda. §. biduum. ff. de appellationibus. alio modo respondet Niger, quod ibi ius actoris erat factum deterius, quod est uiolare text. Item est falsum, quia non apposita die præsupponit posse purgari moram. Item textus non se fundat in illa ratione, & sic apparet quod nulla bona responsio data fuit ad illum tex.

110 Quare † remanet quod opinio Barto.solum cõcludenter probatur per dictam legem Celsus. qui generaliter loquitur, & assignat rationem generalem respicientem purgationem moræ, & per illum ego teneo hanc opinionem communẽ & quoniam apparet quod est uera, sequitur quod multa iura allegata pro opinione Barto. supra, quibus data fuit responsio, non negant quin possit purgari mora, probant opinionem suam, quoniam cum esset uerum ut non posset purgari, pro absoluto posuerunt, & si potuisset purgari illud retulissent, & ultra ea facit lex ad diem. infra eodem ubi iacente hæreditate committitur pœna sed datur restitutio hæredi, ergo non potest purgari, quia si permitteretur purgatio quæ est remedium ordinarium, non recurreretur ad extraordinarium restitutionis in integrum ex clausula si qua mihi iusta causa uidebitur, quoniam ordinarium facit cessare extraordinarium remedium.l.in prouinciali, & ibi no. ff.de noui operis nuntiatione.Item multum probat tex. in dicta lege si stipulatus sim mihi a Proculo, ubi fuit facta prorogatio temporis, & tamen non purgatur mora, quamuis desinat esse negligentia, si non fiat obseruatio de consensu stipulatoris. idem probatur in dicto. §.Callimacus. ubi promissor continuo obseruauit promissa, & incepit in tempore, & tamen illa obseruantia non est potens ut faciat purgationem moræ, & hæc duo uidentur urgere, & concludere.

111 Et † tenendo hanc opinionem communem, non obstat dicta lex & si post tres, quia responsio Barto.est satis probabilis quod sit speciale in prætoriis stipulationibus, sicut uidemus alia spetialia ex eadem æquitate in eis. leg. pœnales. §. Iulianus. ff.ad legem falcidiam.& lege secunda. §.incertum.infra de prætor. stipulationibus. & no.in §. Cato.supra eodem. in secunda quæstione Bartol.Item ratio rationis potest esse, quia iudicium redditur in inuitum, & ipsi ex necessitate promittunt, quibus subuenitur. argumen.legis fideiussor.§. si necessaria. ff. qui satisdare cogantur. Tertio potest responderi, quod ibi illa purgatio est facta tam modico tempore trium, uel quatuor dierum quæ non uidetur haberi in consideratione, ut quasi perinde sit ac si non esset commissa mora, & potest dici quod illa lex procedit etiam in omnibus contractibus etiam extraiudicialibus, quia mora trium uel quinque dierum habetur pro non mora, & eodem modo potest dici ad capitulum potuit. extra de loca. & erit limitatio generalis saltem de æquitate canonica, tamen ei obstat unum, quia tex addit, infra tres uel quinque dies pluresue, & sic non se restringit ad illos modicos dies. Non obstat lex exceptionem. C. de probationibus, quia ibi est terminus legis inducens præscriptionem cũ priuatione ex eius lapsu facta, capitulo pastoralis. de exceptionibus, sicut in termino apposito ad appellandum. auth. ei qui. C. de tempo. appellatio.& in termino dato ad bonorum possessionem.lege prima. C. qui admitti. Non obstat lex Lutius.ff. de actio.empt.quia respondetur quod ibi non agitur ad pœnam. sed ad usuras secundum Nigrum hic, & etiam facta purgatione usuræ præteritæ debentur, & ueniunt soluendæ simul cum alio interesse. Secundo respondetur, quod ille tex.ponit casum spetialem in hærede qui possit moram purgare contra rigorem positum in dicta lege ad diem. & solum de hærede dubitat ille tex. an effectus moræ ad eum trahantur. Tertio respondetur, quod concordat.quia glo. ibi tenet contrarium, & uult quod ipse hæres neque principalis possit exhibere ad euitandum pœnam, declarando eo modo illum textũ non obstat lex qui Romæ.§. Flauius. ubi hæres admittitur ad purgandum moram, quia potest responderi eo modo quo dictum fuit ad dictam legem Lutius. Vel secundo potes respondere,

quod sit spetiale fauore libertatis ut ille possit purgare moram dando libertatem, cum sit utilius seruo iure directo eam habere quam per officium iudicis, uel aliam litem.

112 Et hæc opinio communis†in puncto iuris uidetur uerior, tamen quia repugnat æquitati, & quia paruum tempus non debet considerari in faciendo tantam priuationem & commissionem pœnæ quando actoris non interest, practica uidetur recepisse opinionem Petri ex quadam humanitate & urbanitate, & quoniam docto. dant responsiones iuribus allegatis pro communi faciliter iudices incurrunt in hanc opinionem, & permittunt sæpissime purgationem moræ. Et in
113 Regno†Neapolitano & Siciliȩ raro potest eueni re hæc quæstio, quoniam secundum eorum constitutiones non debetur pœna nisi quatenus concurrat cum interesse, quod interesse effectualiter non impedit purgationem moræ, quoniam semper solui debet, & eo soluto semper permittitur purgatio moræ, ut dictum fuit in prima & secunda oppositione. solum autem in compromisso cōtingere potest, in quo pœna promitti potest, & in contractibus de pace interuenien te consensu superioris, in tribus tamen casibus seruatur rigor etiam unius horæ, ut quando quis promisit de redeundo ad carcerem infra mēsem sub pœna, quia si non reddit elapsa hora incidit in pœnam, & non admittitur purgatio. & idem est quando quis habet domum pro carcere, ut ex solo pede apposito extra domum committatur pœna sine reparatione aliqua. Tertius est casus quando fideiussores promiserunt de aliquem prȩsentando totiens quotiens per curiam fuerit requisitus etiam si fuerit renūtiatus terminus ultramarinus, tamen quandiu fiscus nō exegerit realiter fideiussionem siue pœnam in fideiussione contentam permittitur purgatio præsentando reum, ea autem imbursata nō amplius auditur.

114 Et retenta† hac opinione communi quæ est de apicibus iuris, ut per Baldum consilio 383. in fine lib. quarto. & consilio 106. cum peteretur. libr. primo. & Soccinus. consilio. 199. columna quarta. libro secundo. dixit quod licet aliquando docto. sequantur opinionem Petri legendo, tamen practicando debemus sequi opinionem glo. & Barto. ueram, & idem repetit consil. 288. columna penultima. eodem libro. & Corneus cō silio 25. lib. secundo. Et omnino. & sequitur hic Rippa post omnes Moder. quæ ampliatur procedere quando est apposita dies & pœna ipso iure incurrenda, quia tunc lex facit exequtionem seu inducit præscriptionem, ut per glo. in capi. licet canon. de electio. in 6. & ideo uasallus qui nō fecit inuestituram intra diem & annum non poterit purgare moram, quia ipso iure cecidit in pœnam, secundum Alex. consi. 4. uiso themate. & hic per Rippam. Secundo ampliatur procedere quā do dies est prorogabilis ad nutum creditoris, ut si conuentum sit quod fiat solutio hinc ad ꝓximas calendas & ab inde in antea ad omnem re quisitionem creditoris. l. cum stipulatus sim mihi a Proculo. infra eodem. ubi Bar. & Angelus & Imo. notant, & idem uolunt Ang. Imo. & Ias. hic, & in l. si ex legati causa. supra eodem. qui tex. est multum notabilis ut dixi supra, quia interueniē te prorogatione uidetur esse quædam obseruatio & quidam consensus creditoris ad purgandum moram, & tamen illa non purgatur. Limitatur tamen multis modis. Et primo ut non procedat in prætoriis stipulationibus, dicta leg. & si post tres. sup. si quis cautionib. secundū per rationem Bar, hic, tamen Rippa dicit quod purgatio moræ conceditur de æquitate. d. §. sequitur, ergo etiam prȩtor in conuentionalibus uidetur quod debeat habere ȩquitatem ante oculos. d. l. quod si ephesi. ff. de eo quod cert. loco. sed tu dicas quod hæc fuit ratio cogitata a Petro, tamen potest responderi quod prætor seruat æquitatem quando non repugnat mens contrahentium, sed si repugnat, tunc desinit esse æquitas, ideo nō seruatur, & fundamentum huius regulæ est quia ita creditor sibi prospexit.

115 Limitatur secundo† non procedere quando dies adiecta fuit causa multiplicandæ obligationis, nam tunc in ultimis uoluntatibus permittitur purgatio moræ. l. j. de penu leg. in fi. non autē in contractibus. l. 2. C. de iure emphy. & rationē diuersitatis Bar. allegat, quia in contractibus obligatio & actio est statim nata pro omnibus annis. l. Stichū. §. j. sup. eo. in ultimis uero uoluntatibus est nata tantummodo pro primo anno, sed pro sequentibus nō est nata. l. j. C. de annuis leg. unde in ultimis uoluntatibus dicuntur plura legata, unum purū in primo anno. Aliud pro sequē tibus annis conditionale l. si in singulos. ff. de annuis le. merito in legatis dies adiecta causa multiplicandæ obligationis non constituit debitorem in mora; quia quando uenit dies anni non pōt simul nasci obligatio & mora. l. qđ dicimus. ff. de solutioni. & uoluit idem Bar. in l. interdum. & l. ita stipulatus. in 2. qu. princ. inf. eodem. Rippa tamen dicit quod hæc conclusio non uidetur uera, & in primis tex. in dicta l. 1. non uidetur probare, quia in ea parte qua permittitur purgatio loquitur in legato semel tantum facto & non in singulos annos. Item etiam ratio non uidetur uera, quia finis cuiuslibet anni constitnit hæredem in mora pro debito anni finiti, & principium anni sequentis inducit obligationem pro anno sequenti; ergo non est idem tempus, & quā uis esset idem tempus; tamen cum sint plura legata non uidetur inconueniens quod idem tempus operetur diuersos effectus respectu diuersorum, sed tu dicas quod limitatio Bar. non est uera in terminis propriis considerata, nam si conueniatur hæres pro primo anno potest purgare moram usque ad litis contestationem, & si dies est appositus non admittitur ultra illum diem, ut in principio dicitur. unde non obst. conclusioni, & in lequentibus annis non potest dici cōmissa mora quia nō est nata obligatio, & si est cōmissa poterit purgare moram usque ad litis contestatio-

stationem si iterum conuenietur ad pœnam nisi sit dies, & ita erit in omnibus sequentibus annis, ut idem semper sit quod in primo casu quando pro quolibet anno etiam pecunia multiplicata soluenda est, sed si esset unica pecunia cōstituta pro omnibus annis, & tunc commissa mora non poterit purgari in sequentibus annis, ut dicit idem tex. in fi. & æquiparabitur contractibus. Et nihilominus ibi quoque est apposita dies causa multiplicandæ obligationis, tamen nō potest fieri purgatio moræ, quia ab illa die neq; inducitur neque impeditur purgari, & propterea limitatio quam ponit Bar. est multum remota, & in paribus terminis non est uera, quia nihil noui adducit. Solum colligitur quod dies appositus causa multiplicandę obligationis non constituit quem in mora, & ideo non est tractandum de purgatione moræ.

116 Tertio† limitatur ultra Bar. non procedere in contractibus bonæ fidei. l. Lutius. ibi, neque eius hæres. ff. de actio. emp. & ita limitat Bal. per illum tex. in l. cum allegas. in 6. opposi. C. de usur. sequitur Paul. de cast. hic, & in d. l. & si post tres. & Areti. in d. §. sequitur. sed Rip. hic post Ias. in contrarium adducit glo. Bar. Alex. & Saly. in d. l. Lutius. Imo. Raphael. Alex. & Ias. hic, Alex. consi. 105. magnifice prætor. col. 4. lib. 3. quia in contractibus stricti iuris. l. eleganter. ff. de dolo. l. mora. §. in bonæ fidei. iuncta l. uideamus. §. si actionem. ff. de usur. ideo fortius tenetur obseruare reus in contractibus bonæ fidei quam stricti iuris, & ad plura tenetur ut habetur in §. omnium. instituta. de actionibus. ergo potius debet cogi obseruare in contractibus bonæ fidei, & non posse purgare moram ut magis incitetur ad obseruantiam. pro quo facit, quia & hoc seruatur in legatis quæ habent naturam bonæ fidei. l. in minorum. C. de in integrum restitutio. minor. Rippa uero hic pro limitatione adducit retorquēdo rationem, quia si est exuberantior bona fides ergo maior æquitas requiritur quam in contractibus stricti iuris, & ad illud quod grauior est mora in bonæ fidei contractibus, respondet quod imo mora læuior uidetur, sed tamen ratio communis fortior est, quia exuberantia bonæ fidei facit ut ad plura teneatur ex officio iudicis. d. §. omnium. ergo grauior est mora in eis, potest tamen dici, quod ille tex. probat communem opinionem declaratus ut per glo. ibi, quoniam uult quod non admittatur purgatio moræ, nihilominus Iason uidetur dare nouum intellectum, dicendo quod ibi pars contractus fuit impleta, ideo ex æquitate admittitur purgatio moræ etiam quod actū sit quod committatur pœna seu sit apposita pœna, dummodo postea promissio principalis in totum adimpleta fuerit. sed hic intellectus ut ipse fatetur confunditur per textum in dicto. §. Seia cauit. ubi pars contractus fuit adimpleta, & tamen seruatur ius commune, & idem probatur in dicta lege traiecticiæ, in principio. ideo Rippa dicebat quod limitatio uidetur esse uera, & confirmari potest per legem primam. ff. de pœnu lega. ubi in ultimis uoluntatibus admittitur quia habent naturā bonæ fidei. l. in minorū. in quibus causis in integr. restitu. non est necessa. quia maior æquitas seruatur, ergo fortius purgatio permittitur, & eandem opinionem etiam tenet hic Crotus, quia cum citius in eis committatur mora ut debeantur usuræ etiam facilius potest fieri moræ purgatio. leg. eum qui. digestis de iureiurando. Ruynus autem pro cōmuni allegat textum in lege qui fundum digest. de actionib. empt. ubi non permittitur moræ purgatio in contractu emptionis. sed respondetur quod in alio dicto ille text. probat contrarium, & facit uim in modo scribendi. Secundo adducit tex. in dict. l. traiecticiæ. §. fina. ubi in cōtractu emptionis non admittitur moræ purgatio, sed etiam responsum fuit supra qnod ibi iā facta fuit exequtio a lege, & sic apparet quod articulus est dubius, & uere si tenemus opinionem contra communem regula supra firmata reduceretur quasi ad nihilum, & esset melius tenere opinionem Petri, cum omnibus adductis pro communi responderi posset ut ibi dictum fuit.

117 Puto tamen† quod tex. in dicta l. Lutius procedat in casu suo, quia ibi dictum fuit, si res uenditæ non fuere exhibitæ per ipsum principalem & hæredem suum, unde uidetur quod sint duæ promissiones, una de principali & alia de hærede per ea quæ posuit Alciat. in. §. Cato. in primo notabi. supra eodem. dum allegat. leg. stipulatio ista. §. si quis ita. & §. sequ. supra eodē. hæres autē non potest esse in mora nisi post mortem defuncti, unde ibi admittitur ad soluendum quia non fuit mora, sed si non fuisset facta mentio hæredis inobseruantia defuncti transiuisset ad ipsum hæredem & non potuisset moram purgare, per. l. ad diem. inf. eo. & hoc modo etiā potest intelligi tex. in l. qui Romæ. §. Flauius. infra eo. ubi etiam dicam. unde teneas communē opinionem, quia hæc differentia contractus bonæ fidei & stricti iuris in pœnis non admittitur, per ea quæ ego late dixi reprehendendo Bar. in l. 4. §. Cato. supra eodem.

118 Quarto† limitatur non procedere quādo dies apponitur causa differendæ solutionis, secus si sit adiecta dies causa demonstrationis, ut in casu legis liber homo. §. decem hodie. infra eo. & per Ang. & Imo. & Alex. hic. Imo. & Paulum de cast. in dicto. §. decem. sed Rippa impugnat, quia & si in casu. §. decem. stipulatio non uideatur habere diem quantum ad effectum exactionis, uidetur tamen habere diem quantum ad pœnam. argumento. leg. talis scriptura. ff. de lega. primo. ubi dies fuit adiecta causa demonstrationis, & operatur effectum ut non comprehendatur in clausula quibus dies apposita non fuit, ergo operabitur ut stipulatio dicatur habere diem quantum ad pœnam, alioquin subdit ipse, adiectio diei esset superflua, quod non est dicendū. leg. si quando. ff. de leg. primo. & facit, quia ea die potest cōmitti mora si interpellatus dixisse

nolo soluere, quo casu nemo diceret non esse cõmissam pœnam, ergo dicendum est quod dies cẽsetur adiecta ad effectum committendi pœnam, Niger tamen dicit quod quantum ad substantiã obligationis ibi dies apposita nihil operatur, ergo nec etiam quantum ad moram, sed ego demõstraui contrarium, quia imo reddit inutilem. §. loca. insti. eodem.

119 Quinto limitatur† non procedere in die incerta quæ non impedit purgationem moræ secundũ Bal. in dicta l. magnam. ibi, certo tempore, & sequuntur Alex. & Mod. & Rippa hic, & infra in 6.

120 oppositione. Sexto limitatur † nõ procedere quãdo est actum quod ante illã diem uel post fieret interpellatio, secundum Ang. hic, & Ruy. in l. ita stipulatus. in 6. carta. inf. eo. quia hoc pactum est appositum fauore rei, & uidetur recessum a dispositione. l. magnam. & sit perinde ac si non esset dies apposita, & propter illud pactum no est certus debitor quando deberet ipse soluere, sed contrarium tenent Imo. & Alex. quia imo hoc cãsu duplicatur mora; & magis grauatur, ideo debet esse impurgabilis. argumento dicendorum infra in secunda parte principali, facit lex in illa stipulatione, supra eodem. ubi implementum conditionis non impedit naturam diei, tamen replicatur quod remanet dies quantum ad effectum ut teneatur ut dicatur cedere dies & uenisse dies quo possit agi, non autem quod constituat in mora, & hanc limitationem sequitur Rippa hic, quia qui uult admoneri non uult per diẽ incidere in moram, ergo si subsequta sit interpellatio dies non operatur moram, ergo si præcedit nec operabitur, & hoc etiam uerum, & siquidem est dies incerta non habet difficultatem ut in casu legis si decem cum petiero, supra eodem. nam quando non apponitur subintelligitur modicum tempus. le. quod dicimus. de solutionibus. & l. si cum dies. §. fi. supra de arbitr. & tamen si addatur (cum petiero) illud non inducit commissionem moræ, sed est necessaria interpellatio significata per uerbum (cum petiero) quod denotat admonitionem. dicta leg. si decem cum petiero, ergo eodem modo idem erit quando est dies certus, quia subaudiendo postea cum petiero, non remanebit dies nt tantummodo faciat actionem competere; non autem quod constituat in mora, cum ex conuentione sit necessaria interpellatio. Sinautem esset dictum quod interpellatio fieret ante illam diem, & tunc posset procedere opinio Imol. & Alexand. quia si uoluit ante interpellari præsupposuit quod mora fiat ante illam diem, & si postea superueniat dies necessario debet operari aliquid, & per consequens quod non possit purgari mora, & procedit ratio sua, quia tunc est mora duplicata, propterea dicas quod aut est actum ut interpellatio fiat ante diem appositum, & uerior est opinio Alexand. per suam rationem, si uero est actũ ꝙ interpellatio fiat post diem elapsum, & tunc procedit opinio Ang. & credo quod hæc fuerit eorũ intentio, & quod solum ęquiuocatio fuerit in modo concipiendi quæstionem.

121 Septimo limitatur† quando dies a lege est tacite subintellecta & illa exprimatur, quia tũc poterit purgari mora secundum Ang. hic, quia si exprimitur dies subintellecta, exprimitur quod tacite inest, ergo nihil debet operari. lege 3. ff. de lega. primo. sed Alexand. reprehendit per doctrinam Barto. in dicta lege. 3. colum. secunda. uersi. & hæc materia. quia quando dies est uoluntarius semper operatur expressio. l. talis scriptura. ff. de lega. primo. Ideo limitatio solum potest procedere quando exprimitur dies eo modo quo inest, ita quod nihil noui induci possit, secus si nõ exprimatur, ut hic per Rippam. Tu uero dicas quod nunquam exprimitur eo modo quo in est, per dictam legem talis scriptura. ff. de leg. primo. ideo limitatio a communiter accidentibus non potest esse uera nisi aliqua alia clausula adderetur.

122 Octauo limitatur† non procedere quando est actum quod mora possit purgari, quia tunc potest purgari cum partes possint renuntiare huic rigori. argum. legis penul. C. de pactis. secundum Alexand. hic, Iaso. & Nigrum, cum distinctione tamen quæ sumitur ex l. si stipulatus sim a Proculo. supra eodẽ, quæ in dubio habet sensum quod non possit purgari. Nono limitatur non procedere in leg. si pacto quo pœnam. C. de pact. & l. nuda. C. de contrahenda stipu. secundum Bal. in l. prima. colu. 13. C. de iis quæ pœnæ nomine, plus etiam addidit Niger. nu. 138. quod poterit purgare moram usque ad sententiam, per no. per Alex. Ias. & Barto. in l. ita stipulatus. infra eodẽ. quia propter pactum nudum mora constituitur solum per litis contestationem, ideo per eandem non potest impediri purgatio, unde expectatur sententia pro limite.

123 Decimo† limitatur non procedere quando instrumentum non est liquidum, seu quando promissio non est liquida uel certa, quia excusatur si non offert. Bal. in. d. l. magnam. & Alex. hic, per l. si statuliber rationem. ff. de statulib. Niger tamẽ sub dubio dicit quod deberet offerre se soluturum quando erit liquidum, & debet dare fideiussorem. d. l. statuliber. & per Ias. in l. quod te. col. 3. ff. si cer. pe. sed ego non puto uerum, quia allegata procedunt in libertate, uel in casu quo ex aliqua causa tenetur soluere, ut contingeret si aliquis uellet purgare moram existente interesse actoris, nam cum interesse impediat purgationem poterit offerre illud se soluturum quando erit liquidum, sed ubicunque non præcedit aliqua obligatio legis uel hominis nisi appsitio diei, tnnc illa dies non potest causare obligationem, quod teneatur offerre cum obligatione, cum illud procedat tantum in co qui uult purgare moram, sed quando instrumentum non est liquidum non potest dici, quod mora efficax fuerit causata, ideo resolutio stat in alio, an in tali instrumento præcedat aliquid quod committat moram, nam in purgatione erit necessaria illa oblatio cum fideissione, sed si non ap-

paret

t

pareret secus erit.

124 Vndecimo limitatur † non procedere quando incontinenti post tempus elapsum fieret purgatio, quia quæ fiunt incontinenti inesse uidentur. arg. l. lecta. ff. si certum peta. & per Decium in le. petens. C. de pact. & hoc tenent Ang. & Imol. in l. si quis instituatur. de hæredib. insti. & sequitur Claudius hic, nisi prius esset facta exequtio. Et ideo sequitur quod post litis contestationem etiã posset purgari mora incontinenti, per ea quæ nota. doct. in l. ædita. C. de edendo. de emendatione & mutatione, ubi Ias. colu. 5. & Decius, Niger uero tenet contrarium, quia per litis contestationem factus est quasi contractus. l. 3. §. idem scribit. ff. de pecul. a quo non potest pars recedere ẽt incontinenti. l. sicut. C. de actionib. & obligationib. sed ipse dicit contra dictam legem lecta. ubi pactum fuit factum post stipulationem perfectã, & tamen corrigit ipsam stipulationem, eodem modo illud erit in ipso quasi contractu ut mutari possit, per legem petens, & per ea quæ dicuntur de emendatione & mutatione in dicta l. edita. in die uero apposita a contrahentibus nulla potest esse dubitatio quin etiam ea elapsa per tres uel quatuor horas uel etiam unam diem admitteretur purgatio, stante maxime disputabili articulo, an opinio Petri uel Bar. uera sit.

125 Quinto † opponit Bar. contra prædictam conclusionem supra firmatam, quod dies & pœna impediat commissionem moræ etiam per modicũ tempus, quæ conclusio transiuit in unum ex principalibus articulis istius matetiæ, cum habeat & suas ampliationes & tot limitationes, opponit igitur Bar. de lege qui Romæ. § Flauius. infra eodem. ubi fuit dies saltim tacita & pœna, & tamẽ admittitur purgatio moræ ut hæres possit manumittere & euitare pœnam, soluit ipse quod regula procedit quando est apposita dies & pœna, in dicto uero. §. non erat apposita dies, sed solum pœna, & appositio solius pœnæ non impedit commissionem moræ, & si dicatur prout uolebat And. de pis. quod imo ibi est dies, ex eo quia saltem subintelligitur dies admonitionis, cum petiero, per legem si decem cum petiero. supra eodem. Respondet Barto. fatendo quod subintelligitur, tamen dicit quod illa est dies incerta quæ præuideri non potest, & illa non constituit in mora, & solum conclusio procedit quã do est dies certa, quæ præuideri potest, quia tũc simul cum pœna impedit purgationẽ moræ.

Et sic in effectu facit tres conclusiones diuersas. Prima est, quod in. §. Flauius apposita fuit dies tacita incerta quæ præuideri non potuit. Secunda, quod quando est dies tacita incerta, & pœna potest purgari mora. Tertia, quod quando est dies tacita certa quod impeditur purgatio moræ, quæ omnes sunt dubiæ. Et contra †
126 primam quod imo dies certa subintelligatur in dicto. §. Flauius. est tex. in l. fi. ff. qui sine manumiss. ad liber. perueniunt. ubi expresse dicitur, quod quando aliud non fuit conuentum subintelliguntur duo menses inter præsentes, & quatuor inter absentes, ergo in dicto. §. Flauius. erat tempus tacitum duorum mensium, & non incertum, præterea tex. in dicta lege si decem cũ petiero, non facit in proposito, quia loquitur in obligationibus dandi. dictus uero. §. Flauius. loquitur in obligationibus faciendi, in quibus si est manumissionis promissio seruatur tempus positum in dicta lege fina. si uero est aliud factũ promissum subintelligitur tempus quo commode fieri possit, per textum nostrum hic. & lege continuus. §. item si quis insulam. infra eodem. cum similibus, & sic semper est dies certus, imo etiam in obligationibus dandi subintelligitur dies certus, scilicet decem dierum, dicta l. quod dicimus. ff. de solutionibus. & l. si cum dies. §. fin. supra de arbi. & si apponatur illud uerbum expresse (cum petiero) tunc nullum diem inducit, sed præsumptum prohibet, & uult quod non teneatur debitor nisi sit admonitus, & sic nunquã uerum est quod subintelligatur tempus (cum petiero) quia fallacia fuit, cum aliud tempus subintelligatur, & nunquam illud uerbum (cũ petiero) subintelligitur, imo si appositum sit impedit alium diem subintelligi, unde remanet, ꝙ intellectus Bartol. & Andr. de pisis ad dictum. §. Flauius non potest procedere quod subintelligatur dies qui præuideri non possit, cum imo subintelligitur tempus certum quod præuideri potuit.

127 Secunda † etiam est conclusio Barto. quod quã do est dies tacita incerta & pœna potest purgari mora, quæ similiter non est uera, nam ut dicit hic Iason. ipse præsupponit quod dies tacita incerta inducat commissionem moræ, quod tamen falsum est, quia imo non est habilis ad cõmittendam moram per ea quæ posuit idemmet Bartol. in lege ita stipulatus. in sexta quæstione. infra eodem. ubi dixit quod dies conditionis superuenientis uel alia dies incerta non inducit commissionem moræ, & ideo oportet, quod labatur aliud tempus tacitum magis certum, ergo si non est commissa mora illa non potest purgari, & sic tunc non est tractandum de purgatione, ideo si ipse Bartol. uolebat præsupponi diem incertam debebat dicere, quod non facit in proposito de purgatione moræ, quoniam tunc nulla dicitur commissa mora, & facilius euitasset contrarium.

128 Tertiam conclusionem † posuit Bartol. quod quando est dies tacita certa cum pœna impeditur purgatio moræ per textum in dict. l. 1. de penu lega. ibi, nisi aliud tempus in uerbis uel ex mente appositum fuit, nã per dictionem (ex uerbis) intelligit de die expressa, & per dictionem (ex mente) intelligit de die tacita, & ex ea infertur, quod in tex. nostro si esset apposita pœna impediretur purgatio moræ, quia est dies cum pœna, quod tamen est contra ea quæ dicentur infra super sexta oppositione. nam illa non impedit purgationem, & si dicatur quod illa fuit apposita a lege, respondetur quod illa uenit prius ex tacita mente contrahentium declarata per. l.

ſicut dicitur de iure accreſcendi quod in diſpoſitione hominis uenit ex uoluntate teſtatoris declarata per legem, ſeu cōcurrente l. diſpoſitione. & plene dixi in rubr. C. quando non petentium partes. unde ſuccedit ratio quam ponit Bartol. in dicta ſexta oppoſitione, quod lex poteſt auferre auxilium ſuum, & regula Barto. ſolum procedit quando eſt dies expreſſa ab homine. Non obſtat dicta l. prima. de penu lega. quia ille text. intelligitur de tacita die appoſita a teſtatore cū clauſula quod ulterius non poſsit purgari mora, nam tunc propter eius uoluntatem impeditur purgatio, nec dicatur quod eſt diuinare, quia ibi neceſſario hęc concluſio uenit a contrario ſenſu, qui ſenſus contrarius intelligitur in eiſdem terminis, ut habetur in lege prima. §. huius rei, per Decium, ubi etiam dixi ſupra de officio eius. ideo cum ibi diceretur quod permittitur purgatio moræ uſque ad litis conteſtationem pro termino præfixo, ergo ſi erit appoſita dies tacita intelligetur cum termino præfixo ut non poſsit ulterius purgari mora.

Propterea reſoluendo principale contrarium dicas, quod tex. in dicto. §. Flauius. non obſtat, quia non eſt appoſita dies expreſſa, & regula procedit quando eſt appoſita dies expreſſa, & pœna, & ſi dicatur quod imo ſubintelligitur dies tacita per dictam legem finalem. reſpondetur, quod dies tacita non impedit purgationem moræ, quia opportet quod ſit expreſſa, ut ſeruemus dictum rigorem.

129 Secundo etiam ultra †doct. tu potes reſpondere ad dictū. §. Flauius. quod ibi nulla mora erat commiſſa per hæredem licet a teſtatore fuiſſet commiſſa, & quoniam in donatione erat dictum (ſi manumitteretur ab ipſo donatario uel eius hærede) uidetur eſſe quædam duplicata conditio in perſona hæredis, ut ipſe non conſtituatur in mora per factum defuncti, ſed ſolum per factum ſuum, argumen. eorum quæ habentur in le. ſtipulatio iſta. §. ſi quis ita. ſecundo reſponſo. ſupra eodem. & poſuit Alciat. in. §. Cato. in primo no. quando ſit mentio de hærede. Igitur ſi hæres non eſſet in mora nimirum ſi potuit manumittere & euitare pœnam incurſam per teſtatorem, nam propter duplicatum factum permittitur ibi purgatio, & ſic habebis aliam limitationem per illum textum.

130 Ex quibus infert †Alex. ad quæſtionem quādo pater promiſit uel alius conſanguineus quod cū erunt perfectæ ætatis ipſi principales conſanguinei ratificabunt contractum. nam ipſe promittens non poterit conſtitui in mora re ipſa ſine interpellatione, quia dies incertus ut dictum fuit non conſtituit in mora etiam quod præuideri poſsit ſecundum Bald. in dicta leg. magnam. de contrahenda ſtipulatione, quia cum poſsit quis probabiliter errare in illo tēpore. ideo præuidere non potuit, & ſequitur Iaſ. in dicta l. ſi ſtipulatus eſſem. ſupra eodem, & hic, ſed Ruy. tenet deciſionem non autem rationem, quia imo conſanguineus potuit præuidere & potuit eſſe certus propter cōuerſationem uel ſaltem ſe informare, arg. l. de tutela. C. de admini. tuto. Dom. in ca. ſi. de electio. in 6. & Alex. conſi. 2. uol. 5. ſed tu potes reſpondere quod tex. in d. le. de tutela loquitur in caſu quo eſt ſuſpitio fraudis & tractatur de præiudicio minoris, regulariter autem non pōt ſe informare, uel ſaltem non poteſt habere illam exquiſitam ſcientiam ut certitudinem natiuitatis habere poſsit, cū multi ſint parentes qui etiā hæc ignorare poſſunt, & de facto euenit, ideo conſuetudo eſt Bononiæ ad tollendas iſtas difficultates quod compatres manu propria in libro deputato ſcribant diem quo baptizant puerum, & propterea apparet ꝙ non potuit habere plenam certitudinem, & ꝙ non bene potuit prouidere, & ſic non cōſtituetur in mora, facit etiam tex. in §. fi. inſti. de ſtipul. ſer. ubi ſi quis ꝓmittit dare fundum, ſubintelligitur tempus quo commode fieri poſsit, quod tempus poterat cogitari, & tamē requiritur interpellatio. ſi tamen aliquis ſe obligaret curare eum ratificaturum etiam quod non ſit requiſitus, & tunc poterimus dicere quod cōſtituetur in mora elapſo tempore quo potuit ſcire eius maiorem ætatem, & quo potuit procurare quod ille ratificaret, tutius eſt tamen ſemper quod fiat interpellatio, uel ponatur illa clauſula ut per Decium in conſil. 323. cum ſit quod nobilis uir Carolus.

131 Sexto †opponit Bar. contra dictam concluſionem generalem quod quando dies & pœna eſt appoſita non poteſt purgari mora, de tex. in dic. §. Seia cauit. ubi erat dies certa, & tamen impeditur purgatio moræ. Soluit ipſe quod concluſio ꝓcedit quando ab homine ponitur dies & pœna, ſed ubicunque ponitur dies tantum, tunc nō impeditur purgatio moræ, & ſi dicat̄ quod imo ibi eſt dies & pœna, quoniam ſuccedit intereſſe poſt moram, quod dicitur eſſe pœna legalis. l. j. §. fi. cū glo. ff. ſi quis ius dicenti non obtemperauerit. reſpondet quod illud non ſufficit, quoniam requiritur quod pœna ſit appoſita ab homine, intereſſe uero ſubrogatur ex diſpoſitione legis, quod non poteſt impedire purgationem, nam quando lex ſubrogat pœnam ex æquitate poteſt eam auferre per purgationem, ſecus quando apponitur ab homine, quoniam lex ſuum non tibi tuum denegat auxilium. glo. uulgata in l. aſsiduis. C. qui potiores in pigno. habeantur, & in l. j. C. ſi aduerſus uenditionem. Item fortior eſt pœna quæ ponitur in ipſis contrahentibus in fauorem creditoris quam illa quæ apponitur a lege, quoniam fortius eſt priuilegium quod quis habet ex prouiſione ſua quam quod habet ex prouiſione alterius. l. ſi filius. §. erit. cum glo. ff. de fideicommiſſ. liberta. & lege quod principi. & lege ſi Auguſtæ. ff. de leg. ſecundo. cum ſimilib. Item mitius agitur cum lege quam cum homine. lege Celſus. ff. de arbitris. & cum lex apponat pœnam, ipſa mitius agit permittendo purgationem, quam ſi apponatur ab homine, & propterea concludit quod licet in dicto. §. Seia cauit pœna ſubrogetur a lege pro intereſſe tñ non impedīt purgatio moræ,

moræ & sic per illum text. datur limitatio alia ad dictam conclusionem firmatam, ut non procedat quando pœna est subrogata a lege, quia requiritur quod utrunque ab homine sit expressũ & dies & pœna, & si opponatur subdit Bar. quod imo ibi est pœna hominis, quia ex conuentione promissæ fuere usuræ, respondet ipse quod non sunt promissæ pro pœnæ inobseruantia, sed pro principali debito ut exigerentur tanquam sors principalis ut hic per eum.

Ex cuius dictis colliguntur aliquæ conclusiones concernentes intellectum tex. in dicto. §. Seia cauit. & quoniam super eis multum laborant doctor. se inuoluendo & extrinseca immiscendo cũ æquiuocatione, ideo in eis debes seruare alium
132 ordinem quam ipsi faciant, & prima † est conclusio, quod in §. Seia cauit, non fuit apposita pœna ab ipsis contrahentibus seu ab ipsa muliere, quoniam illa uoluit ut numeraretur integra pecunia infra Calendas Aprilis, & reciperet hortos, & si non numeraret, quod dictus Lutius Titius non possit petere hortos, neque agere ex stipulatu, ideo non soluendo pecuniam incidit in pęnam priuationis & iuris sui & actionis ex stipulatu. & priuatio actionis uel iuris sui est uera pœna l. in criminali. ubi no. C. de iur. omnium iudi. & ita in spetie tenet Bald. in dicta le. & si post tres. car. fi. dicens quod in dicto. §. Seia fuit tacita pœna, scilicet liberatio debitoris contingens ex mora creditoris per text. in l. si super possessione. C. de transactionibus. & l. si a te. C. de pactis inter emptorem & uenditorem, & replicat ipsemet Bald. in repetitione dictæ leg. & si post tres. col. fi. dicens quod priuatio iuris & actionis mandati est pœna in dicto. §. Seia posita, & omnis priuatio est pœna. l. 1. C. de iis quæ pœnæ nomine, & si dicatur quod in materia nostra illa priuatio non capitur pro pœna, sed opportet ꝙ interueniat promissio certæ pecunię extrinsecus impositæ. respondet Ias. quod imo est pœna conueniens materiæ nostræ, & per quam impeditur moræ purgatio. l. traiecticiæ. §. fi. supra de actio. & obligationibus. ubi si in pacto l. commissoriæ si non soluatur pretium infra tempus impeditur purgatio moræ quia est pœna apposita quod res sit inempta, & sic inducatur priuatio iuris morosi, ita ergo in dicto. §. Seia priuatio iuris morosi debet esse pœna sufficiens ad non purgandã moram, & sic ibi dicitur interuenisse appositio pœnæ facta ab homine. respondet Iaso. quod imo illa pœna non est apposita ab homine sed est pœna legalis proueniens ex dispositione legis propter tacitam partium conuentionem, quoniam ibi non fuit illa pœna priuationis, & resolutiua obligationis apposita expresse ex conuentione partium sed ex tacita mente tantummodo sumitur. in dicto. uero. §. fi. & in pacto legis commissoriæ pœna, resolutiua quod res sit inempta expresse apposita fuit a contrahentibus, itẽ ibi est alia ratio, quoniam incontinenti sequitur executio legis quæ ipso iure transfert dominium de emptore ad uenditorem, ut habetur in l. 1. & 2. ff. de l. commisso. ideo cum ibi sit pœna legalis succedit conclusio Barto. quod facit limitationem, non autem contradicit conclusioni.

133 Sed hæc responsio † non uidetur esse tuta, quoniam imo uidetur præsupponi in illo text. quod hæc pœna priuationis fuerit apposita a contrahentibus, ex eo quia super ea erat fienda dubitatio & decisio & ibi dicitur conuenisse partes si uniuersam summam solueret acciperet hortos, & si plus non fuisset dictum in contractu non cõueniebat thema decisioni, ideo est necessarium dicere quod ulterius partes processissent, ut in casu quo non solueretur uniuersa pecunia ille nõ acciperet hortos & priuaretur iure suo, nam tũc postea succedit probabilis dubitatio & decisio, & sic uirtualiter probat litera quod interuenit pœna a partibus apposita cum die, & iste intellectus uidetur multum probabilis. Vnde probabiliter potest constitui una tertia opinio, quod admittatur purgatio moræ, & quando est apposita dies & pœna infra modicum tempus, quinque, octo, & decem dierum, quæ efficaciter probabitur in d. §. Seia cauit, declarato ut supra. & d. l. & si post tres concordabit cum ea, non diuinando ad eam neque restringendo, & etiam con cor. d. c. potuit. de locato. ibi, celeri satisfactione, non faciendo differentiam inter ius canonicum & ius ciuile & fiet conclusio, quod dies & pœna prohibent purgationem moræ fieri ex longo interuallo, sed tamen permittitur fieri per modicum tempus, & tunc concordabit postea tex. in dicto. c. potuit & cap. si propter sterilitatem. ex. de loc. in uerbo celeri satisfactione, & uidetur multum æquissima opinio ut dicamus, quod omnia iura allegata pro communi opinione restringantur per illa tria iura, ut nunquam sit prohibita purgatio moræ infra modicum tempus quando non interest actoris & non est ius eius effectum deterius, quod multum nota.

134 Si tamen † uis defendere communem opinionem potes dicere quod imo hæc pœna priuationis non fuit apposita a contrahentibus, ut patet in litera, sed solum illa uenit per argumentum a contrario sensu, ut si non numeraret pecuniam non acciperet hortos, & quę ueniunt a contrario sensu dicuntur tacite uenire & per interpretationem. l. apud antiquos. C. de fur. & no. in l. pri. §. huius rei, ubi dixi. post Decium. ff. de officio eius. ideo non dicitur proprie expressa, & conclusio requirit quod dies & pęna in uerbis exprimatur, & non sufficit quod tacite ueniat ex mente contrahentium, & ita declarando per illum tex. datur limitatio ad regulam ut procedat quando uerbis spetialibus dies & pœna fuit expressa, secus si tacite etiam per argumentum a contrario sensu, & est magna limitatio, alio modo data quam fecerit Bar.

135 Et dum postea † dicit quod ibi usuræ non ueniunt loco pœnæ sed in principali sorte, obstat tex. in l. 4. C. de usur. coniuncta l. qui siue, ubi Bartol. supra de neg. gest. & in l. lecta. uersi. pœnę nomine. supra si cer. petat. ubi dicitur ꝙ usuræ sunt

pœna,& no.Barto.in l.cum stipulati sumus.infra eodem,sed tamẽ Bar.potest defendi ex intentione eiusdem Iaso.quia tunc usuræ sint pœna quando post moram cõmissam in principali exiguntur in pœnam contumaciæ, sed quando exiguntur ex conuentione partium sorte existente pœnes debitorem ex eorum uoluntate tunc non dicuntur pœna sed dicuntur sors principalis, seu accessiones ad sortem,interest enim an usura debeatur ex retentione sortis contra uoluntatẽ creditoris, & tunc dicuntur esse pœna, an uero debeantur ex uoluntate utriusq; pro tempore quo sors ex conuentione remanet pœnes debitores, ut etiam habetur in dicta l.lecta.§.si. sed in di. §. Seia. ex uoluntate mulieris ipse Lutius Titius retinebat pecuniam usque ad Calendas Aprilis, ideo usura proueniens non fuit pœna, sed fuit sors principalis,unde in hoc bene dixit Bart.

136 Tertia † conclusio Bart. quod in dicto.§. Seia. interesse subrogatur ex dispositione legis,& ꝙ illud non impedit purgationem, & uidentur pertransire Doct.qui laborant super ratione diuersitatis,& Bartol. allegat tres rationes supra relatas extrinsecas, & aliam addit Ias.ut hic per eũ, sed tamen non aduertunt quod ipsi expresse dicunt contra illum tex.& quod oculos habuerunt & non uiderunt. nam text.expresse dicit quod si interest actoris impeditur purgatio moræ & ipsimet notauerunt in prima oppositione, ergo interesse seu pœna subrogata a lege impedit purgationem moræ, & si dicatur quod imo non impedit quia soluendo illud interesse potest purgari mora, ut in dicta prima oppositione, respondetur quod idem erit etiam in pœna,quia si debitori placebit offerre pœnam, & soluere pœnã nihil impedit quin possit purgare moram,quoniam creditor nunquam negaret, cum exigendo utrunque haberet plenam utilitatem,iuxta l. rescripto.§.si pacto.ff.de pac.ideo necessarium est, si quis uult defendere Bartol.quod dicat duplex esse interesse, uidelicet interesse extrinsecum extra ualorem ipsius rei excedens illum,& interesse intrinsecum consistens in ualore rei.primum interesse impedit purgationem moræ, & de eo loquitur dictus.§. Seia cauit.Aliud uero non impedit per textum nostrum hic. & distinxerunt doc. in di.prima oppositione, & ibi secutus fui.

137 Sed tamen † adhuc durat scrupulus magnus, quia text. in dicto.§.Seia cauit. loquitur de obligationibus dandi si numerasset uniuersam pecuniam, in quibus nunquam succedit obligatio ad interesse respectu æstimationis rei, & solum potest euenire ultra æstimationem ex causa extrinseca,ut dixit ipsemet Barto.in l.stipulationes nõ diuiduntur,in 8.& .9.oppositione. ubi omnes notant,nisi re perempta.l.si seruum.§.fin. supra eodem.& l.in re furtiua.ff.de condictio.furt.& nisi in contractibus innominatis.l.naturalis.§.pri.supra de præscrip.uerb.& not.omnes & sequuntur in le.4.§. Cato. supra eodem.unde apparet quod obiectio facta per And.de Pisis fuit uana,& uentosa,quia in d.§.Seia cauit,non poterat esse pęna legalis ad interesse, & si considerabatur,illa impediebat purgationem moræ, & concluderet cõtrarium. unde ad obiectionem And. de Pisis Bartol. debebat facilius respondere & dicere quod ibi nulla est pœna legalis neque subrogatio ad interesse respiciens ualorẽ ipsius rei principalis.

Sed tamen quia extra dictum. §. Seia cauit. in obligationibus faciendi illa oppositio poterat fieri in quibus succedit obligatio ad interesse, per dictam l.stipulationes,uersi.Celsus.cum materia. supra eodem, ideo necessaria est examinatio & resolutio contrarii. unde Bart.dixit quod illud interesse non est pœna hominis sed est pęna legis quæ non impedit purgationem moræ, ut probatur in text.nostro, etiam quod sit pœna apposita, per tres rationes assignatas per Barto. sed Iaso. contra seas opponebat, quoniam pœna quæ continet merum odium & duritiem, lege si seruus ea lege.ff. de seruis exportand. est habilis ad impediendam purgationem moræ in fauorẽ creditoris lucrantis cum odio alterius,ergo tanto fortius interesse quod est fauorabile,& per illud creditor nihil lucratur, sed consequitur suũ & resartionem damni habiti tanto magis deberet impedire purgationem moræ,& facere quod creditor recipiat, cum fauorabilior sit causa dãni euitandi quam lucri captandi, & præferratur. l.fin.§.licentia.C.de iur. deliberand. & per consequens fortius propter interesse debet impediri moræ purgatio,quam per pœnam, & responsiones Barto.seu eius rationes non sunt sufficientes ad faciendum quod possit purgari mora, quoniam non tollunt iniquitatem ut reus contumax lucretur & actor patiatur damnum ex contumacia alterius, iuxta.l. eleganter.ff.de dolo.Iaso.autem hic respondet aliter dicens quod causa non impediendi purgationem in pœnam non est solum propter expressionem factam a parte de pęna, sed causatur ex incertitudine interesse, quoniam pœna plærunque est certa.l.4.§.Cato.supra eodem. ibi,pœna certæ pecuniæ promissa,interesse uero est incertum,quia quotidie crescit,& est difficilis probationis, & posset reduci ad minimum.§.fin.insti.de uerborum obligatio.& l.fina. ff.de prætor.stipulationi. & ideo iudex debet illud declarare, quia ex tempore crescit & potest cessare.l.qui autem.§. pri.ff. si quis cautionibus, & §.curare.instit.de actionibus. Igitur in interesse concurrunt duæ qualitates,una, quod præuideri non potest an accidat, uel quando contingat. Secundo,quia est incerta quantitas,quæ non sunt in pœna, quoniam pœna est semper certa, & ipse promissor potest præuidere quod eã incurret, unde sicut dies incertus, & qui præuideri non potest non impedit purgationem moræ, sed dies certus & qui præuideri potest impedit purgationem, ita etiam pœna quæ est certa, & quæ præuideri potest impedit purgationem moræ & non interesse,arguendo de tempore ad rem l.uinum.ff.si cer. pet,ut hic latius per eum.

138 Quę tamen † ratio sua fragilis est ualde & multum remota, quoniam quod admittatur purgatio

tio morę non inspicitur an pœna sit certa uel in-
certa, sed inspicitur tantummodo, an ipse sit in
contumacia, & impeditus fuerit ex conuentione
partium facere purgationem, & argumentatio
de tempore ad rem non ualet quando militat di
uersa ratio, ut habetur in dicta leg. uinum. in hoc
autem est magna ratio diuersitatis, quoniam si
dies est certus & pręuideri potest non habet ex-
cusationem, unde committit plenam contuma-
ciam, sed quando est incertus uel præuideri non
potest non committit tantam contumaciam, id-
eo est dignus uenia quod possit purgare morã,
sicut dicitur de citato contumace qui dixit nolo
uenire ut propter contemptum iudicis non pos
sit appellare, & ille qui non protulit illa uerba,
quia est ficte cõtumax est dignus uenia, & potest
appellare, ut habetur in leg. ab eo. cum concord.
C. quomodo & quando iud. præterea huic ratio
ni obstat, quoniam imo interesse quamuis incer-
tum impedit purgationem moræ, ut patet in fi.
dicti. §. Seia cauit. & dictum fuit in prima op-
positione.

139 Propterea † melior ratio potest assignari, ꝙ
ideo interesse non impedit purgationem moræ
quoniam per uerum adimplementum omne dã
num consequitur ipse actor, & purgatio moræ
fit per adimplementũ ut dixi in præmissis, ideo
si actor habebat damnum propter non factum
opus illud resarcitur sibi propter adimplemen-
tum faciendo opus, & hoc de interesse respicien
te æstimationem rei, sed si excedat ualorem rei,
tunc non est necessarium assignare rationem di-
uersitatis quia impedit purgationem sicut & pœ
na, unde est necessarium quod uere soluatur ut
resarciatur damnum sicut & ipsa pœna, unde ui-
des, quantum uacillauerint Doct. in intellectu
dicti. §. Seia cauit.

140 Ex ratione † tamen assignata per Iaso. infer-
tur, quod si pęna esset incerta, ut illam quam de-
clarauerit Titius, quod posset purgari mora, quo
niam præuideri non posset, ut hic tenet Angel. in
penul. quæst. & econtrario si interesse est certum
& taxatum in quæstione, ut euenit in lege fin. ff.
de prætor. stipulatio. quod tunc impediret com-
missionem pœnæ, & ita in spetie tenet Bald. in
dict. l. & si post tres. in repetitio. in. 1. quæstione.
col. 15. uersi. ex prædictis. & sequitur hic Ias. qui
dicit quod tunc est pœna, sed male, quia imo di-
citur illud esse interesse taxatum, & habetur in d.
§. Cato. & in rub. C. de sentẽtiis quæ pro eo quod
interest. Rippa autem hic dicit quod hoc funda-
mentum Iaso. est satis insipidum, quia purgatio-
ne moræ non tollitur interesse imo simul exigi-
tur ut in prima oppositione, de quo supra dictũ
fuit, sed tu adde quod illationes non sunt ueræ,
cum pœna etiam incerta impediat purgationem
moræ, dicta l. traiecticiæ. ff. de actio. & obligatio
nib. secundum intellectum Barto. nec secunda il
latio est uera, quia interesse conuentum certifica
tum impedit purgationem moræ sicut interesse
incertum, dicto. §. Seia cauit. in fi. & si est interes-
se respiciens ualorem facti promissi, tunc quam-
uis esset in conuentionem deductum non impe-
diret purgationem, quia per implementum facti
illud consequeretur, sicut si non esset conuentũ,
quinimo pœna quæ succedit loco interesse, ut usu
ra, non impedit purgationem moræ, quia solui-
tur cum ea secundum intellectum quem ego de-
di ad dictam. l. traiecticiæ. & ideo sicut neq; ra-
tio Iasonis est uera consistens in incertitudine,
ut dixi, eodem modo nec illationes sunt ueræ &
non inspicimus quantum ad facultatem purgan
di moram an pœna uel interesse sit certum, uel
incertum, sed solum an dies sit certus & præuide
ri possit ut inducat contumaciam, & ratio differ
rentiæ uera est quam adduxi, quia per adimple-
mentum interesse consistens in ualore rei cum to
to damno plene consequitur actor quod non est
in pœna, neq; in interesse excedente ualorẽ rei.

141 Instat uero † Rippa hic prædicta ommittens
super rationibus assignatis per Barto. & Iaso. &
primo dum allegat rationem, quia mitius agi-
tur cum lege quam cum homine. l. Celsus. ff. de ar
bitr. dicit eam non esse ueram, quia ubi agitur
de actu annullando durius agitur cum l. quam
cum homine, secundum Bar. infra in 8. oppositio
ne, & in l. amplius non peti. infra rem ratam ha-
beri. purgare autem moram ad euitandam pœ-
nam nihil aliud uidetur quam annullare obliga-
tionem acquisitam ad pœnam. Soluit ipse quod
durius agitur cum lege in annullatione actus eo
respectu quod ipsa lex fortius & efficacius annul
lat quam homo, non eo respectu quod lex faci-
lius remittat suam pœnam quam pœnam homi
nis, & sic subsistit. Secunda ratio assignatur per
Bart. quia eadem æquitate qua lex inducit pœ-
nam, idest interesse, eadem æquitate eam tollit,
faciẽdo quod possit purgari mora, quæ ratio ces
sat in pœna conuentionali, cum lex facilius de-
neget suum auxilium tibi, idest interesse, quam
tuum auxilium, idest pœnam a te stipulatam. l. j.
cum glo. C. si aduers. uend. & l. assiduis. C. qui po
tio. in pigno. habeantur. dicit tamen hanc ratio-
nem non uideri tutam, quia ea attenta sequere-
tur quod emphyteuta posset de iure ciuili purga
re moram. contra l. 2. C. de iur. emphyteuti. & cõ
* tra communem * sententiam Doctor. uolentium
quod dispositio capitu. potuit. de loca. procedat
solum in emphyteu. ecclesiæ. defendendo dicit ip
se posse teneri emphyteutam admitti ad purgan
dam moram etiam de iure ciuili infra modicum
tempus, & tex. in dicta l. 2. procedit facta decla-
ratione, & opinio communis, quod dictum capi
tulum potuit procedat solum in emphyteutis ec
clesiæ habet locum respectu biẽnii statuti ad in-
currendam pœnam caducitatis quæ in aliis non
incurritur nisi per lapsum trienni, dicta l. 2. Non
autem intelligitur respectu purgationis, quæ ta-
men declaratio sua uiolat utrunque text. postea
dicit quod imo interesse uenit ex stipulatione
ex mente contrahentium concurrente prouisio-
ne legis, ut per gl. in dicta. l. stipulationes nõ di-
uiduntur, ergo non uidetur admittenda purga-
tio moræ tanquam interesse utroque iure debea

tur. soluit ipse quod per purgationem moræ cessat totale interesse creditoris, quod in purgatione representatur, sed pœna conuentionalis per purgationem tota auffertur & non representatur, ergo æquius est quod admittatur purgatio ubi est dies & pœna legalis, quam ubi est dies & pœna hominis, & istam dicit esse rationem magis naturalem & meliorem quæ in proposito possit assignari. Item dicit quod ratio assignata per Iaso. est modici momenti, quia argumentum de tempore ad rem & econtra nõ ualet quando subest diuersa ratio. §. ad certum. iuncto. §. sequenti. insti. qui testa. tuto. dari possunt, hic autem militat diuersa ratio, quia incertitudo diei est in debitore ante contractam moram, ideo excusat eũ ab incursione moræ, incertitudo uero quantitatis interesse non consideratur nisi post moram, merito non potest excusare debitorem a mora. Addit tamen quod postea opinio Iaso. sibi placet, quia expresio eius quod tacite inest facta eo modo quo inest nihil debet operari. l. 3. ff. de leg. primo. l. non recte. C. de fideiusso. in obligationibus autẽ facti tacite inest obligatio ad interesse cum incertitudine, merito si exprimatur cũ incertitudine expresio nihil operatur, per l. insulam, infra eodem. iuncta l. stipulationes non diuiduntur. §. si quis ita, ut hic per eum multum inuolute nu. 51. & 52.

142 Tu uero dicas † quod neque rationes Bartol. neque ratio Iasonis, neque ratio Rippæ est bona. nam omnes confunduntur per tex. in d. §. Seia cauit. in fin. dum uult quod interesse actoris impediat purgationem moræ, & licet intelligatur ut dixi de interesse supra ualorem rei, tamen semper uerum est quod subrogatur a lege, & est pœna legalis, & est incertũ ante moram & post moram, ideo per rationes istorum doct. opporteret dicere quod tale interesse non impedit purgationem, sed tamen contrarium ibi dicitur, & approbauerunt omnes in dicta prima oppositione, ideo istę rationes nihil concludunt, & inuicem se confundunt.

143 Propterea † tu dicas utsupra rationem esse, quia interesse respiciens ualorem rei est idem cũ adimplemento, & quando quis purgat moram adimplendo præstat hoc interesse, & creditor nõ potest plus consequi quam ualorem ipsius facti quem cõsequitur per adimplemẽtum facti, ideo nihil debet impedire hanc purgationem moræ, sed si interesse excedit ualorem ipsius rei tunc illud impedit purgationem moræ, quia per adimplementum purgando moram non potest illud consequi sicut nec pœnam. unde interesse excedens ualorem rei æquiparatur pœnæ, imo habet maiorem uim quam pœna, quoniam hoc interesse etiam quod non sit expressum, neque dies sit expressa, impedit semper purgationem moræ, ut præsupponunt docto. in dicta prima oppositione, restringendo istum text. pœna uero non impedit purgationem moræ nisi sit expressa, & etiam dies sit expressus utsupra dictum fuit, & infra dicetur, & per hanc considerationem apparet quod aliquando lex super interesse durius agit quam expresio hominis, & quod non est uerum ut semper fortius sit ius quod quis habet ex persona sua quam ex persona alterius.

Septimo opponit Barto. contra prædictam cõclusionem Dy. quod imo uideatur diem & pœnã non impedire purgationem moræ per l. 1. ff. de penu. leg. & l. cum fine. & l. si penũ. ff. quando dies legati cedat, soluit ipse quod ibi est pœna hominis expressa sed non dies, quod uerum est, ut in uersi. nisi forte, & in dicta l. cum fine. §. primo. sed in contrarium facit, quia imo uidetur quod semper sit dies sicut in omnibus legatis puris. l. talis scriptura. ff. de leg. primo. sed solue quod est dies tacita & non expressa, & ad conclusionem Dyn. requiritur quod dies & pęna sint uerbis expressa. Quare habes multas limitationes ad dictam conclusionem Dyn. & in spetie quod quando est pœna expressa & non dies, uel etiam quod sit dies tacitus non impeditur purgatio moræ, dicto. §. Flauius. & dicta l. 1. de penu leg. cum similibus.

144 Sed cõtra † tales restrictiones opponitur, quia imo uidetur quod sufficiat expresio solius pœnæ ad purgandam moram etiam sine die, quoniam pœna nouat præcedentem obligationem. l. obligationum fere. §. fi. supra. de actio. & obligat. & not. in l. ita stipulatus. in fin. principii. infra. eodem. sed nouatio extinguit obligationem præcedentem. §. per nouationem. insti. quib. modis tollitur oblig. ergo non potest fieri purgatio, quoniam illa fit per adimplementum, & adimplementum præsupponit obligationem efficacem præcedere, & mora non potest esse sine præcedẽti obligatione ut dictum fuit in præmissis. Soluit Bart. fatendo contrarium, sed dicit quod non obstante nouatione res ipsa remanet in solutione licet non sit in obligatione, nec inconuenit quod unum sit in obligatione & aliud in solutione. l. si stipulatus sim decem in mille. infra de solutioni. & l. miles. §. decem. ff. de re iudicata.

145 Sed postea † instat, quia uidetur quod hæc facultas soluendi non debeat habere tantam potentiam ut tollat pœnam maiorem dupli uel tripli, sed respondet ipse quod imo non est inconueniens, & probatur in l. non distinguemus. supra de arbitris. ubi dicitur quod non interest an pœna sit æqualis uel maior, & tamen in l. si cum dies. §. fi. generaliter dicitur ꝙ admittitur purgatio moræ, & sic tollit pęnam etiã maiorem, facit etiam tex. in l. 1. in fi. de penu leg. ubi aliquando legatur penus per multos annos sub una pęna quæ incurritur per non obseruantiam primi anni, & tamen postea purgatur, quamuis mora esset in uno anno & pœna respiceret omnes annos, & sic esset multo maior, ut hic per eum quem sequuntur communiter doct. tamen uidetur quod non sit sublatum contrarium, quod si per pœnã fit nouatio, & sic est sublata obligatio, non potest esse mora nulla interueniente obligationẽ neq; adimplementum fieri potest.

146 Ideo † Iaso. hic & Rippa distingunt, dicentes quod quædam est uera nouatio, & ea interueniẽte non

te non potest fieri purgatio, quia deficit subiectum dicto. §. per nouationem, quædam est quasi nouatio quæ fit per pœnalem stipulationem, & tunc remanet res in solutione, & propterea potest fieri purgatio, & bene loquuntur, & tu addas rationem, quia licet per moram fiat nouatio, tamē illa est reuocabilis quatenus admittatur purgatio moræ, ideo non dicitur plene extincta obligatio, unde dicas, Aut fit nouatio per æqualem stipulationem sequentem & tunc extinguitur in totum præcedens & non cadit amplius purgatio moræ, Aut uero fit per stipulationem pœnalem accessoriam, & illa non est plene nouatio, sed sub conditione, ideo remanet res in solutione, & potest fieri purgatio moræ per adimplementum. Itē dum Bar. uult quod omnis pœna etiam tripli uel quadrupli tollatur per purgationem, dicas rationem esse, quia ipsa pœna debetur sub conditione, si non erit obseruata principalis promissio, & quando est mora non extitit in totum conditio stipulationis pœnalis quod non fuerit facta obseruatio, quoniam stat in suspenso donec poterit purgari mora, ideo purgata mora deficit in totum conditio stipulationis pœnalis, & ipsa pœna cessat & eius obligatio propter defectum conditionis non autem quod per purgationem extinguatur, sed perinde fit ac si nunquam fuisset debita, propterea cessabit omnis pœna quantumcunq; maxima & excedens rē ipsam in decuplū.

147 Octauo † opponit Barto. quia supra firmatum fuit dando limitationem ad conclusionem Dyni, quod in iudiciis licita est purgatio moræ, per dictā l. & si post tres. in prætoriis stipulationibus. nam in contrarium facit tex. in dicta l. Celsus. supra de arbitr. ubi in iudicialibus si est apposita dies & pœna non admittitur purgatio moræ, soluit ipse quod limitatio prædicta ꝓcedit in præparatoriis non autem in decisoriis, & in dicta l. Celsus tractatur de decisoriis, & rationem differentiæ assignat, quia in præparatoriis retinet iudex iurisdictionē, unde potest suadente æquitate ex arbitrio admittere purgationem moræ, sed in decisoriis iudex desinit habere iurisdictionem. l. iudex postquam. ff. de re iud. unde nō potest postea æquitatem suam interponere ad purgationem fiendam.

148 Sed tamen † istam rationem reprehendunt doct. hic, ex eo quia post sententiam adhuc durat iurisdictio iudicis respectu executionis quæ fit officio suo. l. quarta. §. condemnatum, & l. a diuo Pio. in principio, & §. si super rebus. supra de re iudi. unde potest æquitatem suam adhibere, ut hic per Besutium & Iaso. Qui confirmat, quia d. lex. iudex. loquitur quando est iudex delegatus. Et facit, quia stipulatio, iudicatum solui, committitur post sententiam, & tamen retinet æquitatem prætoris, d. l. pœnales. §. Iulianus. sup. ad l. Falc. & l. 2. §. incertam. infra de prætor. stipul. & dixi in §. Cato. super. 2. q. Bartol. unde adhuc remanet contrarium. unde Bal. in c. 1. quo tempo. miles. adducebat aliam rationem, quod in principio pœna apponitur ad hoc ut reus metu pœnæ compareat, quia prætoris intentio est ut lis sententialiter dirimatur, ideo faciliter prætor admittit purgationem si ille postea compareat & faciat copiam sui, quia habemus effectum rei, sed in decisoriis prędicta ratio cessat, cum iam lis sit decisa, & in fine consistat proprie rigor iudiciorum, quæ tamen ratio potest impugnari, quoniā etiam in executione requiritur quod partes compareant & se defendant, & est bonum ut etiam admittatur purgatio ad soluendum illud ꝙ iudicatum fuit, item deberet permitti usque ad litis contestationem, ut magis faueremus iudiciis ob dirimendam litem. item obstat lex sancimus. C. de iudici. ubi in præparatoriis non admittitur contumax nisi refectis expensis, sed etiam nisi soluatur interesse. d. §. Seia cauit. Alias rationes refert hic Niger, quas reprehendit, tamen nullam ponit resolutionem.

149 Iason uero † dicebat quod tex. in dicta. l. Celsus non contradicit dictę l. & si post tres, quia nō loquitur in decisoriis, sed in extraiudicialibus. quoniam arbitria dependent a compromisso, & a contractu partium. l. si dictum. §. si compromisso. supra de euictionibus. & hæc ratio est satis bona ut separemus dictam. l. & si post tres a dicta. l. Celsus. & dicamus quod in l. Celsus non admittitur purgatio moræ, quia in contractib. quādo est dies & pęna non admittitur purgatio moræ per iura supra allegata & firmata. item ultra ipsum potest dici, quamuis loqueretur in decisoriis, quod procedit quando non est apposita stipulatio prætoria & ibi stipulatio conuentionalis, ideo loquitur in diuersis terminis, & regula supra tradita habet locum etiam in iudicialibus quando non habent prætorias stipulationes, & etiā sequitur quod tex. in l. & si post tres. procedere potest æqualiter in decisoriis & præparatoriis, quoniam militat eadem ratio, ut in stipulationibus prætoriis ex æquitate prætor adhibuit nouam naturam, ut in l. pęnales. §. Iulianus. ad l. falcidiam. & l. 2. §. incertam. infra de prę to. stipulatio. & illa natura ibi tradita habet locum & in decisoriis, dum ponitur exemplum de stipulatione iudicatum solui, quæ porrigit effectum suum post sententiam, Et propterea limitatio remanebit generalis, quod in prætoriis stipulationibus ex propria natura earum admittitur purgatio moræ etiam quod sit apposita dies & pęna, dummodo fiat infra modicum tempus declarādum per officium iudicis & ampliaui ad regulam ut procedat etiā in iudicialibus. Sed tamen quoniam Barto. tenuit quod lex Celsus procedat in decisoriis iudicialibus, opponit de lege si cum dies. §. fin. eodem titulo. ubi est pęna apposita, & tamen admittitur purgatio moræ in decisoriis, sed soluit ipse quod distingui debet inter decisoria quæ habent diem & pęnam expressam, & tunc prohibetur purgatio, uel inter decisoria quæ non habent diem expressam, nā tunc quia subintelligitur dies a lege merito etiam admittitur purgatio moræ, quia mitius agitur cū lege quam cum homine, quam rationem postea

Barto. defendit ab obiectis, sed tamen non bene
resoluit contrarium de dicta l. Celsus. ad dictũ
§. finalem. quoniam tunc in utroque casu milita-
re debet ratio ut sit litium finis, & quia prætor
functus est officio suo, & amplius non habet iuris
dictionem, & quod dies apponitur a lege uel ab
homine nihil ad rumbum quantum ad istam ra
tionem quod æquitas seruetur a prætore, & in
decisoriis finitum sit eius officium, ut possit ad-
hibere æquitatem.

150 Propterea † tu dicas, quod ratio sua non est
bona, neque bene soluit contrarium in termi-
nis suis, & uera solutio est, quod uterque tex. lo-
quitur in extraiudicialibus & conuentionalibus,
in quibus seruantur regulæ supra traditæ, ꝙ quã
do dies & pœna est expressa ab homine impedi-
tur purgatio moræ, ubicunq; uero est pœna tan-
tum, & non dies, tunc admittitur purgatio per
dictum. §. Flauius. & l. j. de penu le. cum concor-
dantibus supra positis, & dicto. §. Seia cauit. Et
si dicis quod loquitur in iudicialibus, quia arbi
tria redacta sunt ad instar iudiciorum, ei cõpetit
actio iudicati. l. j. & l. cum autem. C. de arbitr. Sol
ue, quod in d. l. Celsus. uel in §. fi. non fuerunt sti-
pulationes pretoriæ. unde ad primum contrariũ
formatum per Bar. ad d. l. & si post tres. ded. l. Cel
sus. & etiam de d. l. si cum dies. §. fi. ubi admittit
purgatio moræ usque ad litis contestationem,
resolutio clara danda est quod loquuntur in ex-
traiudicialibus uel iudicialibus non interuenien
te stipulatione p̃toria, in quibus seruatur distin-
ctio precedẽs, & d. l. & si post tres. loquitur in iu
dicialibus omnibus tam decisoriis quã prępara
toriis quando adhibẽtur stipulationes prætorię.

151 Item † colligitur ex dictis Bart. quod disposi-
tum de modico tempore in d. l. si cum dies. §. fin.
est tempus legale, sed non bene probat, quia imo
est tẽpus tacitum hominis, sicut in l. si decem cũ
petiero. & probatur insti. de inutil. stip. §. fi. & l. ꝙ
dicimus. de solut. cũ concor. adductis ibi per gl.
& probatur ratione, quia si nõ fuisset, oporteret
dicere ꝙ contrahentes habuissent mentẽ ꝙ sta-
tim solueretur, ideo non fuisset opus promissio-
ne, cum statim fuisset data res, leg. 5. §. stipulatio.
sup. eo. & §. omnis. insti. eo. cum gloss. in uer. con-
festim. unde succedit quod ratio Bart. non con-
uenit illi legi. Sed pro Barto. facit, quia uidetur
esse tempus quod datur iudicatis. l. debitori. ff.
de iudici. Sed tu dicas, quod illud tempus da-
tur condemnatis in iudiciis, non in arbitriis, cũ
in eis sufficiat tempus arbitrarium, ut ibi notat
gloss. in uer. inest modicum. per. l. ratum. ff. de so
lut. uel saltem oportet dicere quod sit sumptum
ex mente disponentium, & cum possit per par-
tes renuntiari seu tolli, reputatur dispositio ho
minis secundum theoricam Rip. hic nu. 60. Bar-
tol. tamen in l. ita stipulatus. num. tertio. firmat
quod sit legis.

152 Vlterius subdit † postea Bar. instando circa ra
tionẽ assignatam per Dyn. ꝙ mitius agatur cum
l. quam cum homine, quia imo uidetur quod du-
rius agatur per l. libertus minorẽ. ff. de oper. li-
berto. & soluit ipse quod ubicunq; tractatur de
annullatione durius agitur cum lege quam cum
homine, sed ubicunque tractatur de pęna extrin
secus proueniente, quæ cõmittitur si aliquid fue-
rit factum uel non factum, tunc durius agitur cũ
l. quam cum homine, & in effectu uidetur facere
regulam, quod mitius agitur cum l. quam cũ ho
mine. Fallit quando operatio legis tendit ad an
nullãdum, quia fortius annullat quam homo, cũ
lex annullet ipso iure. l. non dubiũ. C. de legibus.

153 Pro † ista regula Bar. Ias. alle. no. per Bart. in l.
stipulaciones in 9. q. supra eod. ubi dixit ꝙ si unũ
est in obligatione & aliud in solutione ex dispo
sitione legis durat potestas soluendi usq; ad litis
contestationem super actione iudicati. l. item ue
niũt. §. idẽ iuris. supra de petitione hæreditatis,
sed quando est ex dispositione hominis durat
potestas soluendi tantum usq; ad litis contesta-
tionem, per. l. si quis ita stipulatus fuerit decẽ in
mille. ff. de solutio. confirmat etiã Niger hic per
decisionem Rotæ. 363. in antiquis. & dictũ Inno-
centii in c. sicut. de cohabitatione cleri. & mulier
ponens multa exẽpla, quod suspensus a lege po-
test multa facere quæ non potest suspensus ab
homine, confirmat etiam Rippa per l. insulã. con
iuncta l. cũ stipulatus sim mihi a Proculo. supra
eodem. item quia mitius agitur cum principe, &
sic cum lege uiua quam cum homine. l. unica. C.
si quis impera. maledixe. iuncta l. 1. &. per totum
infra de iniur. similiter mitius agitur cum fisco
quam cum homine, secundum gl. in l. quicunque.
C. de seru. fugitiuis. item mitius agitur cum ec-
clesia, quam cum homine, nam ecclesia est & esse
debet æquitatis & pietatis mater. c. 1. de aliena.
feud. deniq; inquit ipse mitius agitur cum Deo
quam cum homine secundum glos. in l. si quis rẽ.
§. uoto. ff. de pollicitationibus. item confirmat
Barbatia. in c. Raynaldus, de testamentis. col. 15.
ponens multas authoritates & decemseptẽ deci
siones, ꝙ excõmunicatus per hominem nõ tolle-
ratur, secus si est excõmunicatus per sententiã le
gis, item quia filii familias obligantur ex contra
ctu. l. filiusfamilias. ff. de actio. & obligationib. &
tamen non obligantur ex uoto, tamen illud pro
cedit in præiudicium patris non in pręiudicium
suum. l. fi. §. 1. C. de episcop. & cleric. & quia Deus
est mislericos, & quotiens ingemuerit peccator
non recordatur iniquitates illius, capitulo. scele
ratos. & capitulo penultimo. de pœnit. distin-
ctio. 3. lex uero quęrit uindictam. l. miles. §. socer.
ff. de adult. item mitius agitur cũ ecclesia in alio
quam cum homine, quia ecclesia nunquam clau-
dit gremium pęnitentibus. epistola inter claras.
C. de summa Trinita. & fid. catholi. & non sem-
per hoc facit homo, ut patet in materia nostra
quando est apposita dies & pœna, item ponit
alia exempla quæ etiam supra retulit Rippa pro
confirmatione.

154 Sed contra † istam regulam ita firmatam in-
statur ex multis, quod imo mitius agitur cum ho
mine quam cum lege, primo per gloss. in §. item
si prodigus. instit. quibus non est permissum fa-
cere

cere testam. ubi interdictione facta ab homine non rumpitur testamentum, sed quoniam facta est a lege, testamentum prius factum rumpitur. l. fi. C. a d l. Iuliam maiestatis. Secundo contra gloss. facit doctrina Barto. in l. Diuortio. ff. solu. matrimonio. ubi si a leg. debentur alimenta mulieri tenetur ipsa operari in domo mariti. glos. in l. sicut. de oper. liber. secus si debentur ex dispositione hominis. l. libertis quos. §. primo. de alim. & ciba. legat. ubi dicitur quod non tenetur operari secundum Baueriam in dicto. §. item si prodigus. Tertio contra dictam Regulam facit dictum Bald. in lege secunda. §. item si iudex. ff. de iudi. qui uoluit quod iudex potest prorogare præstitutum tempus ab homine, per illum textum. secus quando est præstitutum a lege. le. properandum. C. de iudi. Quarto contra regulam facit, quia cōminatio legis habet uim peremptorii. capitulo primo. de electio. in 6. ibi, sicut de iure fuerit procedunt, & capitulo primo. de appellatio. in 6. secus si fiat a iudice, quia cōminatio non habebit uim peremptorii. Bartol. in l. si finita col. secunda. & ibi Alex. col. secunda. ff. de damn. infect. & per Matthesi. in no. octauo. Quinto contra regulam facit dictum Barba. in capitulo· si diligenti. col. 36. de foro competen. allegantis glo. in l. suggerente. C. de officio eius qui uices alterius gerit, qui dixit quod subrogatus a lege potest criminaliter punire secus si subrogatur ab homine. Sexto contra regulam est tex. in l. si quis id quod. ff. de iuris. omnium iudicum. ubi pœna apposita ex edicto prætoris contra corrumpentem album luitur in corpore si nō habet in ere, quod non est in mulcta imposita a iudice. l. illicitas. §. fi. de offic. præsid. sed durius agitur cum lege, cum durius puniatur. Septimo facit lex qui ea mente. ff. de fur. ubi in pœna legali non admittitur purgatio moræ, tamen in pœna conuentionali admittitur. l. qui Romæ. §. Flauius. infra eo. in dicta l. si cum dies. §. fi. & dicta. l. prima. de penu legata. & dicto. §. colonus. & ponit Iaso. in l. ubi pactum. C. de transactioni. & hoc contradicit omnibus dictis per Bart. hic in 6. oppositione. Niger dicebat quod dicta lex qui ea mente loquitur de pœna infamiæ in qua non admittitur purgatio moræ, non in cæteris. l. & parui. ff. de condictio. furt. quia infamia non tollitur per sententiam. l. palam. §. non solum. ff. de ritu nuptiarum. & quod in pœna legali possit purgari facit tex. in l. hoc edicto. supra de publicanis, & infra dicetur. Octauo contra regulam facit decisio Rotæ. 519. in antiquis, quæ uult quod excommunicatio legis admittitur ante impetratū beneficium, sed si fuit excommunicatus per processum hominis secus, quia durius agitur cum lege. Nono inducitur l. commissa. cum gloss. C. de adulteriis, & l. diffamari. C. de ingen. & manumi. ubi uidetur concludi quod elapso termino legis non admittitur purgatio moræ sicut nec elapso termino hominis. Decimo inducuntur not. per Alex. in l. furiosum. C. qui testam. facere possunt. qui uult quod committens homicidium si efficiatur furiosus non debet puniri, secus si quis est in peccato mortali, & postea efficiatur furiosus, quia damnatus est secundum Bartol. in leg. nunquam. §. si ui aut clam. ff. de usucapio.

155 Ex quibus † apparet quod hoc est unum brocardicum magnum, & opportet assignare respōsiones particulares adducendo uarias rationes secundum intentionem disponentis, & quamuis Niger hic accumulet particulares responsiones, tamen non defenditur regula, cum illemet responsiones confundantur per alia exempla adducta, & uerius est ut dicamus quod hæc regula est uoluntaria & accidentalis, & procedit in casibus expressis, & hæc duo quod mitius agatur cū lege quam cum homine, & e contrario mitius cum lege quam cum homine dicuntur se habere ut excedentia & excessa, & datis paribus terminis idem est in utroque, similiter restrictio prima data ad Andr. quod mitius agitur cum ministro legis quam cum homine priuato reprehenditur per Bartol. hic, quia arbiter non est minister legis, cum non habeat iurisdictionem, dicta leg. ait prætor. cum materia. ff. de re iudi. item dictum non est uerum, quia minister legis tenetur idem uelle quod uult lex, & se conformare ad uoluntatem ipsius. capitulo super literis. in fine. de officio. delegat. quia iudex debet præferre æquitatem rigori. dicta lege. quod si ephesi. & leg. placuit. C. de iudiciis. item dum dicitur quod quando agitur de annullatione actus lex fortius annullat quam homo, dicta leg. si libertus minorem. ff. de iure patronatus, & le. nou dubium. C. de legibus. & Panormi. in capitulo. cum olim. column. penulta. de arbitr. & capitulo. dilectus. secundo. ad finem de præbend. & comprobat Felin. in capitulo. cæterum. col. penult. uersi. Septima restrictio, de rescriptis. & est communis * opinio, nam in contrarium facit quod habetur in l. nemo potest. supra de leg. primo, per Bar. col. fin. dum dixit quod plus potest homo in rebus suis quā lex. item facit secundum Cardinalem in Clementina constitutionē. §. insuper. colum. 4. de electio. quia etia ubi traditur forma ab homine annullatur actus sublata forma, sicut quando traditur a lege. gloss. in cle. 1. in uerbo inhibentes. ff. de iur. patrona. sequitur Phili. Franc. in c. statuimus, in fi. de Maior. & obedientia. reprehendens Bar. in dict. l. amplius non agi. infra rem ratam haberi. facit, quia in excommunicatione hominis debet peti consilium, eo non petito actus est nullus. c. cum in ueteri. de electione. sicut ex dispositione hominis. cap. nouit, de iis quæ fiunt a prælatis. Decius in capitu. ex parte. col. secunda. de officio deleg. facit doctrina Bartol. in dicta l. diem proferre. §. stari. ff. de arbitris. ubi si compromittentes uolunt quod arbiter secundum ius pronuntiet, si non obseruat, laudum est nullum, & tamen si inest a lege, & nihil dictum fuit, sententia ualebit, Barbat. in capitulo. Raynaldus. col. 216. de testam. & per Mod. in §. item si quis in fraudem. insti. de actionibus. similiter si sententia ex

communicationis est lata non secuta forma ab homine tradita, est nulla, & tamen si forma est tradita a lege, ualet secundum Imol. & Imo. in capitulo Pisanis, de resti. spoliatorum, non obstat dicta lex si libertus, quia ibi illud expressum fuit a lege, & in alio casu fuit aliter dictum, & in dicta.l. si libertus. erat etiam pœna extrinseca ultra annullationem, & tamen in ea durius agitur etiam cum lege, cum illa bona applicabuntur Patrono, præterea illa alienatio licet sit contra legem, tamen est etiam contra patronum & in fraudem patroni, quia priuabitur successione in bonis alienatis, & in alio casu priuabitur solum bonis non successione, & quia lex uidebat maximũ præiudicium ideo uoluit annullari ipso iure, sed in alio casu quia non est tantum præiudicium non annullauit ipso iure, faciunt ea quæ habentur in l. non dubium. C. de legibus. dum Barto. & docto, quærunt quando actus contra legem est ipso iure nullus, & quando ueniat annullandus per sententiam, per quæ dicta apparet quod annullatio non fundatur in hoc quod sit contra legem, sed quia uerba legis illam induxerunt.

156 Et per prædicta † etiam apparet quod alia tertia restrictio posita hic per Rippa num. 59. etiam non procedit, & in terminis contra rationem Barto. hic est tex. in dicto. §. Seia cauit, ubi interesse potentius prohibet purgationem moræ quam faciat pena. nam adhoc ut impediatur per penam opportet quod interueniat etiam expressa appositio diei, sed interesse impedit purgationem moræ etiam quod nulla dies sit apposita, ut patet in text. nostro restricto & declarato per Barto. & omnes in prima oppositione, & tamen hic est dies tacitus. item hoc solũ quod ius actoris sit effectum deterius ex sola uoluntate hominis impeditur purgatione morę non distinguendo an sit dies uel non sit dies, dicta. leg. & si post tres, & tamen illud quod efficiatur ius actoris deterius dependet a sola uoluntate ipsius actoris alienantis, & conclusum fuit in secunda oppositione, & non consideratur an sit lex uel homo, imo solus homo potest impedire purgationem moræ, & ideo apparet quod hæc differentia an sit dies apposita a lege uel ab homine, uel sit actus factus a lege uel ab homine, non attenditur, & per consequens solutio data ad dictam. leg. Cellus. & dictum. §. si cum dies. non est uera, sed opportet dicere ut supra quod agitur de extraiudicialibus in quibus admittitur dicta distinctio, & illa ratio Bartol. est accidentalis & uoluntaria, & per eam non potest induci aliqua diuersitas in modo purgandi moram.

157 Nono † opponit Bartol. contra dictam limitationem fundatam in l. & si post tres. quæ uult admitti purgationem tantum infra paucos dies, quia imo uidetur quod etiam ex longo interuallo possit purgari mora. l. sancimus. C. de fideiuss. soluit quod illud procedit in illa satisdatione de iudicio sisti facta a fideiussore. unde est casus spetialis, & rationem assignat Bart. quia alieno morbo laborat. cum promisit factum alienum ꝙ alter se repræsentabit, & facit lex legem. C. de naturalib. liber. secundum gloss. in dicta leg. & si post tres. & ibi Bald. in repetitione. col. septima. & Bulga. & Bar. hic, & aliam rationem adducit ipse, quia difficilius est sistere alium quam se ipsum. arg. l. si fideiussor pro euictione. secundum unam lecturam gl. supra de exceptio. doli. Per quam habes restrictionem ad. d. l. & si post tres. ut loquatur tantum in fideiussione de sistendo se ipsum, non autem in fideiussione de sistendo alium, sed quia uidetur uiolatio ad totã materiam, de iudicio sisti, ideo alium intellectũ ad d. l. sancimus. separando eum a materia de iudicio sisti, addit hic Rippa. uolens quod tex. in d. l. sancimus. loquatur in fideiussore de repręsentando non de iudicio sisti, secundum Alberi. & Petrum ibi, inter quos est differrentia secundum Barto. & Ias. in l. 1. in principio. ff. si quis in ius uo-
158 catus non ierit. ubi uoluit † ꝙ quando aliquis minister instat, ut captus se repræsentet coram iudice in die sequenti uel infra certos dies in alia ciuitate recipit fideiussorem ab eo quod ipse se præsentabit, stipulatio uero de iudicio sisti est quando lis est incepta, & promittit coram iudice quis se sistere, uel quod sistet eum cum operatione sua, & de ea habetur in dicta leg. & si post tres, sed mihi placet quod sit fideiussio de iudicio sisti, quia text. dicit quod tradet & repræsentabit promittendo factum suum, non autẽ quod ille ibit ad iudicem prout præsupponunt Albericus & Petrus. Vnde restrictio Bartol. ad d. l. & si post tres. uidetur esse uerior, ut per d. l. sancimus limitetur tota materia de iudicio sisti, ut nõ procedat. d. l. & si post tres in stipulatione de iudicio sisti facta a fideiussore, per rationem per Bar. assignatam, quæ tamen reditur dubitabilis. nam dicit Ripp. quod illa non concludit. quia licet non possit eum tradere, tamen potest suscipere defensionem quę consistit in facto suo & non alieno. Saluat tamen, quia licet possit suscipere defensionem tamen fideiussor non promisit eũ, sed solum eum præsentare, itẽ defensio etiam dependet a facto alieno pro inueniendis scripturis & aliis necessariis, Sed hęc solutio nec etiam est bona, quoniam imo ipse promisit factum propriũ, quoniam ut dixi ibi agitur de stipulatione de iudicio sisti in qua promittit semet ipsum sistere, uel quod sistet alium cum facto suo, ita quod nõ est uerum dictum Bart. quod teneatur ad factum alienum, sed promisit factum proprium.

159 Vnde † solum uidetur posse consistere ratio diuersitatis, quia in dicta leg. & si post tres, ille promisit semet ipsum sistere, quo casu teneatur ad merum factum suum dependens a sua uoluntate, sed in dicta leg. sancimus. promisit alium sistere seu præsentare, cuius uoluntas requiritur, cum auffugiendo possit facere quod fideiussor non possit obseruare, item etiam aliud obstat, quia ipse uidetur promittere se curaturum. l. quotiens quis, infra eodem, & sic uidetur teneri ad factum proprium, & fortius quãdo promit-

promittit se præsentare alium, dicta l. sancimus. sed eodem modo potest responderi, quod etiam implicite tenetur ad factum alienum, ut ille se præsentet cum possit auffugendo impedire se præsentari, & obligatur ad pœnam, etiam ad factum alienum. gloss. in §. si quis alium. inst. de inutilib. stipulatio. quando immiscetur factum proprium, uere tamen ille tex. parum differt a dicta leg. & si post tres, secundum intellectum doctorum qui intelligunt eum generaliter quando promisit se sistere uel alium sistere, tamen oppor tet distinguere & separare hæc duo iura, ne inducant totalem correctionem, & dicere quod dicta l. & si post tres. procedit in casu suo quando quis promisit semetipsum sistere. sed si promisit sistere alium tunc procedit dicta l. sancimus. quæ uidetur corrigere iura antiqua uolentia idẽ esse in eo qui promittit sistere semetipsum, uel sistere alium.

160 Ideo conclusio † erit quod ubicunque quis pro misit sistere alium sub pœna, tunc poterit purgare moram infra sex menses, per dictam legem. sancimus. & fortius procedet quãdo aliquis pro mittit principalem se præsentaturum, prout uolebant Alberic. & Petrus, quoniam fortior ratio est. item & secundo ampliatur procedere etiam si fideiussor ille iurasset, secundum Bald. in l. qui crimen. C. qui accusar. non poss. & Rippam hic, & hæc opinio uerior est, licet Barto. in quæstione sequenti uideatur tenere quod iuramentum impediat moræ purgationem, tamen nõ est uerum in casu dictæ. l. sancimus. quæ hoc expresse disposuit, & iuramentum intelligitur secundũ naturam actus. l. fin. C. de non num. pecunia. unde quamuis procedat in aliis casibus, non procedit in illa lege sancimus, quam iuramentum non mutat.

161 Prædicta † inferruntur ad quæstionem an uassallus qui non petiit inuestituram infra annum & mensem iuxta capitulum primum: quæ fuit prima causa beneficii ammittendi, possit purgare moram, & uidetur quia est terminus legalis, ꝙ non impeditur purgatio moræ per ea quæ dicta supra sunt in præcedentibus, & hoc tenuerunt Bald. & Iacobus Aluarotus in dicto c. 1. & Guido Papę consil. 38. col. fi. & Bal. in c. 1. quo tempore miles, per illum tex. in uers. non uadat. sequitur dominus Alex. consi. 14. col. 1. & sequenti lib. 2. & consi. 4. lib. 6. quia ubi facta est resolutio con tractus nõ admittitur purgatio moræ. l. commissoriæ. C. de pac. int. empto. & uendito. sed tamen contrarium uidentur tenere Angel. Paul. & Alex. per rationem, quod ubi est dies legalis & pœna legalis non admittitur purgatio moræ, per text. in c. licet canon. de electio. in 6. & dicta in præcedentibus procedunt quando unum tantum est prolatum a contrahentibus & aliud a lege, sed in isto casu utrunque fuit prolatum a lege, quo casu impeditur purgatio moræ, ut per glo. in d. ca. licet canon. sed ueritas istius decisionis dependet ab alio, utrum elapso dicto termino sit facta executio a lege, ut ipse uassallus ipso iure sit priuatus, & reuertatur ad dominum, uel potius remaneat feudatarius, & ueniat priuandus per sententiam, & hæc opinio uidetur uerior, ex eo quia multa possunt interuenire in illo tempore, quæ excusent eum quare non petierit, & potest esse quod sit infans, uel aliquod aliud impedimentum habeat ut sit æquius & tutius dicere quod non priuetur ipso iure, sed requiratur sententia, ut probatur in capitulo primo. in uerbo damnetur, quo tempore miles. iuncta doctrina gloss. communiter approbata in l. in criminali. C. de iurisdictione omnium iudi. & ideo cum non sit facta executio remanebit regula, quod poterit purgari mora. argumento. l. hoc edicto. ff. de publica. uel saltem argumento text. in cap. potuit. ex. de loca. & l. secunda. C. de iur. emphyte. in uerbo declarante domino, & in hoc uidetur inclinare etiam Rippa hic.

162 Ex quibus † habes declaratum totum hunc articulum, utrum permittatur purgatio moræ usque ad litis contestationem, regula constituitur per istum textum. quod permittitur purgatio moræ, cum aliis concordan. allegatis in gloss. quæ conclusio procedit sine difficultate quando petitio fuit facta de interesse uel de pœna, prout intelligitur iste text. sed ampliatur procedere etiam quod ipsum factum fuerit petitum, quia omnimodo permittitur usque ad litis contestationem. nam licet sit dubium ꝙ possit fieri post litis contestationem ut dicemus in sequenti parte, tamen ante litis contestationem omnes conueniunt quod permittatur. Secundo ampliatur etiam procedere in obligationibus dandi, quia in eis res ipsa petitur, & conueniunt omnes quod usque ad litis contestationem permittitur licet post litis contestationem aliqua sit dubitatio postea ut in sequenti parte in prima oppositione. Limitatur uero non procedere quando interest actoris, & interesse excedit ualorem ipsius rei, quia tunc indistincte impeditur purgatio moræ, dicto §. Seia cauit. & dicta lege utique, supra de arb. nisi offerat illud interesse secundum declarationem positam in prima oppositione. Secundo limitatur non procedere quando ius actoris effectum fuit deterius ex aliqua causa etiã dependente a uolũtate ipsius actoris, ut dictum fuit in secunda oppositione Bartol. declarando text. in dicta lege. & si post tres. Tertio limitatur non procedere ubicunque facta fuit executio per not. in le. secunda. C. de iur. emphyteu. & in capitulo licet canon. de electione, cum aliis similibus. supra adductis, & infra dicendis.

163 Quarto † limitatur non procedere quando est apposita dies & pœna, nam tunc non admittitur purgatio moræ. per dictam legem traiecticiæ. cum aliis xii. iuribus allegatis supra super quarta oppositione Bart. quæ limitatio ampliatur procedere etiam quod sit dies & pœna legalis, dicto capitulo licet canon. de electio. in 6. Secundo ampliatur, etiam quod sit dictũ quod infra certũ tẽpus perficiat res, & ab inde in antea secũdum quod placebit creditori, & sic sit apposi

tum tempus uariabile ex uolūtate creditoris, ut per Bar. in dicta leg. si stipulatus sim mihi a Proculo, quem sequuntur hic Iaso. Rippa & alii doctor. Limitatur uero non procedere in prætoriis stipulationibus. Secundo limitatur non procedere quando est appositum tempus gratia multiplicandæ obligationis. Tertio limitatur non procedere quando pœna est apposita ab homine tantum & non dies. Quarto quando est apposita dies ab homine, & non pœna. Quinto quando est fideiussio de iudicio Sisti. dicta leg. sancimus. Sexto quando est conuentum quod possit purgari mora non obstante appositione diei, de quibus omnibus supra dictum fuit a tertia oppositione usque ad finem istius secundæ partis, quæ tamen omnia dicta respiciunt unā limitationem tantum traditam ad istum textum. Quinto principaliter regula tex. nostri limitatur non procedere quando interuenisset uera nouatio per quam prima obligatio transfunditur in secundam, nam tunc non posset amplius mora purgari, secus in quasi nouatione, ut dictum fuit supra in septima oppositione Bartol. Sexto limitatur non procedere quando dies est apposita a lege cum præscriptione, quia tunc non potest purgari mora, quoniam est facta executio, ut dictum fuit in præmissis, & est exemplum in tempore dato ad appellandum, & in tempore dato ad agnoscendam bonorum possessionem. Septimo limitatur non procedere quando a iure repellitur potestas appellandi contra actum. nam tunc repellitur etiam remedium purgandi moram, gloss. est not. in capitulo, cupientes. §. quod si per uiginti. in uersi. expectati. de electione in 6. quam Petrus de Ancharano & Geminianus ibi reputant esse ualde notabilem & singularem, quamuis Imol. ibi dicat quod si gloss. illa recte inspiciatur hoc non dicit, sed arguit per simile, & si uera est est magnum dictū in hac materia, ut hic per Ias. tamen potest dici contrarium, quia si non admittit potestatem appellandi, æquius est ut fiat purgatio moræ ne in totum destituatur ipse reus & priuetur iure suo. Octauo limitatur per Ias. hic quando ex tempore insurgit legis dispositio uel præsumptio iuris & de iure, nam tunc non potest mora purgari, sed bene admittitur exculpatio moræ prætensæ, ut singulariter tenet Bald. in capitulo quoniam frequenter. col. quinta. extra ut lite non contestata, & subdit quod istud alibi melius non reperitur. Nono limitatur non procedere quando est renuntiatum purgationi moræ. per text. in l. sancimus. C. de fideiussori. ibi, nisi pacti tenor ad hoc reclamauerit, per regulam generalem. lege penultima. C. de pactis. secundum Angel. Imo. & Alexand. hic, & Salyc. in dicta leg. semel mora. ff. soluto matrimo. col. 5. & Niger hic qui defendit inductionem dictæ leg. sancimus. & allegat leg. si supra. C. de transactionibus. uersi. ulterius quæstionem patereris.

164 Quæ conclusio † ampliatur procedere etiam quod sint posita illa generalia uerba, & renuntiauit omni legum auxilio, secundum Crotum hic, qui probat quoniam per talia uerba renuntiatum est legi de iis. ff. de trans. Alexan. consi. 154. uiso. quem refert & sequitur Ias. in dicta. l. de iis. item est renuntiatum facultati petendi rescisionem, secundum Alber. in l. item quæritur. §. exercitum. ff. loca. item est renuntiatum beneficio cedendarum actionum. Soc. consil. 200. quoniam ex forma statuti. col. pe. allegat Alex. in dicto consil. Item uidetur renuntiatum omnibus beneficiis iuris, secundum Bartol. in l. si quis sub conditione. col. 8. uersi. quæro quid. ff. de testam. tutel. item per talem clausulam uidetur renuntiatum beneficio ne quis conueniatur nisi in quantum facere potest. Cor. consi. 128. circa hanc consultationem. col penul. uol. 3. item censetur renuntiatum beneficio de fideiussoribus & omnib. aliis tendentibus ad suum fauorem. Bald. in l. 1. C. de quem. fisci debitorib. Marsi. in rub. de fideiussorib. col. 6. Sed in contrarium alle. hic Niger Roma. consi. 472. in eo ꝙ quæritur. ubi dixit quod per istam clausulam non uidetur renuntiatum beneficio cedendarum actionum, de quo in l. fideiussoribus. & l. Modestinus. de fideiussoribus. quia renuntiatio non intelligitur saltem facta de iure de futuro, & solum de iure de præsenti competenti. l. Paulo Callimacho. ff. de leg. 3. §. primo. Sed hoc beneficium purgandi moram nō competit de præsenti sed de futuro sub conditione, si mora facta erit, ergo ei non uidetur renuntiatum. sequitur Decius cons. 27. licet ipse consuluerit contrarium, Hypoli. in dicta rub. de fideiussoribus. & hoc etiam ego puto uerum per multa no. in l. 1. C. de pact. & l. sed & si quis. §. quæsitum. ff. si quis cautionibus. si simpliciter dictum fuit, omni legum auxilio, sed si esset dictum, omni legum auxilio competenti uel competituro, tunc posset etiam dici renuntiatum fuisse purgationi moræ, ex isto uerbo uel de futuro, ut per doctor. in dicta leg. prima. C. de pact. Putarem tamen esse distinguendum, Aut hæc clausula respicit tantum principalem promissionem, & uidetur quod non fuerit intentio renuntiandi purgationi moræ, quia illa non potest fieri nisi per obseruantiam, & non impedit, imo magis auget obseruātiam, maxime quia debet fieri cum oblatione interesse, ut in d. 1. oppositione, sed si sit apposita super promissione pœnæ & tunc uidetur renuntiatum ei, quoniam exactio pœnæ impeditur per purgationem, & intendunt contrahentes uelle quod pœna omnino exigatur, faciunt ea quæ dixi supra de instrumento guarentigiato. Alias limitationes ponit Alex. quas ego tradam in fine commenti.

165 Vlterius † postea ex dicta theorica Barto. inferrebat Rippa hic numero 64. ad quæstionem ualde frequentem. nam habemus text. in capitu. primo. quæ fuit prima prima causa beneficii amittendi, & in c. 1. quo tēpore miles. ꝙ uassallus post mortem feudatarii qui prætendit se successorem debeat petere inuestiturā a dn̄o intra annum & diē, uel intra annū & mēsem. an si nō fecerit

rit infra tempus posit postea purgare moram, & uidetur quod non posit, quia ubicunque est dies legalis & pœna legalis non admittitur purgatio moræ capitulo licet canon. de electione in sext. & tenuerunt Angel. & Paul. & Alexand. supra, & idem determinant Bald. & Iacobus Aluaro. in dicto cap. 1. & Guid, Papa consilio. 38. col.fi. & Bald. in c. 1. quo tempore miles. in principio, per illum text. in uersi. non uadat. sequitur Alex. consi. 14. col. 1. & sequenti libr. 2. & consil. 4. lib. 6. quia ubi est facta resolutio contractus non admittitur purgatio moræ. l. commissoriæ. C. de pact. inter emp. & uendi, contrariam tamen opinionem tenuit Rippa supra, uolens ꝙ ubi est dies legalis & pœna legalis admittatur purgatio moræ, & ideo uassallus sit admittendus ad purgationem prout tenet Iacobus Ardizoni in sua summa sub rubr. quibus modis feud. ammittat. & sequitur Guido Papæ sibi contrarius decisio. 166. per text. in dicto capitulo potuit. de locato, arguendo de emphyteusi ad feuda prout arguit Speculator ti. de feud. §. quoniã. uersi. 4. in fi. & Bar. in l. ut iurisiurandi. §. si liberi. ff. de oper. libertorum. & Bald. in authen. si quas ruynas. C. de sacr. sanct. eccles. sed tu dicas quod hæc quæstio dependet ab uno præsupposito. ꝙ uidentur facere docto. ut statim elapso dicto tempore sit facta executio a lege, & ille qui non petiit inuestituram sit priuatus iure suo, & si tenemus quod sit facta priuatio tunc opinio prima quæ appellatur communis hic per Rippam ommodo erit uera, quoniam facta executione non admittitur purgatio moræ per supradicta, & di. c. licet canon. de electio. in 6. si uero tenemus ꝙ non sit facta executio, tunc non habemus quod terminus legalis & pœna impediat purgationẽ moræ, tamen uerius esse uidetur quod elapso tẽpore non fiat executio a lege neque priuetur ipso iure, primo per text. in dicto c. 1. in uerbo tenetur, quod in futuro tẽpore intelligitur per sen-
* tentiam ut per glo. communiter * approbatam in l. in criminali. C. de iuris. omnium iudicũ. cum similib. facit etiam, quia idemmet text. uult ꝙ si est infans uel impeditus propter infirmitatem uel propter absentiam vel aliam similem causam sit excusatus, ergo non potest bene dici quod ipso iure sit priuatus, quoniam non apparebit an fuerit excusatus uel non nisi lata sententia, & hoc mihi plus placet, & ideo sequitur quod debet admitti purgatio moræ, tamen potest dubitari infra quantum tempus admittatur, & uidetur ꝙ tantummodo purgare moram posit infra modicum tempus per dictum. §. Seia cauit. & dicta lege. & si post tres. sed tamen in contrarium facit, quia habemus regulam contrariam quod permittitur usque ad litis contestationem quando quis conuenitur super pœna, & ideo uidetur quod debeat admitti ad purgandum usque ad litis contestationem quando a domino erit conuentus super causa ammissionis feudi. argumento textus. in capitulo primo. quid iuris sit quando quis feud. ali. & postea recup. ubi uidetur decisio utroque casu, & hæc sufficiant quantum ad primã partem materiæ istius legis.

166 Sequitur secunda † pars principalis in qua tractatur an & quando posit purgari mora post litis contestationem, & in hoc text. ponitur decisio quod non permittitur post litis contestationem, nec prodest ædificare, & factum promissum adimplere, & sic colligitur quod adimplementum etiam plenum non purgat moram nisi fiat congruo tempore, & cum aliis quattuor habilitatibus positis supra in præmissis, sed contra text. opponit Bartol. de lege interdum. §. fina. & leg. si seruum. §. sequitur. supra eodem. quæ simpliciter dicunt purgationem moræ permitti sine taxatione temporis. soluebat gloss. quod illa iura intelliguntur secundum hanc legem quam reprehendunt Doctor. unde postea Bartol. relatis eorum opinionibus in effectu soluit quod aut petitur pœna uel interesse, & fiat lis super eo, & tunc non admittitur purgatio post litis contestationem, & ita procedat iste textus. aut uero offertur illud quod est petitum, & tunc per solam oblationem purgatur mora ante litis contestationem per lege. sed & si alia. ff. de consti. pecunia. post uero litis contestationem potest purgari mora per solutionem & plenum ad implementum, quia cum per talem solutionem liberetur ab eo quod debet & petitur simul cum obligatione extinguitur mora. §. final. institu. de perpetuis & temporalib. actionibus. & ita intelligitur dicta lex interdum, & dicta lex si seruum. §. sequitur. ut hic per eum, quem sequuntur communiter Doct.

167 Ex cuius † dictis colligitur conclusio prima concernens intellectum istius textus. quod hic præsupponitur petitionem factam fuisse super interesse uel pœna taliter quod offerrendo factum principale dicitur offerre aliam rem, & propterea post litis contestationem non admittitur purgatio moræ. sed obstare uidetur, quia factum & interesse censentur esse idem, Bartol. in dicta lege stipulationes in nona quæstione. & ideo potest fideiussor promittere interesse licet principalis obligetur ad factum. leg. si stipulatus. infra de fideiussori. & iudex datus super re est etiam super interesse. Aretin. in consilio 83. columna quarta. & sic uidetur uaria solutio, & quod procedat indistincte iste textus. per lege. sed si alia. ff. de constitu. pecunia, qui uidetur limitare dictam legem interdum. §. finali. supra eodem. cum similibus, sed defendendo communem responderi potest quod sunt idem quantum ad certum finem, uere tamen differunt, & habent diuersos effectus & diuersa commoda, alioquin indistincte permitteretur purgatio moræ, sicut quando petitur res principalis.

168 Secundo † colligitur, quod quando unum & idem petitur & offertur admittitur moræ purgatio, per d. l. interdum. §. fi. qui potest euitari, ex eo quia declarari debet per d. l. alia, quæ magis distincte loquitur. argumen. leg. sciendum. ff. qui satisda. coga. Secundo fundatur in dicto. §. fin.

de perpe. & temp. actio. qui etiam potest euitari, quoniã dicit, ꝙ ante sententiam debitor cõuentus potest satisfacere creditori & soluere & absolui, sed non dicit de purgatione moræ, sicut in simili dicit Bal. in 3. oppositione. unde uidet posse sustineri ꝙ non admittatur purgatio moræ post litis contestationem, d. l. sed si alia. & suadetur per tex. in l. si seruum. §. sequitur. infra eodẽ. ubi purgatio morę dicitur emendatio, & emendatio non potest fieri nisi ante litis contestationem. l. edita. C. de edendo.

169 Sed non est † recedendum ab opinione Barto. quæ probatur per generalitatem dicti. §. final. & d. l. interdum. §. fi. & per rationem concludentẽ, quoniam purgatio moræ non contradicit iudicio neq; petitioni actoris. sed cõfirmat & implet & concedit illud ꝙ intendit actor sibi fieri & petit cogi reum ad obseruantiam ipsius, ideo cũ tenentes contrarium consentiant quod soluendo quod promisit liberatur, necessario etiã dicitur purgare moram, quoniam purgatio moræ nihil aliud est quam desistere ab inobseruãtia, & obseruare quod tenetur obseruare, sed soluendo quod debet desistit ab inobseruantia, & satisfacit creditori in eo quod debet, ergo dicitur purgare moram satisfaciendo. unde cessat ratio prohibitionis, quæ est quando petitur pœna uel interesse, & offertur factum. nam tunc offerrendo oppugnat iudicium & intentionem ipsius actoris qui desiderat interesse uel pœnam, non autẽ ipsum factum uel pœnam, ideo non debet ita faciliter purgatio permitti. Nec obstat quod sit emendatio, quia licet emendatio libelli non possit fieri post litis contestationem, tamen emendatio moræ fieri potest, quoniam non offendit actorem nec oppugnat petitionem eius, neque etiam facit damnum quod contingit ex emendatione libelli. Non obstat lex sed si alia. quia loquitur in mora actoris in nõ acceptando, in qua oblatio facta a reo actori cessat per litis contestationem. & per consequens etiam purgatio moræ cessat, & nõ dicitur amplius purgare, & actor petens non dicitur amplius negare se nolle accipere. quoniam demonstrantur per eam contrariæ uoluntates, cum si actor petat rem sibi solui demonstrat uoluntatem esse acceptandi quot sibi soluatur, & econtrario reus qui uerbis offerrebat facto dicitur oppugnare, cum contestando litem neget se uelle soluere, & sic amplius nõ persistit id illa oblatione, unde conueniens est ut amplius non possit prodesse sibi oblatio quæ per factum contrarium oppugnatur, & negatio creditori amplius non debet nocere, quoniam per factum demonstrat contrariam uoluntatem, & sic cessat negatio, & inducitur oblatio de recipiendo, ideo cõclusio apparet uerissima, quod post litis contestationem admittatur purgatio quando est conformis cum petitione, & text. in dicta lege. sed si alia loquitur in purgatione moræ quæ fit per contradictionem creditoris, quæ diuersæ est naturæ, & sic loquitur in diuersis terminis, in cuius intellectu doctor. æquiuocauerunt, & dum facit limitationi ad regulam communem.

170 Tertia colligitur † conclusio, quod oblatio ante litis contestationem inducit purgationẽ moræ, sed ei contradicunt multa supra posita, & in spetie quod hic non sufficit oblatio, sed oportet esse aliquod principium cum præparamentis. item obstat text. in l. qui decem. in principio. infra de solutioni. soluunt communiter doctor. fatendo contrarium, & consentiunt quod in lege nostra requiritur principium cum præparamentis, & in obligationibus dandi quod requiratur oblatio realis. & ideo dicunt quod Bartol. hic intellexit de oblatione reali non uerbali tantum, & quod ueniat cum sacro paratus offerrendo pecuniam & eam ostendendo & numerando secundum quod dicitur in dicta lege. qui decem. in principio. de solutioni. nam ubicunque fit mentio de oblatione in dubio intelligitur de oblatione reali, per dictam leg. qui decem. & per Barto. in l. prætor. §. si quis paratus. ff. de noui oper. nuntiatio. secundum Rippam hic post Alex.

171 Si tamen † debitum non est liquidum tenetur habere secum fideiussorem de soluendo facta liquidatione secundum Ange. hic in septima. fall. qui tenet quod non sufficit oblatio. per text. in l. statu liber rationem, & in lege seruus qui hæredi. §. final. supra de statuli. idem tenent Angel. & Imol. in dicta lege prætor. §. si quis. & Bald. in dicta l. si residuum. C. de distract. pignorum. Alexand. tamen in l. si mora. ff. soluto matrimo. tenet quod sufficiat sola oblatio, per text. in dicta leg. si residuum. C. de distract. pigno. ibi, si soluere paratus sit, & ibi, oblato superfluo. iuncta gloss. & ad dicta iura respondet quod loquuntur in seruo paupere qui nihil habet, secus in eo qui est soluendo, argu. l. quicunque. cum ibi no. per Barto. C. de fund. patrimo. libro 10. sed tamen uidetur quod in dicta l. si residuum, tractetur de acquirendo actionem pignoratitiam, & ita loquatur in terminis dictæ. l. si seruus. §. final. item seruus qui fecit negotia domini præsumitur habere reliqua & non quod sit pauper, & in dicta leg. si residuum. uerbum (oblato) superfluo intelligitur cum aptitudine ad soluendum, ut habeat pecuniam in marsupio, quam ostendat. Rippa uero dicebat quod in debito non liquido sufficit offerre si uult se excusare ab interesse uel pœna, sed si uult constituere alium in mora ut consequatur aliquod lucrum opportet etiam ultra oblationem dare fideiussorem.

172 Tu plenius † dicas, Aut sumus in facto successiuo & creditor non recusat, & tunc non sufficit oblatio, sed requiritur principium adimplementi ut in hoc text. ut supra dictum fuit. Aut uero recusat impediendo facere, & tunc sufficit oblatio. dicta leg. si seruus. ibi, rationes offerre. si uero est factum momentaneum, & tunc requiritur ꝙ res sit in præsentia. d. l. qui decem. §. idem responsum, in fi. infra de solutionibus, ut si uult acceptare possit acceptare & si est res immobilis credi-

creditore recusante sufficit oblatio, quia oppor tet accedere ad locum cum communi consensu. si uero est pecunia & creditor non recusat debet eam habere in marsupio & numerare. dicta. l. cum seruus. de conditioni. & demonstrationibus. per legem primam. §. si cista. ff. depo. sed si creditor recusat acceptare, & sic est casus dubius, tamen si creditor instat pro pœna puto quod sufficiat oblatio ad impediendum litis ingressum & alium actum præiudicialem, ut supra dixi in notabilibus post Claudiũ; per glo. in l. si reus paratus. sup. de procuratorib. sed debet cõstitui terminus ut faciat obseruantiam realem ad euitandam moram; sed si debitum non esset liquidum similiter ad euitandum litis ingressum uel impediendam uenditionem uel alium actum præiudicialem, sufficit oblatio, dict. l. si residuum. C. de distracti. pigno. alias requiritur fideiussor, dictis iuribus. in omnibus autem istis casibus si uult non tantũ constituere in mora sed se liberare in totum debet offerre manualiter & deponere. l. acceptam. C. de usur. & l. obsignatione. C. de solutionibus. quamuis creditor recuset acceptare. tex. uero in dicta l. sed si alia, intelligitur de oblatione reali quæ tamen non numerauit, unde postea efficitur morosus contestando litem per ea quæ supra dixi.

173 Quarto † colligitur quod post litis contestationem non sufficit oblatio sed requiritur depositio, per dictam legem sed si alia, & sequuntur docto. tamen ut supra dixi tex. in dicto. §. sed si alia. non facit in proposito; quia loquitur in mora actoris quæ per litis contestationem factam ab eo cessat, quoniam petendo postea in iudicio quod negauit accipere, dicitur desistere a negatione; & reus negando dicitur desistere ab oblatione, sed si ipse fateretur, tunc adhuc posset purgare moram usque ad sententiam, quia perseueraret in inobseruãtia illius quod facere tenetur. Vnde Roman. Imo, & Cuman. in dicta l. & Ruyn. hic tenent quod imo sufficiat actualis oblatio ad purgandum moram, quia si sufficit ante litem contestatam sufficit etiam post litem contestatã, quia semper uidetur stetisse per creditorem non acceptare. l. illud. ff. de pericul. & commodo. rei uendi. tamen hęc ratio non est sufficiens quando reus contestando negat quia desistit ab oblatione, & solum procederet quando reus contestando confiteretur debitũ ut dixi. ideo secũdo pro hac opinione adducunt tex. in l. si rem alienam. §. fi. ff. de pigno. actione, ibi, qui offert in iudicio, nec ualet si dicatur quod ille tex. loquitur de oblatione facta in iudicio quę fortior uidetur, quia ibi erat opus quod ita fieret, cum lis esset super actione pignoratitia intentata quæ non competebat nisi soluta pecunia; & ille tex. intelligitur de oblatione reali quæ habet locum solutionis & est necessaria interpretatio, licet aliqui doct. contradicant, idem probat tex. in l. qui sibi. §. fi. infra de solutionib qui dicit offerrat, offerre intelligitur cum præsentia, quoniam habet uim solutionis ut ibi sentit tex. dum dicit, liberabitur, & intelligitur de oblatione durabili & continua ut habeat uim solutionis, & si est pecunia requiritur oblatio cum depositione, uel saltem habeat saculum paratum, nec obstat dicta le. sed si alia, quia responsum fuit quod loquitur de oblatione non durabili, quoniam contestando negat eã, sed si perseueraret in oblatione contestando litẽ per confessionem tunc duraret purgatio moræ usque ad sententiam, & non posset incidere in pœnas moræ interim.

174 Concludas † igitur quod ad constituendũ quẽ in mora requiritur semper oblatio realis secundum naturam rei, sed non est necessarium quod illa sit continua ante litis contestationem neque postea, tamen non est durabilis exequtio, quia si postea contestatur litem per negationem negat oblationem, & iterum constituitur in mora, & si postea etiam prosequitur litem per sententiam iterum constituitur, ad faciendum autem purgationem durabilem oportet quod oblatio sit cõtinua & cum mente soluendi debitum, sed quia non potest esse oblatio continua nisi fiat assignatio uel depositio, ideo semper est necessaria consignatio uel depositio tam in iudicio quam extra, & ante litis contestationem uel postea, solum autem potest sufficere sola oblatio ante litis contestationem quando creditor negaret cũ instantia uelle acceptare, quia tunc præsumeretur mens continua soluendi, sed si durauit in mora post litis contestationem & uult post suã negationem purgare moram est necessarium soluere pecuniam uel rem debitam, & si creditor acceptat (quod uerisimile est) tunc omnia finiuntur, dicto. §. fi. si uero non acceptat, tunc est necessaria oblatio & depositio talis quæ faciat dominii translationem, iuxta no. in leg. acceptam. per Bal. C. de usur. quia tunc illa oblatio habet uim solutionis, & inducit plenam liberationem. le. obsignatione. C. de solutio.

175 Secundo † opponit Bar. de l. 3. §. fi. cum leg. sequenti. infra iud. sol. ubi lite contestata super pœna uel interesse purgatur mora per oblationem facti principalis si reus suscepit defensionem; quamuis fideiussor conueniretur ad pœnam. Soluit quod est speciale in illa stipulatione seu defensione quæ committitur ad totale interesse ab initio, unde releuatur ut possit purgare moram usque ad litis contestationem ut per eum, ideo habes aliam limitationem ad istum tex. in suis terminis ut non procedat in promissione de defendendo. Solus Cumanus reprehendit Bar. & limitationem per tex. in l. cum quærebatur. uersic. proinde, infra iudicatum solui. ubi illa purgatio non admittitur post litis contestationem, & tamen tex. loquitur de defensione; imo neque ante, quia illa solum committitur per litis contestationem, & ad tex. in dicta l. 3. §. fi. respondet ꝙ loquitur in terminis nostris, nec dicit quod ipse conuentus super interesse posit purgare morã usque ad sententiam, sed solum dicit quod reus qui non erat conuentus in iudicio potest purgare moram suscipiendo defensionem usque ad sen

tentiam super lite cum fideiussore, sed tamẽ quia doct. non uidentur penetrare intellectum dictorum iurium, insistendum est super eorum declaratione, & primo glo. in di. l. quærebatur. §. proinde, in uerbo quod magis, uidetur dicere quod illa stipulatio committitur regulariter ante litis contestationem, & solum per litis contestationem committitur in illo casu de hæremoditio per tex. in l. 3. §. ob rem. alias. §. si reus. eod. tit. Bar. ibi dicit quod committitur ante uere sed lata sententia fingitur commissa per contestationem, & sic uidetur cessare inductio Cuma. & ille tex. non probat quod committatur solum per litis contestationem, nec etiam probat quod non possit purgari post sententiam, tamen nec etiam d. l. 3. §. fi. probat limitationem Bart. in terminis l. nostræ, cum ibi unus sit contestatus litẽ & alius suscepit defensionem.

176 Vnde tu dicas† quod dicta. l. 3. §. fi. loquitur in diuersis terminis, quando ille qui non fuit contestatus litem uult pro suo interesse purgare morã, & ille tex hoc permittit, & ratio probabilis est., quia ipse non renuntiabit facto suo defendendi promisso, cum non sit contestatus litem, & durat in facultate sua prima ut possit semper purgari, cum semper dicatur ante litis contestationem purgare, & in hoc notabilis est ille tex. sed tamẽ non dicit quod ille fideiussor possit post litis cõtestationem super interesse factam ab eo purgare moram, & sic non contradicit, unde solutio dãda est ad illum tex. quod non obstat conclusioni tex. nostri; quia ibi ille principalis non erat contestatus litem, & poterat semper purgare morã ex regula cõmuni, ideo limitat & restringit istũ tex. ut procedat de eo qui contestatus est litem, & uult purgare, sed non procedit in eo qui non fuit contestatus litem, quia semper admittetur ad purgandum usque ad illud tempus quo potest adimplere, & adimplementum suum est utile ut non sit effectum ius actoris deterius.

177 Rippa† tamen hic refert solutionem Bar. in d. l. quærebatur, qui format hanc oppositionem, & Niger refert multas alias quas reprobat, & finaliter tenet, quod quia illa stipulatio lite contesta ta operatur effectum suum, etiam mora contrahitur per litis contestationem, ergo poterit purgari usque ad sententiam ut per Bar. infra in prima quæstione, & uidetur esse de mente Ias. hic, & ille tex. cum l. quærebatur limitat legem nostrã non procedere in mora quæ contrahitur per litis contestationem, quia illa potest purgari usq; ad sententiam. Sed hæc solutio confunditur per glo. ibi & Bar. qui nolunt quod committatur illa stipulatio ante litis contestationem, & cessat ratio in qua fundant limitationem, unde ut dixi, melior est solutio Cuman. quod dicta l. 3. loquitur in reo principali qui uult suscipere defensionem post litem contestatam cum fideiussore, non autem quando est contestata cũ eo qui uult purgare moram, quoniam euitanda est legum correctio. l. præcipimus. in fi. C. de appella. si tamẽ reperitur aliquis casus in quo committatur stipulatio uel mora nisi per contestationem litis, tenẽda erit opinio illa quod poterit purgari mora usque ad sententiam, quoniam unum & idem tẽpus non potest esse pricipium committendi moram & finis purgationis. arg. no. per Bar. in l. ita stipulatus. in 6. quæstio. infra eodem. unde tunc limitatio erit uera in se, sed non per leges allegatas, & ideo habes duas alias limitationes ad hanc secundam regulam, sed alio modo quam formauerint docto.

178 Tertio† opponit Bar. de l. fideiussor euictionis. ff. de exceptio. dol. ubi habetur quod si euictum fuit prædium ut fideiussor de euictione teneatur ad duplum, & propter hoc sit conuentus & condemnatus potest illud prædium dando cũ aliis damnis liberari per exceptionem, & sic admittitur purgatio moræ usq; ad exceptionem, adhoc contrarium dantur tres solutiones, prima est, quod ibi est mora cum culpa tantum, quoniam non fuerat euicta res ex dolo fideiussoris, hic uero fuit mora propter dolum non soluentis, sed Bar. reprehendit, quia omnis mora committi potest sine dolo, ut si aliquis alienauit rem, uel fecit quominus haberet in potestate ignorans se debitorem, tamen est in mora, ut no. in l. quod te. ff. si certum pe. ideo secunda datur solutio, quod hic quis est obligatus ad factum successiuum ibi ad factum momentaneum, sed hanc solutionem etiã reprehendit Bar. quia etiam obligatus ad factũ momentaneum non potest purgare moram post litis contestationem, imo nec etiam nisi inf. modicum tempus, ut habetur in d. §. Seia cauit. præterea non est uerum quod teneatur ad factũ momentaneum, quia euictio est factum successiuum cum teneatur defendere ne euincatur, & defensio est actus successiuus, ideo tertiam ponit Bar. solutionem; quod ille tex. non loquitur in terminis purgationis moræ. nam ibi fideiussor nullã moram cõmiserat, & tenebatur ad solũ interesse uel duplum promissum per stipulationem sub conditione quæ euenit, unde solum ibi tractatur de solutione ut loco pecuniæ debitæ possit soluere ipsam rem. contra legem secundã. §. j. ff. si cer. pet.

179 Sed hoc† ideo est inquit Bar. quia ubicunque pecunia debetur respectu spetiei soluta spetie liberatur. l. si uero. §. fi. supra soluto matrimonio. & sequuntur communiter* docto. sed Cuma. Imol. & Alex. tenent contrarium, quia interesse debetur propter factum promissum, cum lex subrogauerit hanc obligationem ad interesse promissore non præstante factum, & tamen non semper liberatur præstando factum nisi usque ad litis cõtestationem. Soluit Ias. magis uerbis, quam ratione, dicens quod pretium solutum uidetur facere acsi res non esset euicta, sed factum est indiuiduũ & interesse diuiduum, & factum requirit longam præstationem, unde non potest solui loco interesse, & uidetur incidere in secundam solutionem quod aliud sit in facto momentaneo, & uidetur sequi Rippa hic, & sic in effectu præstari res quæ affert eandem utilitatem quam ipsa pecunia sed non præstatio facti respectu interesse, item respõsio con-

sio concludit contrarium, quoniam factum uere præstat interesse debitum quod consistit in solo ualore debiti, & ibi præstatio prædii non sufficit ad satisfactionem solutionis de duplo & sic
180 adhuc durat obiectio Cuma.

Vnde tu†defendendo Bar. melius dicas, negando quod interesse præstetur propter factum seu respectu rei ipsius, sed debetur propter se, & ista obligatio succesit propter moram in facto cumulatiue cum principali ut utrunque sit in obligatione, & in dicta l. fideiussor euictionis, semper prædium fuit obligatum ad interesse sub conditione euictionis, quia emptor priuatur re. & non succesit, sed principale fuit, unde sunt casus diuersi, sicut etiam euenit in dicta l. si uero. §. fi. in qua semper pecunia fuit in obligatione respectu rei. & in l. item ueniunt. §. idem recte. ff. de petiti. hæredita. semper fuit pecunia in obligatione, & merito dicitur deberi in eis pecunia respectu rei & semper solui potest res, idem etiam erit quando alternatiue duo debentur ab initio, ut semper possit fieri solutio. iux. no. in l. si stipulatus sim. infra eodem. & l. Stichum. de solutio. unde appa-
181 ret quod hæc obiectio quod interesse debeatur propter factum non est uera. Iason etiam†soluit quod ibi erat fideiussor qui tenebatur ex facto alieno, ideo admittitur purgatio. l. sancimus. C. de fideiuss. sed hoc etiam nihil est, quia idem est in principali uenditione. l. emptoris. la secunda. ff. de euictio. iuncta glo. ibi. Niger hic refert solutionem Petri dicentis, quod ibi fuit per sententiam euictionis commissa mora, ergo post sententiam potuit purgari arg. eorum quæ supra diximus. sed ipse facit unum præsuppositum, quod ibi fuit sententia de euictione rei, quod falsum est, quia ibi fuit sententia super stipulatione duplæ uel ad interesse condemnando fideiussorem, & quamuis per aliam sententiam præsupponatur euictio facta, tamen de ea ibi non agitur, postea refert alias solutiones, & reprehendit, & finaliter tenet quod supra, addendo aliquas limitationes ad dictam legem fideiussor.

Tu teneas solutionem Bar. quod ibi fideiussor erat condemnatus ad pecuniam, quia emptor erat priuatus prædio empto, & nulla præcesserat mora, quia euictio erat facta per sententiam uenditore defendente inquantum per ipsum poterat, & ideo perfecte erat adimpleta conditio stipulationis de dupla uel ad interesse, ideo cū teneatur propter priuationem rei, quoniam emptor per talem stipulationem mentaliter tantūmodo procurauit ut retineret perpetuo ipsam rem, ideo uidetur obligatus ad pecuniam propter ipsam rem, merito si eam habet cum omnibus expensis perinde est acsi satisfactum esset de ipsa pecunia debita, & habetur acsi nunquā fuisset priuatus. Item ibi obligatio ad pecuniam subrogatur ex prouisione hominis, hic uero subrogatur ex prouisione legis propter moram uel aliter factum definit esse hic in facultate soluendi ex prouisione legis quæ apposuit terminum ad soluendū facta subrogatione, uel clarius dicas quod quod ille tex. non facit quia non loquitur de purgatione moræ, sed de solutione pecuniæ debita propter euictionem factā inducentem priuationem, & ratio est, quia illa pecunia debetur sub conditione euictionis, quæ conditio non uidetur extitisse si prædium cum accessionibus restituatur, ita quod emptor habeat rem ipsam perpetuo sicut desiderabat, ideo re tradita cessauit causa obligationis, ergo & sequta restitutione rei cessat causa debiti, & ita teneas. & sic summa rationis differentiæ est, quia præstita re cessat euictio.

Quarto opponit Bar. de l. hoc edicto. ff. de public. & uecti. ubi permittitur purgatio usque ad sententiam quando publicanus uiolenter abstulit rem & incidit in pœnam ædicti dupli ex illo ædicto, & conuenitur ad illam pœnam, & tamen potest purgare moram usque ad sententiam, hic quoque conuenitur ad pœnam, & tamen non potest purgare moram præstando factum promissum nisi per litis contestationem. Soluit Barto. quod ibi tractatur de pœna legali, hic uero de pœna hominis. unde est limitatio ad l. qui ea mēte. infra de fur. & est de eius materia, & si dicatur quod imo interesse est pœna legalis. per l. 1. ff. si quis ius dicenti non obtemperauerit. respondetur quod non est uera pœna, cum ex parte agentis respiciat satisfactionem damni sui, ibi uero erat pœna uera afferens lucrum ultra rem.

182 Secundo soluit† quod ibi sumus in actionibus arbitrariis introductis a lege pro delictis, ut in casu legis si cum exceptione. §. satis clementer. supra quod metus causa. nam qui per metum abstulit rem si conueniatur offerendo rem liberatur, sed si condemnatus non soluit succedit actio arbitraria ad quadruplum, & tamen liberatur præstando ipsam rem, & ita quoque dicetur hic, & ꝓ ista solutione quæ uidetur teneri per Bar. cum sit ultima, facit quod uoluit idem Bar. in l. amplius non peti. ff. rem ratam haberi in secunda colum. dum allegat l. Papinianus. §. meminisse. supra de inoff. testa. ubi pœnitentia permittitur, & sic purgatio moræ usque ad sententiam. sed in contrarium postea facit, quia interesse est pœna legalis. dicta l. fi. §. fi. si quis in ius uoca. non ierit. & dictū fuit supra in. 6, oppositio. & si in delictis magnis lex permittit moram purgari quamuis tractetur de committendo, ergo fortius in isto tex. permittetur, quia tractatur de delicto in ommittendo. Soluit Niger, quod in dicta. le. hoc ædicto pœna est mere pœna afferens lucrum ultra rem, & imponitur pro crimine & non succedit loco rei, hęc uero de interesse non est mera pœna sed succedit loco rei promissæ satisfaciendo damnum habitū ex mora & non præstante lucrum, & reputatur pœna hominis. nec obstat lex qui ea mente, quia loquitur in pœnis legalibus quæ ab initio debētur, sed in ædicto de publicanis non est pœna ab origine secundum Bar. in d. l. qui ea mente. & oppone & solue ut hic per Rip.

183 Præterea†contra solutionem Bar. quod nō sit bona, facit, quia assumptum suum non est uerum

quod actio in factum de publicanis sit arbitraria, ut uoluit Bar. in dicta l. hoc ædicto. & in le. 1. §. unde quæritur. ff. de publicia. soluit Rippa mē dicando defensionem, & dicit quod satis est arbitraria quia est in arbitrio debitoris soluere ipsam rem, & euitare sententiam; quæ solutio non est admittenda, cum alioquin in omnibus obligationibus factorum, & in multis similibus in quibus quis potest soluere unam rem pro alia actiones competentes dicerentur arbitrariæ, & hæc qualitas arbitrariæ actionis non sumitur ex arbitrio ipsius debitoris sed ab arbitrio concesso a lege ipsi iudici, ut habetur in l. in actionib. supra de in litem iurand. unde hæc secunda solutio non tenetur neque tenenda est.

184 Prima autem † uerior est, ꝙ ibi sumus in obligatione legali, hic uero in obligatione a facto hominis depēdēte, sed tunc instari potest de ratione diuersitatis quare ibi lex dedit istam facultatem soluendi ipsam rem usque ad sententiam, & nō hic, maxime quia ibi tractatur de crimine in committendo hic de delicto in ommittēdo, sed resolutio est, quia ita sibi placuit, & mitius agitur cum lege quam cum homine quando eius mētem habemus, & uoluit clementiam seruare, prout in alio proposito dicitur in d. l. si cum exceptione. §. satis clementer. quod met. caus.

185 Quinto † opponitur per Bar. quod imo possit purgari mora nedum post litis contestationem sed etiam post sententiam condemnatoriam usque ad litis contestationem super exequtione. per tex. in l. item ueniunt. §. idem recte. supra de petitio. hæredita. Soluit ipse quod ille tex. loquitur in diuersis terminis, quoniam procedit quando facultas soluendi est ab initio concessa a lege, ut incontinenti unum sit in obligatione, & aliud in solutione. nam tunc durat hæc facultas perpetuo usque ad exequtionem, hic uero pœna non fuit ab initio apposita uel saltem subrogata ut ipsum factum esset in solutione, sed solum factum ab initio fuit in obligatione, & postea propter moram succedit obligatio ad pœnam uel interesse, & ideo permittitur purgatio tantummodo usque ad litis contestationem de pœna. Item est alia diuersitas, quia ibi est facultas concessa a lege, hic uero agitur de facultate concessa ab homine, unde seruatur tex. in l. si decem in mille. infra de solutio. quæ solutiones ueræ sunt quantum ad diuersitatem casuum, quia ibi est unus casus & hic alius casus, sed non continent postea rationem diuersitatis, quare secus sit in uno casu quam in alio, unde hæc solutio uidetur esse contra tex. in l. fideiussor euictionis. ff. de exceptio. doli. ubi propter euictionem, & propter moram seu contrafactionem succedit obligatio fideiussoria ad duplum, & tamen potest liberari adimplendo post sententiam, & sic uidetur esse idem quod in dicto. §. idem recte. item obstat lex fundum Cornelianum. ff. de nouationib. ubi desinit unum esse in solutione, & tamen non liberatur, ideo solue quod dicta l. fideiussor non contradicit, quia loquitur de materia solutionis, & quando debetur pecunia propter spetiem ut soluendo spetiem liberetur, non autem de purgatione moræ, Vnde nō obstat huic distinctioni ut supra dictum fuit.

186 Propterea † ut resoluas contraria distinguas hoc modo. Aut ab initio unum est in solutione, & aliud in obligatione ex dispositione legis, & tunc semper durat ista facultas usque ad exequtionem, dicto. §. idem recte. & l. miles. §. decem. de re iudi. & l. si uero. §. fi. de solutioni. & l. mulier. ff. quib. mod. pign. uel hypo. solui. & no. in dicta. l. quod te, & est ratio, qa lex perpetuo dedit istā facultatem propter commoditatem soluentis. non autem habito respectu ad pœnam siue tractetur de facto alieno, ut in dictis iuribus iūctis, & ideo si fit contestatio super pecunia debita semper sit cum alternatione aut rem præstare, & in sententia idem dicitur in dicta l. miles §. decem.

187 Aut † uero unum est in obligatione, & aliud in solutione ab initio ex dispositione hominis, & tūc facultas soluendi præcluditur per litis contestationem. dicta le. si quis stipulatus sit decem in mille. infra de solutio. & ibi Barto. in fine. & est ratio, quia stipulator noluit stare suspensus per tantum tempus, sed uoluit quod tantummodo usque ad litis contestationem possit soluere rem ex eorum tacita mente, unde quando fit litis contestatio super pecunia non fit cum qualitate, aut rem soluere, sed simpliciter conueniuut ut super sola pecunia procedatur, & seruatur eorum uoluntas qnoniam totum dependet ab ea, & simile potest adduci in l. 1. de penu leg. & l. demum. & l. si cum præfinitione. ff. quando dies leg. ced. Si ue-

188 ro † ab initio unum tantummodo est in obligatione, idest ipsa res uel factum, & postea succedit obligatio noua ex dispositione legis, & tunc similiter durat facultas soluendi factum uel rem usque ad litis contestationem super noua obligatione per istum tex. & est ratio, quia lex noluit in tantum recedere a præsumpta uoluntate stipulatoris qui non uult stare suspensus semper, ideo sicut si hoc esset conuentum præfixum esset tēpus contestationis litis, ita & in hoc casu est præfixū a lege, & ideo quando fit contestatio litis nō subintelligitur qualitas aut factum præstare, sed simpliciter quasi contrahunt ut super solo interesse uel pœna procedatur renuntiando principali ꝑmissioni, ut hic in tex, & idem est quando succedit pœna ex dispositione hominis per eandem rationem. dicta l. 1. de penu legato. Tamen fallit in materia euictionis, dicta l. fideiussor euictionis, quia ibi illa pecunia subrogatur propter cuiūs euictionem procedentem ex nouo facto, quam euictionem stipulatus fuit quia intendebat perpetuo habere rē, merito superueniente rei solutione debitor liberatur, quasi pecunia debeatur respectu ipsius rei, & sic apparet quod solutio Barto. est uera, quia casus sunt diuersi, quoniam ibi ab initio unum fuit in obligatione aliud in solutione, hic uero ab initio unum tantū erat in obligatione, & propter moram superuenit alia obligatio, & ratio differentiæ fuit assignata, & hæc quan-

quantum ad oppositiones Bar.

189 Quibus expeditis† Barto. format nouem quæstiones a quibus dicit dependere totam materiã, & prima est, quoniam in l. nostra ponuntur hæc duo dicta, & quare post litis contestationem mora non possit purgari, & respondet ipse rationem esse, quia per contestationem inducitur duplicata mora, & duplicatum delictum meretur pœna, & non est dignum uenia. l. 3. in fi. C. de hæret. & gemminatio multa operatur. l. balista. infr. ad Trebellia. & ideo infert quod si mora committatur per litis contestationem uel postea poterit purgari usque ad sententiam, quia tunc est unica mora & etiam post sententiam usque ad contestationem super exequtione, & de utroque est tex. in l. in fideicommissaria. in fine principii. ff. de usur. & ponit exemplum in transactione facta post litis contestationem, quia si cõmittetur mora in non obseruando, & reuertatur ad primam litem poterit purgari mora usque ad sententiam quia unica est mora, ut per glo. ita communiter intellectam in l. siue apud acta, in uerbo urgere, & in l. si maior. C. de transactionib. & hac ratione Ias. adducit text. secundum suum intellectum in l. traiecticiæ. sup. de actioni. & obligatio. ubi secundum eum propter dupplicatam interpellationem impeditur purgatio moræ.

190 Sed tamen hanc† rationem reprehendit Alex. hic post alios, quia proprie non est duplicata mora, sed cum una sit super facto, & alia fiat super interesse uel pœna, & sic sunt duæ diuersæ moræ super diuersis & non una duplicata, & contra confirmationem Ias. facit, quia alias gemminata interpellatio & fortius decuplato impediret commissionem moræ, & sic esset in facultate actoris impedire purgationem moræ in omnibus casib. quod est contra mentem omnium iurium.

Tertio contra dictam rationem facit, quia litis contestationem præcedit libellus qui & ipse inducit commissionem moræ, ut ego dixi in leg. uinum. & in l. quod te. ff. si cer. pe, & sic est duplex mora considerando primam extra iudicialem, & tamen non impeditur purgatio usque ad litis contestationem. Quarto facit, quia si hæc duplicatio consideraretur nunquam post litis contestationem permitteretur purgatio moræ, & tamen uidemus quod quando petitur illud quod debetur semper permittitur, & in aliis casibus positis in oppositionibus. Quinto facit lex si ita qs §. Seia cauit. infra eodem. ubi post modicũ tempus non potest purgari mora, & tamen unica tantum præcessit. unde apparet quod hæc ratio Bar. quamuis communiter approbata non potest sustineri neque uera est.

191 Ideo† Alex. ponit secundam rationem, quod per litis contestationem inducitur quasi contractus, ut procedatur in iudicio super lite de interesse a quo reus non potest discedere. l. 3. §. idem scribit. supra de pecul. & l. secunda. §. fi. ff. de prætoriis stipulatio. ideo si ambo consentiunt quod procedatur super lite de interesse uel pœna uidetur conuenire quod amplius non fiat adimplemẽtum rei principalis, unde uidetur reus renuntiare purgationi moræ. sed huic rationi obstat, quia in l. item ueniunt. §. idem iuris non possit purgari mora facta contestatione super estimatione damni & lata sententia, quod est contra illũ tex. respondet Niger quod ibi mora fuit commissa post sententiam, quod est somnium, Tu dicas quod ibi lex ab initio dedit facultatem soluendi seruum pro noxa perpetuo, & non dicitur ibi esse moræ purgatio, quia seruum ipsum soluere non tenebatur, sed dicitur præstare ipsum seruũ pro satisfactione pecuniæ debitæ a lege permissa, & cum lex det perpetuo istam potestatem quãdo fit contestatio litis super estimatione damni subintelligitur tacita clausula (uel dare seruum pro noxa) & idem fit in sententia. l. miles. §. decẽ. supra de re iudi. ideo non uidetur ei renuntiare, nimirum si permittitur, & sic non obstat, quia loquitur in diuersis terminis.

Secundo obstat, quia ante litis contestationẽ similiter inducitur quasi contractus, ut per Bart. in dicto. §. idem scribit. colum. secunda. ergo nec etiam post eum deberet posse purgari mora quãuis non esset lis contestata, sed tu responde quod ille quasi contractus præcedens non est super meritis causæ sed fit super accidentalibus & aliis dilatoriis discussionibus, & super meritis tantum fit per litis contestationem. Tertio obstat, quia se queretur quod ex parte actoris & ubi est dies & pœna mora posset purgari post longum interuallum, quod tamen est falsnm secundum Nigrum, sed hoc minus obstat, quia actor ipse facit quasi contractum per litis contestationem, & offert se paratum acceptare pecuniam oblatam, quia constituit in mora debitorem. le. sed & si alia. ff. de consti. pecunia. & supra declaraui in prima oppositione, & ubicunque est dies & pœna non permittitur purgatio moræ, quia alia renuntiatio præcessit, quoniam partes apponendo diem, & pœnam uidentur tacite conuenire quod nõ possit fieri purgatio, sed quando hoc non fuit actũ porrigitur hæc potestas usque ad litis contestationem, quia nullus actus interuenit per quem inducatur renuntiatio purgationis usque ad litis contestationem, unde teneas rationem prædictam quam ego etiam supra sæpius allegaui & firmaui.

192 Tertia ratio† assignatur, quia post litis contestationem offenditur iudex & pars, ideo durius agitur, secus autem ante litis contestationem, ideo non est causa priuandi eum hac potestate. cap. primo. §. fi. de appellatio. in 6. sed ista ratio confunditur per multa quæ adducit Niger hic, & ultra eum per duas rationes supra positas, quia sequeretur quod in obligationibus dandi non posset purgari mora, quæ tamen passim permittitur, ut diximus in prima quæstione, item nec ẽt in l. hoc ædicto. ff. de pub. & l. si uero §. fi. ff. solut. matrim. mora non posset purgari. & generaliter quando unum petitur, & aliud offertur, quod est contra omnia prædicta. Quartam rationem adducit Paulus de castro & sequitur Alex. quia per

litis contestationem efficitur potentius ius acto ris.l.aliam.infra de noua.& l.post litem.ff.de procura.sed nec etiam hæc ratio ualeret per rationes prædictas,quia sequeretur quod nunquã possset purgari mora post litis contestationem etiã in casibus supra traditis; quod est contra dicta iura.itẽ sequeretur e contrario,quod quãdo esset dies & pœna semper permitteretur moræ purgatio,quoniam esset debile ius actoris, quod est cõtra firmata in 4.opposi.Bar.primæ partis. Quare teneas rationem Bar.neq; alias esse bonas, & solum secunda ratio supra defensata est tenẽda.

193 Secundo† principaliter ex dictis Bar. colligitur quod ubicunque mora incipit post litis contestationem potest fieri purgatio usque ad sententiam,& tria exempla ponuntur,unum in l. cũ quæretur.§.proinde.infr. iudicatum solui.Aliud in transactione quando post litis contestationẽ facta fuit transactio sine stipulatione, nam tunc si reus non uult obseruare transactionem licitum est actori reuerti ad primam litem,tamen si postea reus pœnitentia ductus dicat se uelle obseruare promissa impedietur progressus litis ut per glo.in l.siue apud acta.C.de transf.in uerbo urgere,quæ simpliciter dicit permitti purgationem per tex.in l.si maior.in uerbo non offerant,a cõtrario,eodem titulo.& tertium exemplum ponit Ias.hic,quando aliquis nullam commisit moram ante litis contestationem, ut quia non fuit interpellatus,neq; apposita fuit dies, per rationem, quia unica tantummodo est mora, ideo cum sit leuis contumacia admittitur usq; ad sententiã.

194 Sed tamen† cõtra hanc conclusionem instabat Roman.uolens quod non duret hæc potestas usque ad sententiam sed tantummodo usq; ad primum actum sequentem, quia ubicunque post litis contestationem fiunt ea quæ solent præcedere litis contestationem permittuntur fieri usque ad actus sequentes,ut est constitutio procuratoris,ut per glo.in l.secunda.C.de consortib. eius. litis.& Bar.in l.Pomponius.§.rati. in prima oppositione.supra de procuratoribus.cap.insinuante.de officio delegati. cum concordantibus hic allegatis per Ias.& hanc opinionem tenent etiã Paulus de castro in dicta l.si maior. & Fulgosius in dicta l.qui fidem.supra de transactionib. sed tenendo illationem Bar.Ias. respondet prædictæ rationi quod illa procedit quantum ad excludẽdas exceptiones dilatorias, & ad eas restringitur illa glo.sed cum ex transactione oriatur exceptio peremptoria litis finitæ.cap.primo.de litis contestatione in 6. & le.fratris. Cod. de transactionibus. ideo non potest excludi per primum actum habentem uim litis contestatæ, sicut nec excluderetur per ueram litis contestationem.le. peremptorias.C.sententiam rescindi non posse. & tenet etiam Alex. hic & Rippa & est communis* conclusio.

195 Tu uero† dicas quod duo sunt consideranda. primo super ratione Bar.& docto. in qua fundatur decisio & tunc concludas quod illa nõ est bona quia quod sit multiplicata mora nihil facit ad impediendam purgationem moræ. Sed quantum†

196 ad decisionem cõclusio Bar. est uera ut porrigatur usque ad sententiam hæc potestas, quoniam per ueram litis contestationem inducitur tacita renũtiatio ut dixi,sed post eam nullus est actus qui faciat istam renuntiationem,ideo durabit potestas usque ad sententiam,& quamuis primus actus habeat uim litis contestationis respectu aliquorum effectuum, tamen non est uera litis contestatio per quam inducatur ille quasi cõtractus cum tacita renuntiatione, unde sequitur quod quando offertur illud quod petitur post litis contestationem potest fieri purgatio moræ usque ad sententiam,ut dictum fuit in prima oppositione, quoniam per talem contestationem non inducitur illa renuntiatio de soluendo factum principale, quoniam conueniunt, ut illud fiat omnino, atq; etiam omnimodo obseruetur.

197 Et† apparet quod non habemus terminum præcludentem purgationem moræ nisi renuntiatio tacita quæ fit per appositionem diei & pœnæ ex tacita conuentione,& per litis contestationem, & deficientibus istis duobus modis purgatio moræ perpetuo durat, & propterea conclusio Bart. remanebit uera, ut duret potestas usque ad sententiam,sed non per suam rationem, nec obiectio Romani impediet, quia ille primus actus sequens nõ inducit hanc tacitam renuntiationẽ.

198 Ideo† generaliter dicas, quod ubicunque mora incipit per litis contestationem uel postea durabit purgandi potestas usque ad sententiam. unde distinguas, aut ius offerrendi superuenit post litis contestationem & tunc poterit purgare moram quia non inducitur illa renuntiatio.le.rem.§.fina. ff. de pignora.actione. & cap. pastoralis.de exceptionibus. & dicta l. si maior. aut ius offerrendi erat ante litis contestationẽ sed mora fuit commissa per litis contestationẽ super principali tenendo opinionem cõmunẽ* quod non committitur per dationem libelli, & tunc omnis mora poterit purgari, quia offertur quod petitur,sed si fit super alio, ut super pœna uel interesse contestatio litis, tunc casus non potest euenire quod per eam inducatur mora super principali, cum interesse non possit deberi uel pœna nisi præcedat mora extraiudicialis, ideoq; non poterit illa mora amplius purgari, per istũ tex.& si tractetur de mora super interesse uel pœna,semper purgari poterit,quia offertur quod petitur, si uero fiat super alio contestatio, tum ad rem obligatam inducitur mora,ut in obligatione de defendendo rem petitam,& tunc reus non poterit purgare moram secundum aliquos,tamẽ melius est ut etiam possit usque ad sententiam, per dictum.§.proinde.quia nulla per eam inducitur renuntiatio, & propter rationes supra positas,& tanto fortius istud procedit quando potestas soluendi concessa fuit a lege, ut in dicto. §. idem recte,& dicta l.fideiussor euictionis,& le. si uero.§.si.ff.soluto.matr.quia uidentur facere contestationem litis cum illa qualitate quod offerre possit.d.l.miles.§.decem.ff.de re iudica.

Secundo

199 Secundo quærit† Barto. hic de necessaria quæstione sine qua nihil haberemus in hac lege, an clausula (rato manente pacto) inducat prohibitionem purgationis moræ, quæ clausula hodie ex stilo omnium notariorum apponitur in instrumentis, & habetur de ea in lege qui fidem.
200 ff. de transactio. Nam† desiderantes stipulatores adimplementum rei promissæ omnino fieri, ut incitent promissorem ad obseruantiam, apponunt pœnam, sed tamen quia illa pœna nouat principalem stipulationem. lege obligationum fere. §. finali. supra de actionibus & obligationibus ut dictum fuit in septima oppositione Bartol. primæ partis, euenit quod si pecunia soluatur non potest amplius stipulator petere rem, quoniam includitur ualor rei in pœna. lege rescriptum. §. si pacto. supra de pactis. & lege prædia. supra de actio. emp. propterea quã uis consequatur pœnam maiorem, tamen non habet illam satisfactionem de re promissa, ideo ceperunt stipulatores apponere clausulam (rato manente pacto) uolentes quod per moram non fiat nouatio primæ obligationis, sed quod duret prima obligatio, & etiam exigatur pœna, unde solent dicere notarii, promisit sub tali pœna, qua pœna exacta uel non exacta nihilominus teneatur ad obseruantiam dictæ promissionis, ideo quamuis actor exegerit pœnam, nihilominus adhuc poterit conuenire debitorem ut obseruet promissa.

Modo dubitatur an illa clausula operetur ut ille debitor amplius non possit purgare morã, quæ purgatio operaretur duo, quod obseruaret promissa, & actor nullam pœnam consequi possit, unde dubitatur an stante dicta clausula possit reus purgare moram & eludere perspicaciam actoris, in qua quæstione doctores antiqui & moder. fuere uarii & contrarii adducentes uaria fundamenta pro utraque parte, quibus tamen responderi potest ut articulus remaneat dubitabilis, & quoniam Petrus tenebat opinionem quod impediretur purgatio moræ per unam suam regulam quod quando pœna potest exigi simul cum principali impeditur purgatio moræ, per legem traiecticiæ. supra de actionibus & obligationibus. declarando ut dictum fuit super quarta oppositione primæ partis.

201 Pro opinione† igitur sua Bartol. adducit tex. in lege tertia. §. qui Stichum. digest. de eo quod certo loco. præsupponendo quod actio arbitraria habet locum in illo titulo ut teneatur reus non soluens loco promisso ad interesse ex officio iudicis, & ultra ipsum interesse consequitur etiã pecuniam debitam, & in dicto. §. qui Stichum. dicitur quod ubicunque promissio est alternatiua, si respicit actionem, electio est actoris, si respicit solutionem electio est rei in quo loco soluat usque ad petitionem actoris idest litis contestationem ut ibi declarat gloss. unde probatur quod quando pœna uenit simul cum principali admittitur purgatio moræ usque ad litis contestationem, ergo eodem modo in hac clausula licet petatur pœna cum principali, admittetur purgatio moræ. Sed ad istud fundamentum respondetur multis modis per tenentes contrarium, & Baldus dicebat quod ista ratio non ualet unam muscam, quia istud interesse non est in obligatione, & solum uenit officio iudicis, unde ibi ratione moræ non succedit noua obligatio. lege centum capuæ. & lege final. digestis de eo quod certo loco. sed quæstio nostra est, quando ratione moræ succedit noua obligatio plena per quam ipse reus incipit duplici obligatione ad duo teneri. Secundo respondebat Angelus quod illa iura loquuntur de interesse in quo consueuit facilius purgari mora quam quando est pœna conuentionalis, & magna ratio differentiæ est inter interesse & pœnam conuentionalem, ut per Bartolum in sexta oppositione primæ partis. Tertio respondebat Fulgosius, in actionibus arbitrariis interesse non uenit propter moram, sed quia alio modo soluitur quam conuentum fuit, dicta lege centum capuæ. & lege final. & ideo si solutio fieret in loco destinato non ueniret interesse, sed nos loquimur quando pœna est efficaciter commissa propter morã, ut hic refert Iason. Quarto respondebat Rippa quod dictus. §. si Stichum loquitur in aliis terminis, quia aliud est quærere usque ad quod tempus competat debitori facultas eligendi locum solutionis, Aliud an admittatur moræ purgatio ad euitandam pœnam iam commissam ut respondet Bar. in ultima oppositione secundæ partis.

202 Secundo† pro opinione sua Bartolus adducit leg. si quis rem. digest. de arbitr. ubi qui fecit compromissum sub pœna conuenit aduersarium coram iudice, & ibi determinatur (ne eludatur compromissum) quod teneatur ad pœnam, & nihilominus lis procedat coram iudice, & sic etiam teneatur ad rem ut alius possit habere, & pœnam & rem simul, & tamen admittitur purgatio moræ. per legem si cum dies. §. finali. supra de arbitr. ergo etiam stante hac clausula, quamuis possit petere, & rem & pœnam admittetur purgatio moræ. Respondent tenentes aliam partem, quod in compromisso pœna contemptus non potest peti simul cum re ipsa principali, de qua habetur in lege si cum dies. §. finali. & solum pœna quæ est propter elusionem compromissi exigitur cum principali in qua nõ habet locum purgatio moræ, sed pœna retardatæ solutionis non exigitur simul cum re, nec hoc dicitur in dicta lege si quis rem. Secundo respondet quod quæstio nostra est in extraiudicialibus, & Bartolus arguit de iudicialibus, unde non est in proposito ut ipsemet tenet in octaua oppositione. Tertio respondet Fulgosius quod dicta lex si quis rem non dicit pœnam compromissi posse peti simul cum re principali petita, quia esset contra legem Celsus. digest. de arbitris. quam tamen reprehendit hic Iason. Quarto respondet Rippa quod conclusio loquitur,

quando utrunque potest peti eadem actione seu dependente ab uno contractu, textus autem ille loquitur quando utrunque potest peti diuersis actionibus, ut per Bartolum in lege ita stipulatus. in undecima oppositione primæ partis infra eodem.

203 Tertio Bartol. probat† opinionem suam, quia si pœna est maior re promissa consequitur actor & pœnam & rem. l. si quis a socio. infra pro socio. & l. prædia. de actio. emp. & tamen admittitur purgatio moræ. l. j. ff. de penu leg. & d. leg. qui Romæ. §. Flauius. ergo eodem modo admittetur purgatio, quamuis per dictam clausulam utrunque simul peti possit, respondent tenentes contrarium, quod illa iura nihil dicunt de purgatione moræ, unde possumus dicere in eis non admitti purgationem. Secundo respondetur quod loquuntur in contractibus bonæ fidei in quibus potest mora purgari propter æquitatem leg. insulam. §. finali. supra locati. Tertio respondetur quod prædicta iura procedunt quando pœna potest peti ex prouidentia legis, sed nos loquimur quando ratione pacti expressi actum est ut utrũque debeatur. Quarto respondet Iason, quod textus in §. Flauius nihil facere uidetur, quia ibi non apparet quanta esset pœna, & quod pœnæ quantitas excederet rem principalem & manumissio est res inestimabilis. Similiter nec lex prima de penu legato facit, quia non apparet de quantitate pœnæ, item dicta lex si quis a socio loquitur de contractibus bonæ fidei. Quinto respondet Rippa quod ibi utrunque potest peti ex prouidentia legis, conclusio uero nostra procedit quando utrunque petitur ex prouidentia hominis quæ fortior est, quia mitius agitur cum lege, & sic opinio Bartoli remanet sine fundamentis, & generaliter omnibus potest responderi, quod non sequitur, utrunque potest peti & mora purgari in dictis iuribus, ergo poterit in hoc casu, quoniam alia ratio est quando est apposita dicta clausula, quia per eam impeditur nouatio, & pœna separatur a commissione prima, ideo sicut pœna non potest tollere principalem obligationem eodem modo neque solutio facta de principali potest per purgationem tollere pœnam, quia sunt separatæ obligationes, ergo utrunque semper ex uoluntate actoris peti poterit & non poterit reus euitare sub colore purgationis moræ.

204 Vnde ultra † Bartolum Iason. hic adducit aliã rationem post Imola. columna penultima. nam dicta clausula (ut rato manente pacto exigatur pœna) est dubia, & non habet clarum intellectum an intendant partes uelle tollere purgationem moræ, & potest intelligi quod tollatur & non tollatur, ergo in dubio debet interpretari pro mitiori parte ut æquitas seruetur, & odium excludatur. lege cum quidam. ff. de liberis & posthumis. capitulo in pœnis. de regulis iuris in sexto, item uerba dubia in stipulatione interpretantur contra stipulatorem qui potuit legem apertius dicere. leg. quicquid astringendæ. & lege stipulatio ista. §. in stipulationibus. sup. eodem, & l. ueteribus. supra de pactis. ergo debet fieri interpretatio quod non sit sublata facultas purgandi moram fundata in æquitate. sed responderi potest negando quod sit dubia, quoniã per eam apparet quod uoluerunt partes impedire nouationem atque impedire ne in exactione pœnæ includatur interesse & ualor ipsius rei, iuxta legem rescriptum. §. si pacto. digest. de pactis. & propterea uoluit separare principalem obligationem a pœnali, qua separatione facta succedit postea quod ille præstando rem principalem liberatur ab obligatione sua, & hæc liberatio non est exclusa, sed exclusum est tantummodo quod per adimplementum in principali non tollatur obligatio pœnalis, quæ separata est. unde potius potest dici quod purgatio non dicitur conuenire seu adaptari posse, quam quod fuerit exclusa.

205 Quinto† etiam pro opinione Bar. adducitur alia ratio, quia ista clausula (rato manẽte pacto) quantum ad pœnam nihil operatur ut magis debeatur uel non debeatur, sed solũ operatur quantũ adhoc ut per exactionẽ pœnæ principale debitũ non tollatur ut uerba sonant, ideo cũ nihil dicat de purgatione illa nõ uidetur prohibita. Sed respondetur quod licet expresse non prohibeat purgationẽ tamen implicite eã tollit, quia fatendo quod pœna non nouet neq; includat principalem obligationem separat has duas obligationes, ideo sicut ipsa pœna nihil mutat de principali obligatione eodẽ modo nec principalis obligatio dicitur mutare de pœna, ideo purgatio moræ est exclusa, cum adimplementum nõ possit tangere ipsam pœnam, neque eam impedire, & solum operabitur liberationem ab ipsa principali obligatione.

206 Sexto† adducitur tex. in cap. potuit. ex. de locato. nam si emphyteuta non soluit canonẽ priuatur re emphyteutica, & hæc est pœna, postea etiã potest petere canonem non solutum pro annis præteritis etiam quod fuerit exclusus. auth. qui rem. C. de sacrosanctis ecclesiis. & tamen admittitur purgatio moræ. d. ca. potuit. ergo eodẽ modo licet per dictam clausulam, & res & pœna exigatur non debet impediri purgatio moræ. Sed respõdetur per Ias. hic quod ille tex. loquitur de pœna legali, nos de pœna conuentionali, & mitius agitur cum l. quam cũ homine. d. l. Celsus. cũ sua glo. Secundo respondet quod loquitur in emphyteuta ecclesiæ, & in foro ecclesiæ quæ est magis misericors & non prona ad pęnas, ut per Iacobum de Beluisio in §. scire. in authen. de non aliena. Bald. in dicta auth. qui rem. Ange. Imol. & Alex. hic. Tertio respondetur quod ille text. loquitur de æquitate canonica secundum quam omni casu permittitur moræ purgatio. capitul. suam. extra de pęnis. secundum unum intellectum traditum per Hostiensem in summa de arbitr. §. sed qualiter. cum alis hic adductis per eum, & sic apparet quod loquitur in casu speciali, & non debet trahi in consequentiam, unde ap-

de apparet quod communis opinio remanet sine fundamentis.

207 Contrariam † autem opinionem tenuit Petr. de bellapertica quem ubique sequitur Baldus qui nunquam contra morem suum in hoc uariauit, & utrunque sequitur Petrus de Besutio hic, & Baldus in dicta lege & si post tres. in lectura, in antepenultima columna. & Saly. & multi alii quos hic refert Iason. in uersicul. contrariam opinionem, & pro ea adducitur ratio, quia licet pœna possit peti simul cum principali uigore dictæ clausulæ, tamen proueniant ex diuersis causis, quia pœna accedit ultra debitum, & non succedit in locũ rei debitæ, ideo sequitur quod licet debitor soluat illud quod promisit ex una causa non debet afficere neque impedire obligationem pœnalem quæ nascitur ex uaria causa. Vnde sequitur quod adimplementum super principali non potest habere uim purgationis moræ ut trahatur ad obligationem pœnalem a qua separatur, sed solum habet uim liberationis a sua propria obligatione, nam cum purgatio moræ admittatur quando istæ obligationes sunt unitæ, & connexæ, si per clausulam separantur, desinunt esse termini habiles ad purgationem moræ. Sed responderi potest defendendo communem, quod per talem clausulam solum inducitur ut non fiat nouatio de principali, & non includatur in pœna ualor rei principalis.

208 Sed tamen † non tollitur quin ipsa obligatio pœnalis sit accessoria ad principalem, & quod ab eius inobseruantia dependeat, cum sub conditione (si non obseruabit) fiat. unde non tollitur quod si postea adimpleat purgando morã non cesset ipsa obligatio pœnalis, per regulam accessorium. ff. de regulis iuris. & propterea cessat fundamentum istorum quod sit facta plena separatio, cum imo sint unitæ, & remaneat obligatio pœnalis accessoria ad principalem, cum per obseruantiam in principali deficiat conditio pœnalis stipulationis, & per consequens remaneat uana.

Secundo pro ista opinione adducitur ratio, quia si non impediret purgationem moræ nihil hæc clausula operaretur, cum ea non apposita adimplementum tollat pœnam, & si ea apposita adhuc tolleret pœnam remaneret obligatio debilis, & sic dicta clausula nihil operaretur.

209 Respondebat † Bartol. quod satis operabitur, quando promissor durat in contumatia, & non uult soluere rem principalem, nam augebitur obligatio pœnalis ut sola debeatur & cedat lucro actoris. dicta lege id quod pœnæ. & adhuc ea exacta possit cogere reum ad obseruantiam, contra legem rescriptum. §. si pactum. ff. de pactis, & si dicatur, imo est actum ut possit peti utrunque, ergo per purgationem non potest impediri pœna, respondetur eodem modo hoc esse actum, quando ipse non obseruat principalem promissionem, sed quando obseruat hoc non fuit actum.

210 Tertio † pro ista opinione adducebat Fulgosius rationem, dicens quod si nulla lex esset in mundo de hoc, tamen ratio naturalis hoc dictaret, ex eo quia per talem clausulam separantur istæ duæ obligationes pœnæ, & principalis debiti, & se inuicem non tangunt amplius, cum sit impedita nouatio, & quod principale debitum includatur in pœna, ergo cum sint duæ obligationes coæquales & cumulatæ sequitur per rationem naturalem, quod licet soluat illud, quod promisit & liberetur ab illa obligatione, tamen non potest liberari ab obligatione pœnali quæ separata est, sicut si soluat pro mutuo non liberatur ab actione cõmodati, sed respondetur negando istud assumptum quod sint penitus separatæ, cum proueniant ab eadem conuentione mentali, & non efficitur hæc pœnalis coæquequa & principalis, sed remanet accessoria ad principalem, & semper in ea hoc inest quod illa committitur sub conditione (si non obseruabitur principalis promissio) ergo sequitur quod obseruando principalem promissionem quæ non est impedita deficit conditio stipulationis pœnalis, & ex regulis communibus dicitur corruere. argumento textus in lege fideiussor euictionis. supra de exceptione doli. secundum intellectum quem ego supra tradidi ultra alios, & sic apparet etiam quod hæc opinio est sine fundamẽtis, & quæstio disputabilis.

211 Resolutiue † tamen loquendo ego puto opinionem communem omnino ueriorem esse, & præsuppono quod ista clausula apponatur a stipulatore ad finem ut omnimodo consequatur rem promissam, quia forsan dubitat ne obseruet, & quamuis apponat pœnam seu interesse cogitat quod non est sibi satisfactum in sua affectione, quoniam etiam quod consequatur, & pœnam & interesse tamen rem ipsam cum affectione desideratam non potest habere, cum sub pœna uel interesse includatur res ipsa principalis. argumento legis rescripto. §. si pacto ff. de pactis. & per exactionem pœnæ adhuc remanet destitutus ab ipsa re, & eam non habeat, ideo uolens prouidere huic difficultati & facere quod quamuis exigat pœnam non per hoc destituatur ab ipsa re quam ipse omnino sibi præstari desiderat, apponit istam clausulam (rato manente pacto) idest quod remaneat obligatio principalis quamuis pœna sit commissa, uel etiã sit exacta, ut adhuc possit eum conuenire & cogere ad obseruantiam, unde apparet quod intentio stipulatoris est ut omnimodo consequatur rem, & quod parum curat de pœna, quoniã illa non est sufficiens ad complendum desiderium suum. & attenditur id quod est finis ad actum. lege si quis nec causam. digestis si certum petatur. igitur cum uellit omnimodo rem sibi præstari non cogitauit tollere purgationem moræ quæ coadiuuat intentionem suam ut consequatur ipsam rem, & si tolleret sibi præiudicaret, & faceret quod reus non curaret obseruare.

212 Ideo † ut incitetur reus ad obseruantiam ip-

se noluit excludere purgationem moræ, sed potius permittere, & coadiuuare, solum autem uoluit tollere ea quæ impediebant ut non consequeretur rem idest nouationem, & quod res principalis includatur in pœna, & per consequēs nec etiam uoluit tollere quod ipsa pœnalis stipulatio non sit accessoria ad principalem promissionem, & quod per obseruantiam non deficiat conditio pœnalis, & sic separauit has obligationes quatenus impediatur consequtio principalis debiti, sed quatenus non impediatur imo coadiuuetur noluit facere separationem, sed remanserunt unitæ & connexæ & inuicem consecutiuæ, & sic apparet quod opinio Bartol. est uera non tamen per suas rationes, quia quando utrunque possit exigi admittitur purgatio moræ, quia illæ non stringunt ut dictum fuit, sed quia hæc non fuit intentio stipulatoris ut impediatur ea quæ coadiuuant exequtionem rei principalis, ideo si conuenit eum ad factum principale omnimodo admittetur purgatio moræ, quia ipse consentit quod adimpleat, imo petit cogi adimplere, & sequto adimplemento corruit postea actio pœnalis quæ erat accessoria ipsius, & conditio suæ stipulationis erat deffecta, si uero conuenit eum ad pœnam, & tunc si erit facta litis contestatio absque dubio impedietur purgatio moræ, quia reus contestando litem renuntiauit ei ut dictum fuit. unde consequetur integram pœnam, & ea exacta poterit reum de nouo conuenire ad principale debitum, si uero adhuc non erat lis contestata nihil impedit quod non possit purgare moram per istum textum, cum suis concordantibus, & adimplendo quod non liberetur a pœna, & ab interesse respiciente ualorem ipsius rei, si tamen esset interesse ultra ualorem opporteret quod illud offeret & solueret, & si ius actoris deterius factum sit, uel esset dies & pœna apposita tunc prohiberetur moræ purgatio non per dictam clausulam sed per limitationes supra traditas ad primam regulam.

213 Tertio quærit† Barto. an si quis soluat pœnam uel interesse ignorans posse purgare moram admittatur ad eam purgandam repetendo pœnam uel interesse solutū si non fuit apposita illa clausula (rato manente pacto) & concludit quod non, quia soluendo ipse extinguit obligationem pœnalem, & facti principalis, unde cessat conditio indebiti, & quia facta fuit exequtio ab ipso, est sublatum fundamentum purgandi moram. lege si quis rem. ff. de condictio. indebiti. & cōfirmat, quia solutio habet uim litis contestationis. lege amplius non peti. infra rem ratam haberi. ubi compensatio quæ facit solutionem facit committi stipulationem pœnalem sicut ipsa litis contestatio, sed per litis contestationem impeditur purgatio moræ, ergo & per solutionem pœnæ. Item facit, quia soluendo pœnam reus facit exequtionem ipsius actionis, ergo tollitur purgatio moræ per regulam ponendam infra, & istam opinionem sequuntur omnes do-

214 ctores. Et ratio† est, quia condictio indebiti cessat quando aliquis soluit uerum debitum. lege prima. & ibi nota. ff. de condictione indebiti. sed ipsa pœna seu interesse erat ciuiliter & naturaliter debitum propter subrogatam obligationem, ergo reus soluendo soluit uerum debitum & cessat repetitio, in qua solutione includitur factum principale, ut etiam illud uideatur solutum, ideo nihil remanet amplius agendum, confirmant etiam Iason & Rippa, quia per solutionem pœnæ est satisfactum principali obligationi quæ extincta fuit, unde necessario definit nedum purgatio, sed ipsa mora quæ sine obligatione esse non potest ut dixi in præmissis, hæc tamen ratio euitari potest, quoniam imo remanet principalis obligatio & actio, & solum obstat exceptio. dicta lege rescriptum. §. si pacto. supra de pactis. sed respondere potes, sufficit obstare exceptionem, quia ubi nulla est petitio saltem cum obstaculo exceptionis ibi nulla est mora. lege lecta. §. penultimo. ff. si certum petatur. ergo non potest esse eius purgatio, quia priuatio præsupponit habitum. le. si decem. supra eodem.

215 Crotus tamen† dicebat quod dicta lex qui ob rem, non probat, quia ibi est speciale ut possit purgare moram usque ad sententiam, ergo in contrarium est inductum ut non posit repetere, quia qui in uno grauatur in alio releuatur. lege si eum. ff. de iureiurando. & ius speciale facilius tollatur. lege eius militis. §. militia missus. de milita. testamen. & hic est casus spetialis. sed hoc est uiolare illum textum, quia non se fundat in aliquo spetiali, sed quia hæc est regula cōmunis ut soluto uero debito non detur repetitio, ex alio tamen uidetur quod ille textus posit euitari, quia posset intelligi quod loquatur quando fuit condemnatus ad pœnam, quo casu clarum est, quod non datur repetitio, sed nos loquimur quando ante litis contestationem facta fuit solutio ut præsupponit Bartolus in secundo fundamento. sed defendendo dicas, quod imo loquitur infra tempus purgandi moram, cum dicat suscipiendo defensionem, ergo eramus ante sententiam, & purgatio permittitur usque ad sententiam ut supra dictum fuit. leg. 3. §. fi. inf. iudicatum solui, similiter Crotus dicebat secundum fundamentum Bartol. non probare, quia solutio habet uim contestationis ad faciendum incurrere creditorem in moram qui promisit amplius non petere, sed non sequitur quod habeat effectum litis contestationis ad impediendum purgare moram.

Tu replica quod ibi probatur solutionem operari effectum exactionis, & operari effectum exigendi, & de mente soluentis adimplementum, ergo etiam in hoc casu operabitur mentem soluentis esse adimplere & recipientis exigere, quo casu uidentur consentire super re soluta, & renuntiare rei principali sicut contestando litem. Tertium etiam fundamentum potest euitari secundum eum, quia tunc per

solutionem facta est exequtio quando sciens soluit, secus quando ignorans, quia error impedit dominii translationem, & est tutus exceptione perpetua, ergo repetere potest. l. qui exceptionem. de condictione indebi. sed replicatur quod imo facta est exequtio, quia soluit uerum debitum, & sciebat esse debitum, sicut dicitur in dicta lege si is cui. ff. de lega. secundo. ubi ignorantia non impedit exequtionem, & liberat ab obligatione, quia uere debebatur, quinimo fortius probat, quia ibi dicitur quod Stichus non erat præcise in obligatione, & tamen inducitur liberatio, ergo in casu nostro fortius inducetur, cum pœna præcise esset in obligatione.

216 Quare † remanet conclusio Bartol. quæ nullam habet difficultatem quando sit condemnatus ad pœnam, quia illa potestas purgandi moram fortius est exclusa per dictam legem. qui ob rem, & ideo in dicta lege fideiussor euictionis, facta solutione pecuniæ non posset fideiussor præstando prædium repetere pecuniam etiã quod ignoraret habere illam facultatem, & idem erit in dicta lege item ueniunt. §. idem recte. ff. de petitione hæreditatis. & in lege si uero. §. finali. ff. soluto matrimonio. & generaliter ubicunque quis habet facultatem soluendi unam rem pro pecunia debita post condemnationem non poterit amplius eam præstare si fecit solutionem pecuniæ etiam ignorans, sed etiam procedit ut dixi quando uoluit ante litis cõtestationem post simplicem petitionem seu minas de petendo, per dictam legem qui ob rem ponderatam ut supra & rationes supra adductas, sinautem esset apposita clausula (rato manente pacto) minus posset repetere pecuniam solutam pro pœna, quia fortius debetur, & adhuc ea soluta potest conueniri ad factum, dicta lege qui fidem. ff. de transa. sed tunc non impediretur moræ purgatio seu potestas adimplendi principalem promissionem, quia ad eam præcise conueniri potest, & creditor utrunque consequi potest, dicta lege id quod pœnæ, de solutionib. cum glo. & conclusio Bartol. remanet multum generalis, & est de principalibus limitationibus traditis ad regulam primam textus nostri, per quam habemus, quod quando exequtio est facta ab homine per solutionem actualem pœnæ impeditur purgatio moræ.

217 Quarto † quærit Bar. utrum sicut quando facta est exequtio ab homine impeditur purgatio moræ eodem modo impediatur quãdo facta est exequtio a lege transferendo ipso iure dominium; & ponit exemplum quando testator relinquit cẽtum Titio, & si non daret centum quod relinquit fundum, quo casu si non soluit centum incipit deberi legatum fundi, quia trãsfusum est primũ in secundum. l. cum fine. & l. si penum. ff. quand. dies leg. ced. & quoniã in legatis ipso iure transfertur dominium. l. a Titio. ff. de fur. sequitur quod non soluta pecunia incontinenti ipso iure debetur fundus legatario. Dubitat igitur Bar. an hæres postea possit offerendo pecuniam impedire legatũ fundi, & respondet ipse quod non, quia iã facta fuit exequtio a lege ut non tñ actio sit acquisita sed etiã dominiũ ipso iure fuit acquisitũ, & allegat tex. in l. si is cui. ff. de leg. 2. ubi si testator alternatiue legauit Stichum aut Pamphilũ, & ignorans habere istam facultatem petiit Stichum tãtum, nõ potest amplius petere Pamphilum, quia facta est exequtio transferendo dominium. lege apud Aufidium. ff. de opt. leg.

218 Et si dicatur † quod ista decisio est de directo contra d. l. j. de penu leg. & dictam l. cum fine. & l. si penum. ubi admittitur purgatio moræ. respõdetur quod ibi illa pecunia non fuit acquisita legatario ut habeat dominium ipso iure, quoniam quando relinquitur res in genere non transfertur dominium, ut per Bar. in l. j. in fi. ff. de lega. 1. & l. 2. uersi. in rem actiones, C. communia de leg. ideo non dicitur facta exequtio a lege in substantia legati sed solum in acquisitione acquisitionis quæ non est sufficiens ad impediendam purgationem, unde apparet quod decisio Barto. procedit quando ultra acquisitionem actionis est etiã dominium rei ipso iure translatum, & hoc apparet manifeste, quoniam per moram semper succedit obligatio, & actio ad interesse uel ad pœnam, & tamen admittitur purgatio in tota materia nostra, uis ergo conclusionis stat in hoc, quod dominium ipso iure sit translatum rei debitæ ultra actionem.

219 Ideo succedit † intellectus ad d. l. is cui. ut procedat quãdo est relicta certa species, sed si esset relicta res in genere uel pecunia ut decem aut uiginti, & tunc impediretur purgatio moræ ibi, & etiam intellectus ad legem 1. ff. de penu leg. quia si fuisset legata penus, & si non daretur legatus fundus uel domus, tunc non posset purgare moram usque ad litis contestationem, quia de seruo uel domo esset facta exequtio per translationem dominii ipso iure.

Habes igitur regulam generalem, quod ubicũque per morã est facta exequtio ut ipso iure sit translatum dominiũ de re debita post morã, amplius non potest purgari, per dictam l. si is cui. dicebat tamen Rippa dictam leg. is cui. nõ proba- 220
re, quia in illa copulatiue fuit facta exequtio tã ab homine quam a lege, ergo non potest inferri, quod decisio procedat quando est facta exequtio a lege tantum, sed tu dicas quod imo ibi exequtio fuit facta a lege tantum, quoniã legatarius petiit Stichum, per quam inducta fuit electio, & dominiũ ipso iure fuit translatum, d. l. apud Aufidium. sed si post petitionem hæres soluisset, tunc esset facta exequtio etiam ab homine, quia tuuc consequeretur naturale dominium. l. si tibi homo. §. primo. ff. de leg. primo. in secundo uero casu fuit facta exequtio ab homine, qa hæres ibi tradidit illũ Stichum, & plenum dominium fuit translatum, & sic probat utrunque dictum, & pro hac opinione adducitur etiam glo. in clem. prima. §. quia uero. in uerbo ipso facto. de statu monachor. quã sequit Ab. in c. potuit. de locato. & Fely. in c. at si clerici. §. de adulteriis. de iudic.

ubi post Areti. concludit quod episcopus nõ potest dispensare super delictis pro quibus est imposita pœna a lege ipso iure, quia iam facta est exequtio, sed Rippa dicit quod non seruit in proposito, quia loquitur quando pœna fuit commissa pro delictis in faciendo, in quibus ad euitandam pœnam non admittitur pœnitentia. le. qui ea mente. infra de fur. sed tu dicas quod imo facit, ex eo quia in multis casibus in pœna legali admittitur purgatio moræ. ut l. hoc ædicto. ff. de publica. ideo in illis si erit facta exequtio nõ admittetur purgatio moræ, & cessaret decisio text. in d. l. hoc ædicto. ipsemet tamen postea dicit cõclusionem Bar. ueram esse per no. per eum in l. 2. in fine. ff. de præto. stipu. & per Roma. consi. 427. in proposito casu, & in alio exemplo consuluit Alex. consi. 14. lib. secundo. & consil. 57. perspectis. eodem lib. & in emphyteuta ponit Ias. in l. fi. in penul. car. C. de iure emphyte. & tu addas tex. in terminis constituentem hanc differentiam & ponentem hos duos casus in cap. primo. quid iuris sit quando uasall. feud. aliena. & postea recuperauit.

221 Ex qua regula† infertur, quod idem erit ubicũque a lege imponitur ipso iure pœna priuationis, ut in auth. hoc amplius. C. de fideiu. ubi si hæres admonitus a iudice ut soluat legata infra annum, si non soluit priuatur hæreditate, & nõ poterit purgare moram, quia facta fuit exequtio, & idem in hærede qui non fecit inuentarium infra tempora. l. fi. C. de iure deliberand. & in matre quæ non petiit dari tutorem filio. iux. legem 2. §. confestim. & quod ibi Bar. sup. ad tertulli. & in multis similib. casibus secundum Ang. Imo. Cuma. Roma. & Alex. hic, & Imo. & Ang. in dicta le. & si post tres.

Item infertur ad aliam quæstionem, quia potestas conferendi beneficia datur inferioribus, & si non conferant deuoluitur ad superiorem, cap. 2. de concessio. præbendæ, an poterit purgare moram postea conferendo, & dicendum est ꝙ non, quia facta est exequtio a lege, & qui uult euitare hanc priuationem debet probare quod fuit legitime impeditus, ut ibi notatur, ita quod non trãsiuerit proprie tempus, idem erit si patronus fuit negligens in præsentando infra quatuor menses, quo casu deuoluitur potestas ad episcopum, capi. si uero. & cap. quia propter. de iure patronatus. non enim poterit purgari mora, quia facta est exequtio a lege priuationis non probato legitimo impedimento.

Item infertur ad quæstionem positam hic per Rippam num. 88. quando exequtores ultimarũ uoluntatum non exequntur infra annum, quo casu deuoluitur potestas ad episcopum de iure, & ex constitutione sinodali, nam elapso tempore non poterunt ipsi purgare moram, quia potestas est deuoluta ad episcopum, & facta est exequtio a lege ut per Bar. quem sequitur Abb. in capi. nos quidem. ff. de testam. in contrarium tamẽ adducit cardinalem in dicto cap. nos quidem. & Geminianum consi. 23. quia diffuse. cum multis aliis concordantibus adductis per eum, sed resolutio istius quæstionis dependet a uerbis constitutionis, utrum ipso iure fiat exequtio a lege, & quando fit exequtio a lege an inducatur priuatio ipsius iuris totius uel potius tantummodo inducat priuationem exequtionis tantum, & quãdo apparebit quod lex fecit exequtionem ipsius iuris semper impedietur purgatio moræ per regulam hic positam, & per hanc distinctionem resoluuntur multa quæ hic referuntur per Ruy. & Nig. tenentes contrarium & examinantes per sex columnas hanc materiam hic nu. 267. & uide omnino si placet.

222 Limitatur† autem non procedere quando solũ fuit facta exequtio actionis, quia illa non impedit purgationem. l. cum quidam. ff. de leg. 2. cum glo. in uerbo utique. & ibi Bar. col. fi. interens ad alias quæstiones, & ultra illum tex. probatur in d. l. 1. cum similibus de penu lega. & in omnibus exemplis materiæ nostræ, ut supra dixi. Secundo limitatur non procedere quando exequtio legis est medicinalis, ut sententia excommunicationis, quæ trahit secum exequtionem. cap. pastoralis. de appellatio. nam excommunicatus poterit purgare moram, & absoluendus erit, cap. primo. de sententia excõmu. in 6. & Imol. hic, col. 7. & Iason & Decius in cap. qua fronte. de appella. & est ratio, quia excommunicatio fertur ad finem ut quis pœnitentia ductus ueniat ad obediendum, unde cum tendat ad obseruantiam rei principalis non impedit purgationem quæ magis auget obseruantiam rei promissæ. Tertio limitatur nõ procedere quando a lege reperitur expresse permissa purgatio, dicto cap. potuit, de loca. secundum unum intellectum. nam secundum alium intellectum intelligitur quando non est facta declaratio a domino, & tunc non probaret. Alias limitationes posuit etiam Niger hic post Ruyn. num. 267. per multas columnas, & uide si casus occurrit.

223 Quinto† quærit Bar. hic an per iuramentũ de non contraueniendo impediatur purgatio moræ, quæ est plene examinanda, quoniam propter Stilum notariorum reducit totam materiam purgationis ad nihilum. solent enim notarii in omnibus instrumentis apponere clausulam generalem(quæ omnia prædicta iurauerunt partes uera fuisse & esse & in nullo contrafacere uel uenire) an per tale iuramentum impediatur purgatio moræ cum iurauerit etiam pœnam soluere, & breuiter ipse determinat ꝙ impediatur purgatio moræ, quoniam qui non obseruat promissa incontinenti propter periurium efficitur infamis, & priuatur mox iure suo ammittendo actionem & dominium & omnia iura sua. leg. si quis maior. C. de transactio. nam cum sit facta priuatio ipso iure exequtio facta fuit a lege, ideo impeditur purgatio moræ, per ea quæ dicta fuere in præcedenti quæstione, & sequuntur communiter* docto hic.

224 Petrus† autem de Belutio tenuit contrarium, quia licet reus iurauerit soluere pœnam, tamen intel-

intelligitur iurasse cum illis qualitatibus & conditionibus quibus interuenientibus pœna debetur,& non uidetur eis renuntiare. sed pœna debetur per moram cum qualitate quod infra certum tempus possit eam purgare & amplius non debeatur, ergo uidetur iurasse soluere pœnam cum dicta qualitate, si omnino debeatur, ut non possit amplius purgari mora, & fit plena contumacia, non autem intelligitur generaliter iurasse & exclusisse purgationem moræ, quia iuramentum recipit omnes qualitates & conditiones ipsius actus super quo interponitur.l.fi. C.de non num. pecunia. facit tex. in capitulo. quemadmodū,de iur. iuran. per quem etiam ibi Abb. no. quod iuramentum appositum in aliquo contractu recipit omnes conditiones ipsius seu limitationes,& idem si apponatur in alia dispositione, ut reguletur ab illa, & eius qualitatibus, ut idem Abbas no.in cap. fin.in ultimo no. de eccles. edificand. sed ad istud fundamentum respōdetur quod parum ualet, quia imo apposito iuramento quis præcise tenetur ad factum, & non succedit obligatio ad interesse,glo.communiter approbata in l.si pecuniam.ff.si cer. petat. & ibi Iaso.& ad legem fin.respondetur quod procedit quando est defectus consensus uel certo modo limitatus ut illud iuramentum recipiat qualitates limitatas in consensu non in exterioribus, & ideo si iurauerit facere domum potest non obstante iuramento soluere interesse quod inest ex natura contractus. ergo etiam inerit,ut teneatur obseruare cum facultate purgandi moram. arg.dictæ.l.fin.nam ista sunt exteriora in quibus non dicitur deficere consensus, ideo non excluduntur,& ad tex.in dicto. cap. quemadmodum. respondetur quod procedit in iis quæ respiciunt rem principaliter promissam & naturam contractus non autem modum exequendi, quia per iuramentum semper alteratur modus exequendi, & fortius obligatur & incidit in pœnam quam tenetur omnino soluere ut coherceatur timore eius obseruare promissa.

Secundo pro ista opinione inducitur per Ias. ultra dictum capitulum quemadmodum, etiam tex.in l.sed & si possessori.§. item si iurauero. de iur. iurand. ubi iuramentum recipit qualitates actus super quo apponitur, & si apponatur super alternatiua recipit qualitatē alternatiuæ, ut per Imo.in cap.per tuas.de arbit.Abb.in cap.ex parte.de cleri.non residentib.sed respondetur ꝙ illa procedunt in iis quæ respiciunt rem promissam,& naturam contractus non autem modum exequendi, quia alteratur modus exequendi ut fortius obligetur & incidat in pœnam ut timore ipsius cohærceatur ad obseruandum promissa.

Tertio pro ista opinione inducitur per Crotum hic, quod iuramentum apponitur ad roborandum actum, ergo non debet alterari roboratum. argum.l.Aurelius.§.merito.ff.de lib.legata, & Bald.in l.4.C.si aduersus uenditionem.Pau.de Castro consil.134.Nota est.colum.1.sed si impediretur moræ purgatio impediretur uirtus promissionis,sed potest responderi quod satis dicitur robari impediendo purgationem,quia ille timore pœnæ fortius inducitur ad obseruantiam, & sic roboratur finis adimplendi cohærtionem l.1.in fi.principii.ff.de penu leg.

Quarto inducitur, quia consensus promittentis uidetur limitatus ut possit mora purgari, & si fuisset interrogatus an uellet teneri ad pęnam etiā quod posset purgare moram negasset se uelle teneri, ergo continetur hæc limitatio in dicto iuramento ut uideatur iurasse & consensisse cum ista qualitate & ea deficiente non consentiisset. argument. dictæ l. fin. secundum declarationem iam traditam, & per Barto.in l.si quis pro eo. in octauo membro. ff. de fideiusso. unde apparet quod fundamenta adducta contra communem possunt euitari.

225 Pro opinione † autem Bartol. quæ communis est, etiam adducuntur multa, & primo dicta l.si quis maior.C.de transactio.in uerbo mox, & uerbo illico. ubi inducitur priuatio iuris,& per regulam supra positam impeditur purgatio, quoniam facta fuit executio, sed respondetur quod dictio mox, & dictio illico, recipit interuallum ut no.in l.1.ff.si certum petatur, & per eam non impeditur moræ purgatio secundum Bal. in leg. cum autem. & l.2.C.de incestis nup.Iaso. in di.l. si quis maior. & probatur in dicta l.1.inf.de pe

226 nu leg. † Secundo respondetur, quod ille tex.requirit dolum in non obseruando ut ibi no.& Iaso. in principio late firmat, qui dolus non præsumitur, & raro inuenitur quod insit dolus, cum plærunque contingat quod propter impotentiā uel propter alias occupationes non adimpleat, quo casu non fit illa priuatio,nec executio iuris, & opportet quod debitor dicat ego possum adimplere promissa, sed ego nolo adimplere, quo casu tantum dolus est, ut ibidem no. Ideo ratio Barto. est accidentalis non autem generalis, & clarissime poterit habere locum, Sed pro opinione Bartol. aliter inducitur, quia incurritur pœna infamiæ quæ illico incurritur,ergo nō potest purgari mora,cum solus princeps restituat.l. 1.§.de qua. ff.de postuland. responderi potest ꝙ illa pœna similiter imponitur tantum quando est dolus & deficit mens purgandi, nam tunc est pœna incursa, sed quando deficit dolus non deficit mens purgandi, ideo ante tempus purgationis non est plene incursa pœna, & per consequēs non potest deberi,item pœna apponitur sub conditione, si non obseruauerit, quæ conditio non dicitur deficere per solam moram quando adest tempus purgandi, merito cum non extiterit conditio plene pœna non est incursa, & non potest per iuramentum deberi, quoniam iurauit soluere pœnam plene incursam,&cum qualitate quod omnino debeatur sicut habetur in l.sancimus.C. de fideiussoribus. ubi mora incurritur ꝑ lapsum temporis, sed tamen effectus eius suspenditur, & potest purgari mora etiam quod iuratum fuerit,ut ibi no. quoniam intelligitur iurasse soluere in casu quo plene fuerit incursa & lapsum fue

rit tempus purgandi, & eodem modo respondetur si dicatur quod est delictum periurii ergo non potest purgare. l. qui ea mente. ff. de fur. quia dicitur illud delictum neque periurium esse consumatum cum adhuc pēdeat tempus quo possit impediri incursus pœnæ, & nisi lapso tempore tenetur ad pœnam, quia purgare potest, ut ibidem dicitur in fin. item ibi requiritur dolus adhoc ut sit pœna periurii, ut not. in dicta l. si quis maior, & raro euenit quod insit dolus & sit pœna periurii & pœna priuationis.

227 Secundo † principaliter Iaso. adducit quod iuramentum habet uim litis contestatæ. l. nam & postea. §. si is qui temporali. supra de iur. iuran. ubi qui iurauit super actione temporali perpetuat actionem sicut si esset facta litis contestatio, sed post litis contestationem non purgatur mora, ergo nec etiam apposito iuramento ut argumentatur Bar. in 3. quæstione. sed respondetur, quod illa regula procedit in iuramento decisorio quod interponitur super lite, nam cum decidat causam facit haberi perinde ac si esset facta litis contestatio, sed nos loquimur de iuramento promissorio seu conuentionali quod præstatur super contractu, & nulla est habilitas, ut habeat uim litis contestationis, cum non tendat ad illum finem, ut inquit Decius in ca. 1. col. 16. ex. de iudi.

Tertio adducitur, quia iuramentum facit desinere rem esse integram secundum Iaso. in dicta. l. si pecuniam. ff. de condictio. ob caus. ergo facit non posse purgari moram, quia quando res non est integra nō potest mora purgari. l. Mancipiū. ff. de optione lega. & l. si in lege. §. celonus. ff. locati, & dicta l. & si post tres. supra si quis cautionibus, ibi ius actoris effectum fuit deterius. sed respondetur negando quod faciat desinere rem esse integram, cum obligationes eo apposito permaneant in suo uigore, & non potest pœna deberi uel interesse nisi fuerit contrauentio, & mora, ea autem interueniente nec etiam propter iuramentum desinit esse integra, quia per illud solum non efficitur ius actoris deterius, & solum desinit esse res integra quando est effectum ius actoris deterius. unde non probat.

Quarto adducitur, quia iuramentum habet uim geminationis actus. l. si mulier. & auth. siue a me. C. ad Velleianum. ubi mulier si renuntiat iuri suo habet uelleianum nisi post biennium confirmauerit & geminauerit primum actum, sed quando est appositum iuramentum actus ualidatur sine geminatione sequenti, ergo apparet ꝙ iuramentum habet uim geminationis, sed interueniente geminatione moræ impeditur purgatio moræ, ut per Barto. in prima quæstione, ergo eo apposito non poterit purgari. sed respondetur primo negando quod geminatio moræ impediat eius purgationem ut ibidem diximus reprehendendo Barto. Secundo respondetur quod iuramentum non facit geminationem diuersis tēporibus prout requiritur, per id quod uult gloss. in l. si conuenerit, & ibi Bartol. supra de pigno. actione. & quando fit eodem tempore habetur pro uno. argum. tex. in l. illud. §. fin. in fi. ff. ad leg. Aquiliam. & l. nam ad ea. uersi. proinde. ff. de conditionibus. & demonstrat. Tertio respondetur quod iuramentum facit actum geminatum qui iuratur sed non præstat iuramentum in commissione moræ, seu non facit hanc duplicationem, cum sit necessarium quod ipsa mora interueniat, & quando ipsa interuenit non iuratur super ea, ut ipsa possit effici duplicata, & sic assumptum non est uerum in proposito, & fundamentum nō stringit, & sic apparet quod hæc communis opinio lęuibus fundamētis fulcitur, & ex extrinsecis multum argumentati sunt Doctor. unde articulus est disputabilis.

228 Resolutiue † tamen loquendo ego puto opinionem contra Barto. & communem ueriorem esse quod imo iuramentum non impediat purgationem moræ neque eam tangat, & doctor. cum hac sua opinione induxerunt unum inconueniēs inaduertenter ut tota materia purgationis moræ efficiatur uentosa, & quod frustra laborauerunt supra in tantis contrariis, & quæstionibus dirimendis, & fecerunt quod iuramentum sit destructiuum æquitatis, cum tamen habeat naturā ut in eo seruetur æquitas, & habet tres comites ut cap. 1. & ibi not. & capit. & si Christus. ex. de iureiurand.

Et pro ista opinione quod nō impediatur purgatio moræ facit ratio quam Ias. adducit pro cōmuni, quia iuramentum obligat præcise, & facit quod quis tenetur præcise obseruare factum etiam quod posset liberari soluendo interesse, ut * per glo. in dicta l. si pecuniam communiter * approbatam de condi. ob caus. si ergo fortius obligatur ergo stipulator instando iuramentum prę stari uoluit omnino factum præstari, ergo nō intendit auferre purgationem moræ, imo uoluit eam confirmare, cum omnimodo intendat quod adimplementum fiat per purgationem morę facilius adimpletur, & in iuramento attenditur mens iurantis. capit. penul. de iureiurand. & c. uenientes, eodem titulo. item si dicitur quod impeditur purgatio moræ inducitur apparenter unum periurium quod non incurreretur si permitteretur purgatio, ergo debemus facere interpretationem quod nō fuit cogitatum a partibus de impediendo purgationem more imo de ea confirmanda ut euitetur periurium, cum in dubio debeamus cogitare iurantem noluisse incidere in delictum, argument. dict. capituli. uenientes & c. penul. de iureiur.

229 Tertio hoc † confirmatur, quia isti Doctor. uolūt quod impediatur purgatio moræ ex eo quia præcise iurat promissor soluere pœnam incursam, quæ conclusio procedit qñ pœna cū certitudine & in totū debetur, ubicunq; uero est dubiū tunc non præcise dicitur uelle soluere sed cum qualitate illa cum qua solet deberi pœna, quia iuramentum regulatur secundum naturam actus, ut uolebat Petrus cum suis authoritatibus. & Innoc. in spetie in cap. per tuas. de arb. ubi iuramē tum

tum simpliciter præstitum in materia alternatiua intelligi debet alternatiue, & est etiam tex. in dicta.l.sed & si possessori.§.item si iurauero.ff.de iureiurand. ubi iuramentum præstitum super usufructu intelligit secundum naturã usufructus.

230 Quarto † etiam facit illa regula trita quã adduxit Besutius, quod iuramentum recipit qualitates & limitationes ipsius actus. leg. final. C. de non num.pecu. sed pœna debetur sub conditione si non fuerint obseruata promissa.l.obligationum fere.§.si.ff.de actionib.&obligationibus. quæ conditio recipit hanc qualitatem ut debeat transiuisse tempus quo amplius obseruatio fieri non possit, cum per simplicem moram non dicatur esse in obseruantia plena.sed incipit nolle obseruare,& forsan sciens durare ius suum non curauit differre p̃statione, ut in simili dixreũt Ale. & Ias.infra in octaua quæstione. dum uolunt ꝙ quando pœna debetur tertio per moram non dicitur plene quæsita,sed reuocabiliter cum modificatione, si mora non purgetur, & sensit Barr.in d.l.qui Romæ.§. Flauius. infr. eo. unde conditio stat quodãmodo in suspenso donec transiuerit tẽpus quo adimplementum fieri possit, quia dicitur uelle non obseruare interim, non autem proprie non obseruare, iuxta text. in l.amplius non peti.ff.rem ratam haberi,& probatur in l.ita stipulatus. in uersi.Sabinus, infra eodem.ubi conditio potestatiua habet tractum successiuum usque ad mortem, & sicut ibi conditio non dicitur extitisse nisi post mortem ita nec ista conditio de non adimplendo dicitur perfecte extitisse nẽ que pœna perfecte quæsita.l.si tibi homo.§. cum seruus.ff.de le.1. cum simil. nisi lapso tẽpore quo adimplementum amplius fieri non potuit.

Modo omnes consentiunt quod si iurauit soluere pœnam hoc iuramentum recipit conditionem, si promissor non obseruauerit, & est iuramentum conditionale, ergo eodem modo debet recipere qualitatem ipsius conditionis, quæ est quod perfecte non extiterit, cum alias non dicatur adimpleta conditio, & iuramentum non mutat naturam conditionis appositæ in stipulatione pœnali, argumento tex.in dicta l.fi. C. de nõ num.pec.cum suis concordanti. & tanto fortius, quia hęc qualitas purgationis auget obseruantiã primi iuramenti,&facit quod nõ incidat in periurium, & per hoc fundamentum tolluntur omnia quæ adhuc possunt adduci pro cõmuni,quoniam hoc iuramentum recipit has qualitates, & si partes fuissent interrogatæ respondissent quod non intendebant prohibere purgationem quæ tendit ad effectum ut adimplementum fiat, & iurans non uidetur consentire quod purgatio prohibeatur, quia est in fauorem sui & est de natura contractus.

231 Quinto † etiam confirmatur per unam limitationem quam Docto. ponunt hic ad sua conclusionem ex mente Imol.hic & Angel. in dicta l.& si post tres. & Decii consi.138. col.fin.qui uoluerunt quod quando extat aliqua iusta causa purgandi moram illa non uidetur prohibita per iuramentum,quę limitatio prout considerabat hic Rippa non potest adaptari in terminis doctorum, unde est necessarium quod intelligatur de iusta causa fundata in æq̃tate,quæ facit purgationem pręstari,iuxta dictam l.si seruum.§.sequitur. supra eodem.undeuidetur quod ex dictis eorum interpretatio fiat ut non uideatur exclusa purgatio moræ.

232 Sexto etiam † facit alia limitatio Doct. ut nõ procedat de æquitate canonica, quoniam si non interest actoris æquitas canonica admittit semper purgationem moræ secundum Bald. in di. l. qui crimen. Anto.& Imol.in c.dilecti.de arb.Alexand.in dicta l.si quis maior, & Decius in dicto consi.138. per glo. in c. apud misericordem.32. quæst.1.& c.Beatus.22.quæstio.2. per quam limitationem apparet quod ius canonicum interpretatur iuramentum quod non excludat purgationem moræ seruando æquitatẽ, & ut euitetur periurium,quoniam si fiet purgatio nullum erit periurium,&si non fiet remanebit periurus in facto principali, & etiam in pœna quam soluere non intendit, si ergo ius canonicum inducit hanc interpretationem in tali iuramento præstito, ergo eandem debent facere legistæ qui incidunt in temeritatem uolentes aliter interpretari iuramentum quam faciat ecclesia quæ eius uirtutem introduxit & pœnam ut habetur in capitulo cum contingat de iur. iurand. & tenendo istam partẽ quam etiam tenet Berous.in cap.potuit.ex.de loca.non obstant contraria,quia supra responsum fuit, & ex distinctione sequenti alia apparebit responsio.

233 Distinguas † igitur considerando tres casus, Aut enim iurans ex dolo non obseruauit ita ꝙ incidat in periurium, & tunc conclusio Bartol. erit uera quod nõ poterit purgare moram,in terris tamen in quibus seruatur dicta. l. si quis maio. sed tunc non impeditur purgatio ex natura ipsius iuramenti quod de se hoc non facit, sed ex ratione Bar.quia facta est executio a lege, & inducta fuit priuatio,& extante executione & priuatione ex regula communi supra firmata impeditur purgatio moræ non sola uirtute iuramẽti, & hoc modo potest saluari dictum Romani consi.427.Alex. consi.159. in causa & lite. colu. 2.lib.secundo.& consil.106.col.4.lib.3. & consilio 76.col.penul.lib.5.& consilio 9. attentis uerbis, libro septimo. cum aliis cumul. hic per Iaso. & Rippam.

234 Sed tamen † ut dixi opportet quod illa lex si quis maior sit in usu, quod obseruetur in illo loco, nam dixit Neuiza. in sua sylua nup.car. 123. in impressione parua quod dicta l. si quis maior non seruatur in consilio Mediolanensi tanquam nimis rigorosa, & quia dolus sufficiens rarissime probari potest, & ideo dixit quod uidit in causa nobilium de casoco reuocari tres sentẽtias latas ex uigore dictæ l.si quis maior, & ego uidi in consilio Neapolitano eam non seruari,in quo attenditur magna æquitas canonica, & passim in eo seruatur quod admittatur purgatio moræ,

non obstante quod in instrumentis sit appositũ iuramentum, & hoc uidetur tenere Corneus hic, & consil. 121. & Niger hic, & Rippa inclinat dũ ponit illas limitationes de æquitate canonica.

235 Potest etiam † dici quod in terris in quibus seruatur dict. l. si quis maior, non inducatur illa priuatio neque executio legis nisi elapso tempore quo potuit purgari mora, quoniam ille text. se fundat in contrauentione quæ per simplicẽ moram non dicitur facta sed incepta tantum, & ad hoc ut sit perfecta opportet ꝙ transiuerit tps purgandi moram ut supra dixi, & uerbum, illico, intelligitur ibi statim quod fuit perfecta contrauentio, non autem quod fuerit sola mora, ut patet ex uerbis illius tex. quo intellectu stãte sequeretur quod nec etiam hoc casu prohiberetur purgatio moræ, cum iuramentum de sui natura non impediat eam, neque etiam interueniat priuatio nisi elapso tempore purgandi moram.

Secũdus casus est, quando actor conuenit reũ super ipso facto principali, nam tunc omnino admittetur purgatio moræ, quia coadiuuat intentionẽ actoris, qui uult ut reus cogatur adimplere, & purgando moram adimplet, ut per Barto. supra in prima oppo. secundæ part. ideo de hoc casu non est dubitandum quod omnimodo impedietur purgatio moræ.

236 Tertius casus † est, ubicunq; dolus non interuenit in non obseruando, tamen mora fuit commissa ut pœna incipiat deberi, & in hoc communiter * Docto. tenent ampliando conclusionem Barto. ut impediatur purgatio moræ, per rationem, quia iurat præcise soluere dictam pœnam, ergo tollit qualitatem purgandi morã & impediendi exactionem dictæ pœnæ, sicut tollit qualitatem quod promittens factum non liberetur præstando interesse, ut per glo. in dicta l. si pecuniam, & facit quod in contractu innominato nõ habet locum pęnitentia, & iuramentum fortius obligat licet non in plus obliget, sicut dicitur in §. fideiussor obligari. instit. de fideiusso. cum suis concord. & de stipulatione super contractu innominato, ut dicitur in Rub. supra eodem in penul. quæstione. Sed tamen adhuc uerior est opinio cõtraria, quod imo non impediatur purgatio moræ, ex eo quia iuramentum super pœna recipit omnes qualitates obligationis pęnalis. dict. leg. fin. C. de non num. pecu. cum similib. & ipsa pœna habet conditionem, si non fuerit facta obseruatio, & plene facta, ut ipsi omnes admittũt quãtum ad conditionem, ergo eodem modo debent admittere quantum ad qualitates conditionis, ideo sicut deficit consensus si non extitit conditio inobseruantiæ, ita etiam deficit consensus si non interuenit qualitas ipsius conditionis, ideo iuramentum non debet trahi ad illos casus, & per consequens non debet impedire purgationem moræ.

Quare remanet conclusio, quod iuramentum in nullo casu impedit purgationem moræ, & ꝙ hanc opinionem inaduertenter firmauerunt docto. & habes restitutam legem nostram cum sua materia in pristinum uigorem per has duas conclusiones, quod clausula, rato manente pacto, & iuramentum non impediant purgationem moræ, alioquin remaneret uentosa & inutiliter docto. laborassent in ea.

237 Sexto † quærit Bartol. an si mora commissa sit propter malefactum admittatur eius purgatio, quod contingit quando aliquis obligatur non facere, ut si quis promisit per se non fieri quominus stipulatori liceat ire, uel non impedire stipulatorem, uel non offendere, uel aliud factum negatiuum cui contrauenitur per factum affirmatiuum & male factum an impediatur purgatio moræ, sicut quando contrauenitur per delictum in ommittendo, & quod impediatur allegat tex. cum gloss. in uerbo ignoret, in le. cum filius. §. in hac. supra eo. ubi qui promisit non impedire ire per se & hæredem suum, & hæres ignorans impediat, si est maior restituit, si est minor non tenetur. ergo apparet quod non admittitur purgatio, quia si admitteretur non esset opus restitutione, & confirmat per tex. in l. 1. §. si rem. ff. dep. & c. 1. §. 1. quid iur. sit si cont. alien. & est similis tex. in l. qui ea mente. infra de fur. sed in contrarium allegat legem, si in lege. §. colonus. ff. loca. & l. si quis libellos. C. de appellatio. & concordando dicit quod in facto momentaneo procedit opinio prima. sed in facto successiuo desistendo a male facto purgat moram, & ratio differrentiæ assignatur per Ias. hic, quia in facto momentaneo consumatum est & perfectum delictum fuit & quodamodo dicitur esse facta executio ab homine, ideo non admittitur purgatio, per dicta in 2. & 3. quæstio. sed quando est factum successiuũ non est delictum consumatum, & desistendo potest purgari mora, ut est tex. in l. Papinianus. §. meminisse. ff. de inoffi. testam. & dicta leg. si quis libellos. C. de appellatio. & sequuntur postea ea quæ ponuntur in dicto ca. 1. quid iuris sit. & in dicta l. 1. §. si rem, & per Imol. in l. sequitur. §. si uiã. de usucap. ut hic per Alex. & Iaso. & facit text. in c. sicut dignum. §. eos & ibi Abb. ex. de hæreti. & l. penul. in. de ui. bo. rap. cũ aliis per eũ adductis.

238 Quæ tamen omnia † recipiunt dubitationem, nam primo ratio diuersitatis non uidetur uera, quoniam tam in facto successiuo quam in facto momentaneo semper delictum est consumatũ, nam si quis impediuit hodie nõ ire perfecit hoc delictum, uel hodie uulnerauit, uel aliud male factum fecit, & non potest esse quin illud sit factũ, & quod non sit offensus aduersarius, & de tali uiolentia nõ possit criminaliter puniri, licet in posterum sæpius possit iterum fieri & multiplicari. propterea text. in dicto. §. in hac. cum glo. non uidetur probare quod non admittatur purgatio moræ, quia non apparet ibi quod posset purgari, sed intelligitur in casu quo non potequirat, & tunc est necessaria restitutio, item loquitur de damno præterito quod infectum fieri non potuit l. in bello. §. factæ. inf. de cap. & postlim. reuers. item tex. in dicto. §. si rem. ff. dep. non facit, quia loquitur de pœna legali quę successit ex delicto,

delicto, non de pœna conuentionali, & pertinet ad materiam.l. qui ea mente. infra de fur. & idē dicitur de l.hoc edicto.ff.de pub.& l. hoc edict. ff.de alien.iudi.mu.caus.fa. Tertio etiam text.in dicto.§.si colonus.non loquitur de facto successi uo sed loquitur de facto momentaneo quod con sistit in expulsione, sicut etiam est traditio & uul neratio,& sic apparet quod neque ratio est bona neque iura allegata probant distinctionem Bartol.licet eam Doct.sequantur. imo concludunt contra eum.

Ideo contra primam conclusionem Barto. de facto momentaneo primo facit text.in l.hoc edicto.ff.de publicanis.secundo tex.in l.si cum exceptione.§.satis clementer.ff.quod metus causa.tertio facit text.in l.1. in prin. ff. de seruis fugiti. ubi purgat moram qui celauit seruum fugitiuū, nec potest dici quod loquantur de pœna legali, quia Bartol. fundat intentionem suam super iuribus loquentibus de pęna legali,ut in dicta l. 1.§.si quis rem.ff.depos.Quarto etiam facit tex. in l.quamuis.supra de in ius uocand.ubi qui uocauit in ius patronum si remittit actionem purgat morā,ut euitet pœnam. Quinto facit text.in l.hoc edicto.§.penul.ff.de alien.iud.mut.causa facta.ubi qui alienauit & postea reuocauit non tenetur illo edicto, & tamen omnia dicta iura loquuntur de facto successiuo,& licet Niger hic conetur in spetie eis respondere, tamen non tradit bonam doctrinam.

Similiter contra conclusionem de facto successiuo quod admittatur purgatio moræ, facit tex.in dict.§.si colonus.in principio. dum dicit, non semper si secundo uel tertio anno permittat frui auditur, ergo ex longo interuallo regulariter potest purgare moram. Secundo facit tex. in dicta l.Papinianus.§. meminisse.cum suis similibus.ff. de inoff. testam. ubi ex magno interuallo purgat moram.item e contra uidetur quod in facto successiuo non admittatur purgatio moræ nullo modo, dicta l. cum filius.§.in hac. ubi est actus successiuus. & tamen glo. uult quod detur restitutio & non purgatio moræ. Tertio facit tex.in l.habere licere. in fi. supra de euictionib. ubi mora non potest purgari re euicta, tamen est actus successiuus, ad ista respondet Niger in spetie, tamen non facit doctrinam, ut appareat quid remaneat decisum.

239 Quare † tu pro resolutione considera quatuor casus separatos & uarios. Et primus est, ubicunque aliquis contrauenit promissioni suæ negatiuę per malefactum quod est punibile per legē, & tunc si consideras delictum respectu pœnæ legalis quando tractatur de puniendo illud legādo, & tunc dicas quod si delictum est consumatum regulariter non permittitur purgatio moræ,l.qui ea mente.infra de fur.& l.1.ff.ui bo.rap. & dicta l.1.§.si rem. ff. deposi. fallit in casu legis hoc edicto.ff.de publica.& l.hoc edicto.§.penul. ff.de aliena.iud.mut. caus. facta.si uero delictum non est consumatum tunc regulariter potest pœnitentia reuocari secundum distinctionem positam per doct.in dicta l. qui ea mente. similiter si pœna imponitur propter effectum habet locū pœnitentia nisi lex fecerit executionem, & hoc modo procedit tex. in dicto capitul. 1. quid iuris sit si uassallus. in primo dicto. & hæc omnia habentur per doct. in dicta l.qui ea mente, ad quam doctrinam recurrendum est in hoc casu, quia non pertinet ad materiam nostram, ut uoluit ipsemet Barto. supra in penul.oppositio.un de multa iura impertinenter allegauit.

240 Secundus casus est † quando tractatur de pœna conuentionali incurrenda propter male factum an possit euitari per purgationem moræ, quæ est proprie materia nostra, & tunc aut est tale male factum quod absorbet sibi totum subiectum principale super quo uenit purganda mora,ut si aliquis promisit non offendere aliquem, & eum interfecit, & tunc nulla admittitur purgatio,ex eo quia deficit subiectum super quo fiat purgatio cum ipse sit mortuus & in futurum amplius offendi nō possit,&de pręterito non potest fieri purgatio, cum non possit resurgere a mortuis, argumento l.in bello.§.factæ, infra de cap. & in hoc casu potest saluari dictum Barto.de facto momentaneo.

241 Tertius casus est† quando propter male factū incurritur pœna conuentionalis,tamen illud male male factum non sustulit subiectum purgationis moræ ut remaneat etiam materia super qua possit fieri contrauentio,ut si promisit non offendere aliquem & uulnerauit, uel promisit non impedire aliquem & impediuit una uice, & nihilominus remanet subiectum ut pluribus aliis uicibus possit uulnerari uel impediri,& tunc si uellit purgare morā pro male facto pręterito & pro interesse incurso propter illud male factum, & tunc similiter nulla admittitur purgatio non distinguendo an sit factum successiuū uel momentaneum,quoniam quod factum est amplius infectum fieri non potest,dicta.l.in bello.§. factæ. de capti.& purgatio moræ nunquam prodest ad euitandum interesse præteritum,& effectus præteritos,per dictum.§.Seia cauit. & dictum fuit in prima opposi.primæ par. imo est necessarium quod si uult purgare quantum ad futura semper offeratur illud præteritum,ut ibi dictum fuit.

242 Quartus casus est † ubicunque propter male factum quis incidit in pœnam, & uult purgare moram durante subiecto, & tunc non distinguēdo inter factum momentaneum uel successiuum, si uult purgare moram quantum ad effectus futuros, & tunc regulariter permittitur, cum possit desistendo a male facto amplius euitare pœnam in futurum,ut habetur in leg.2.§.item si in facto. sup. eodem, & ita procedunt plæraque iura supra allegata contra primam conclusionem Bart. & etiam contra secundam. Fallit ubicunque facta est executio a lege ipso iure, ut probatur in dicto c. 1.quid iuris sit, ubi utrunque dictum ponitur. Secundo fallit nisi ius actoris sit effectum deterius, ut probatur in dicta l.si in lege.§. colonus.ff.loca.cum similibus. & per hanc distinctio

nō remanent resoluta omnia iura supra allegata & apparet quod Bartol. imperfecte & in multis male locutus fuit, & in terminis nostris regula magis procedit affirmatiua quod permittitur purgatio moræ ut patet in iurib. supra adductis.

243 Septimo † quærit Barto. hic de quæstione satis utili, utrum re perempta post moram possit quis offerrendo æstimationem purgare eam ut euitet pęnam, & ut hæc quæstio appareat probabilis formatur thema, quod aliquis promisit dare Stichum ualoris centum, seu tradere ut faciamus exemplum de facto, & casu quo non daret uel traderet promisit dare ducentum pro pœna. postea promissor fuit in mora in non dando, uel tradendo, ita quod incidit in pœnam, & durante tempore ad purgādum moram ipse seruus periit, unde dubitatur utrum qui promisit teneatur de interitu, ut sit liberatus, uel potius sit perpetua obligatio, & Barto. hic breuiter determinat quod ipse non est liberatus, sed adhuc durat obligatus ad dandum uel tradendum seruum, alias incidit in pœnam, per text. in l. sancimus. §. penultimo. C. de fideiusso. ubi dicitur, quod si præsentandus per fideiussorem moriatur ante tēpus conuentum liberatur promissor, sed si moriatur infra semestre datum ad purgandum moram non liberatur. sed debet omnimodo soluere pęnam, sed tunc remanet dubitatio prima, An offerrendo æstimationem infra tempus dandum ad purgandum moram liberetur a principali obligatione & ab ipsa pęna, ita quod soluendo centum liberetur a pœna ducentum, & Bartol. not. determinat quod sic, per text. in leg. cum res. §. sed si Stichum. ff. de legat. primo. in uersi. & fortasis pretium offerre, & ibi, soluere æstimationem, & pertranseunt communiter * Doctor.

244 Et in effectu † ponuntur duæ conclusiones, & prima est, quod tempus purgandi moram non excusat morosum ab interritu, & ratio est manifesta, quia licet posit purgare eam tamen antequam purgetur est uera mora & commissa & nata obligatio & actio ad interesse & ad pœnam, & aliud est purgare, & aliud posse purgare, sicut aliud est habere exceptionem, & aliud posse habere. l. qui ob rem. & ibi Barto. ff. de condictio. ind. facit l. doli. §. diuersum. ff. de nouatio. sicut etiam in simili uenditio producit suos effectus si est pura non considerando quod posit resolui. l. 2. ff. de in diem adiectione. & lege secunda. C. de pact. int. emp. & uendi. & lege. secunda. C. de rescind. uenditio. & facit text. in l. si ex legati causa, supra eodem. & l. quod te. ff. si certum petatur, & per omnia iura quæ dicunt morosum teneri de interritu, & non distinguunt, an posit mora purgari, & probatur per alium textum. in terminis qui ponit quatuor casus concordantes l. qui decem. §. cum mihi Stichum. & §. idem responsum. infra de solutionibus. nbi uult debitorē liberari a periculo interritus quia morā purgauit, ergo si non purgauit teneretur licet posset purgare, & in fine postea dicitur quod si fur offert seruum absentem, quia oblatio non ualet, tenetur de interritu, & facit text. in l. illud. ff. de periculo & como. rei uendi. & dicta lege. sed si alia. ff. de const. pecunia. ubi mora debitoris ei nocet & tenetur quantum ad interritum donec eam purgauerit, & postea nocet creditori donec debitor iterum incipiat esse in mora, alioquin mora nocet moroso eo mortuo infra tempus, & habes declarationem ad dictam leg. si ex legati causa, & leg. nemo rem suam. §. primo. supra eodem. & l. si seruum. §. sequitur. infr. eodem. & leg. quod te. ff. si certum petatur. cum similibus. & sequuntur communiter docto. hic, & in dicta leg. quod te, per rationem Iaso. hic, quia alias morosus non esset in pęna, & ampliatur procedere in aliis effectibus moræ ut ad eos teneatur quamuis posit purgare moram, ut ad pęnam, interesse, & fructus & usuras per istum textum. & le. Titia. §. usuras. ff. de legat. secundo. & leg. in fideicommissaria, in principio supra de usur. atque etiam quod teneatur ad æstimationem quanti plurimi, de qua in l. uinum. ff. si certum petatur. & l. hominem. ff. Mand. & per Barto. in l. tertia. §. in hac. ff. commoda. & plene dixi in dicta leg. uinum, & si dicatur quod purgatio moræ postea secuta saltem debet trahi retro ut perinde sit ac si non fuerit secuta. l. potior, & leg. qui balneum. ff. qui po. in pigno. habeant. respondetur quod illud procedit in actu cōditionali qui stat in suspenso donec existat conditio, & ideo illa postea trahitur retro, sed mora non committitur sub conditione purgationis, neque stat in suspenso sed statim producit efficaciter effectus suos, & ideo ea etiam secuta illos effectus præstare tenetur, & omne interesse præteritum, ut dictum fuit in prima oppositione primæ partis.

245 Secunda † colligitur conclusio ex dictis Bart. quod quando res est perempta post moram si ille uult purgare moram potest offerre æstimationem ad finem ut euitet effectus futuros & pœnā & interesse, perinde ac si seruum ipsum naturaliter obtulisset, & præsentasset, per tex. in dicta l. cum res. §. sed si Stichum. ibi, estimationem offerre, & in uersi. qua ratione, ibi. uel mortui pretiū. ff. de lega. 1. Alex. tamen dicit quod iste text. non probat, quia ibi non erat commissa mora, ut periculum pertineret ad debitorem, unde forsan secus esset si commissa fuisset mora, posset tamē dici ꝙ uoluit allegare text. in §. ita quod. ubi si culpa hæredis non compareat tenetur ad æstimationem, & si sine culpa præstat solum cauet de dando quando perueniet ad manus suas, nisi & tunc respondeas quod ille text. loquitur de oblatione quæ fit ad se liberandum ab obligatione ipsius legati propter quam conueniebatur a legatario, non autem quod propter talem æstimationem dicatur purgasse moram ad euitandum pœnam incursam uel usuras præteritas, & sic etiam non probat conclusionem Barto. unde pro opinione Bartol. inducitur text. in dicta lege. si cum dies. §. fin. cum leg. utique. ff. de arbitr. ubi post moram offerrendo interesse euitat moram, sed

sed uere nihil facit, quia ibi loquitur de interesse extrinseco quod concurrit cum purgatione moræ, ut in 1. oppositione dictum fuit.

Tertio inducitur ratio, quia purgatio moræ fundatur in æquitate. dicto. §. sequitur. sed non est æquum re perempta quod offerrendo æstimationem solam liberetur, ergo a contrario permitti debet ut offerrendo estimationem cum interesse præterito purgare debeat moram sicut si rem ipsam daret, Barto. in dicta lege stipulationes. in nona quæstio. sed respondetur quod proprie interesse non dicitur ipsa res, ut patet in isto text. nec affert eandem utilitatem, unde solet dari iuramentum in litem affectionis ut res estimetur, quo casu maximo pretio crescit estimatio quam communiter ualeat. le. si cum dos. §. final. cum leg. sequenti. ff. rerum amo. & aliquando dicitur estimatio quanti plurimi, ut in dicta. l. uinum. & in actione legis Aquiliæ.

246 Propterea † contra conclusiouem Barto. quod offerrendo estimationem non posit purgare moram, facit, quia dicta estimatio non affert tantã utilitatem sicut res ipsa, ergo non dicitur purgare moram, quia purgatio fit per plenum adimplementum & non sufficit estimatio communis, l. qui restituere ff. de rei uendicatione. & dicta l. si cum dos, cum lege sequenti. ff. rerum amo. unde qui tenetur præsentare hominẽ debet præsentare in eodem statu. l. prima. ubi est tex. not. ff. si ex no. caus. ag. & si ibi illud est in non moroso fortius erit in moroso, & idem habetur in dicta l. uinum. & confirmatur per id quod uoluit Iaso. in l. si seruum. §. final. supra eodem. qui dixit quod licet nouatio soleat habere uim purgationis moræ. l. qui decem. §. Stichum. infra de solutionibus. tamen quando homo est mortuus illa nouatio non purgat moram quia res non extat, & tamen semper æstimatio extat, faciat etiã, quia re perempta pretium non est in obligatione, ut dicitur in dicta l. si seruum. §. final. ergo offerrendo non debet purgare moram, quia non offertur quod debetur, & illa solutio estimationis quæ fuit inducta in odium morosi non debet redundare in eius fauorem. l. siue hæreditaria. cum ibi not. ff. de neg. gestis. Quarto pro hac opinione facit glos. in l. tertia. §. final. de alien. iud. mut. caus. facta. uersi. aliud si diceres, quæ uult quod non sufficit offerre estimationem. Quinto facit dicta lex & si post tres, dum dicit quod non permittitur purgatio moræ quando ius actoris est effectum deterius, sed hoc casu est effectum deterius ergo non potest purgari, & de iure deteriorato probatur in dicta lege si cum dies, cum lege sequenti. Sexto facit quod uoluit Bartol. in secunda oppositione, dum dixit quod si fundus fuit alienatus non potest purgari mora.

Ruy. uero hic tenendo opinionem Barto. respondet prædictis motiuis, & primo dum dicitur quod estimatio non affert tantam utilitatẽ, respondere potes, imo affert utilitatem, quoniã agendo contra eum non potest consequi nisi illã estimationem, ergo offerrendo illud quod præstare tenetur & per solutionem liberaretur consequitur actor eandem utilitatem, merito debet sufficere. Non obstat quod non fiat nouatio re perépta ergo nec purgatio moræ, quia imo purgat quantum ad effectum. Non obstat quod pretium non sit in obligatione, quia imo est, & sufficit quod sit in solutione. l. 1. ff. de pen. leg. unde non interest an sit in obligatione, & dixit Bart. supra in 7. opposit. Non obstat quod solutio estimationis sit inducta in odiũ morosi, quia istud negatur, cum solum in eius odium sit inductum quod perpetuetur obligatio & non liberetur per interritum, sed solutio estimationis est introducta in fauorem utriusque. Non obstat glo. in dicta l. 3. quia ibi non offerrebatur cum interesse ultra rem petitam, item ibi loquitur quando propter male factum erat mora quæ non potest purgari utsupra, item ibi res extabat & ille uolebat soluere estimationem rei extantis quod non conceditur. Non obstat quod ius actoris sit effectũ deterius, quia negatur, cum ipsa estimatio successit loco rei & actor eam solam exigere potest, & interitus fuit quidam casus naturalis qui non dicitur facere ius deterius, dicta l. si seruum. §. final. Non obstat dictum Barto. quia ibi illa estimatio non succederet loco rei in persona sua, & ita intelligitur gloss. in illa stipulatione non erat apposita pœna.

247 Resolutiue † tamen loquendo. mihi magis placet opinio contra Barto. quod imo per simplicem éstimationem rei non admittatur purgatio moræ, quoniam uere non interueniunt termini necessarii ad purgationem moræ, & non est certa estimatio quæ offertur ut contineat in se totum ualorem rei, cum uariis modis posit considerari, ut dictum fuit in præcedentibus iuribus, quæ plærunque probant hanc conclusionem, & responsiones Ruyn. non eneruant difficultatem & text. in l. sancimus. C. de fideiussorib. probat multũ concludenter quod re perempta non admittitur purgatio moræ, dum dicit omnimodo teneatur ad pœnam, & tamen si lis fuisset super eo qui erat præsentandus ut actor prætenderet in eum dominium offerendo estimationem uideretur dare quod poterit, & tamen non uult ꝙ admittatur purgatio moræ. Fallit autem. ubicũque ipse reus cõueniretur principali actione ad soluendam rem peremptam, nam tũc necessario posset purgare moram, quoniam ad plus non poterat teneri quam ad soluendam estimationem. l. si seruum. §. final. supra eodem. & actor aliud non peteret nisi quod dicta estimatio sibi præstaretur.

248 Si tamen † tibi uideretur humanior opinio Bart. & eam uelles tenere, opporteret eam declarare per multos casus. nam aut reus tenetur ad rem restituendam & in omnibus aliis casibus in quibus admittitur iuramentum in litem affectionis, iuxta no. in l. in actionibus. ff. de in litem iurand. tũc oporteret quod reus offeret estimationem secũdum affectionem ipsius actoris ad quã

ipse tenetur in facto principali, & aliter offerrendo non diceretur dare totam rem promissam, & per consequens non admitteretur purgatio moræ, quoniam interesset actoris multum ultra estimationem. si uero aliquis teneretur ad dandum rem per actionem legis Aquiliæ uel etiam ex causa mutui iuxta l. uinum, ff. si cer. pet. & tunc si uellet purgare moram esset necessarium ꝙ offerret estimationē quanti plurimi, quoniam ad eā tenetur ex principali obligatione, & aliter offerrēdo non diceretur offerre totum ꝙ debet, & non admitteretur purgatio moræ, qm̄ interesset actoris.

249 Sinautem † eueniret quod quis teneretur ad dandum, quo casu iuramentum in litem ueritatis præstatur secundū cōem æstimationē, iux. no. in l. in actionibus. de in lit. iur. & tūc posset liberari si offerret illam estimationem certificatam tamen per iuramētum actoris, dummodo offerret aliud interesse extrinsecum si quod euenisset ultra estimationem, uel ius actoris non esset effectum deterius, sinautem essemus in casu quo nullum iuramentum defertur sed tenetur ad æstimationem communem, iux. l. si seruum. §. fi. supra eodem. & l. in re furtiua, cum l. seq. ff. de condi. furti. & tunc posset etiam procedere opinio Barto. dummodo offerret interesse extrinsecum si aliquod euenisset ultra æstimationem, quoniam & oblata ipsa re illud quoque teneretur offerre, ut no. supra in 1. oppositio. primæ par. si tamen bene consideras in tribus primis casibus durior erit purgatio moræ quam soluere pœnam propter multas oppositiones quas faceret actor & ex prædictis infertur ad quæstionem Barto. in auth. si qui. C. de tēporib. appellatio. de qua hic per Nigrū, & Ruyn. & dic ut p eos, reducendo tñ ad prædictā distin.

250 Octauo † quærit Bart. an possit purgari mora quando stipulatio principalis est in persona unius & pœna in persona alterius, exemplū ponit tex. in l. 1. in fi. de stipulatio. seruo. quando seruus habet duos dominos & uni stipulatur dari decem & si non dederit illi decem stipulatur dari uiginti Sempronio alteri domino, uel quis stipulatur dari sibi fundum, & si non dederit, pœnā certam dari fisco, & in practica duo casus quotidiani eueniunt, quando aliquis facit pacem cum inimico, & si non obseruetur stipuletur pœnam quæ pro parte applicetur fisco & pro parte sibi. seu hæredibus. uel si quis promittit consanguineis suis non fideiubere pro aliquo, uel non ludere ad taxillos, & casu quo luderet quod pœna applicetur hospitali, dubitatur igitur an si mora sit commissa quia non obseruauit promissionem & iam pœna incipiat deberi illi tertio utrum purgando moram possit euitare illā pœnam, & And. de Pisis dicebat difficile esse permitti illam purgationem ut aufferratur actio fisco uel alteri tertio cui est acquisita, per dictam l. primam. in fin. de stipulatio. seruo. Bartol. uero distinguit considerandā esse significationem illorum uerborum, & si Titio non dederis Seio dabis, & ipse putat quod habeant hunc sensum idest si dare non potueris, per text. in lege tertia. §. primo. circa finem. ff. de adim. leg. uersi. & cum quis, ubi dicitur quod moriente illo cui relictū est legatum antequam cedat dies Sempronio acquiritur legatum, secus si cesserit dies. unde uidetur considerare potentiam illius in acquisitione cui erat soluendum, & cum intelligatur cum potuerit dare includitur omne tempus quo potuit dare, & per consequens etiam tempus quo potuit purgare moram, sinautem uerba testatoris uel contrahentis sint certa & restricta, & tūc quia actio est plene quæsita tertio nō potest postea per purgationem aufferri, per leg. tertia. C. de nouatio. & lege final. ff. de transactio. ut hic per eum, qui in effectu facit regulam affirmatiuam quod permittitur purgatio moræ, quoniam illa uidetur significatio communiter recepta. Fallit quando uerba sunt certa uel restricta, & uidentur sequi communiter Doctor. & pro eius opinione facit text. in le. ita stipulatus. §. item si quis. infra eodem. ubi Iurisconsultus dubitat de significatione uerborum conditionis, & refert opinionem quam ponit hic Barto. ut intelligatur cum potuerit, & clarius dicit, cum certum esse cœperit te capitolium ascendere uel Alexandriam ire non posse, & illa uerba si Pamphilum non dederis, exponuntur idest cum desieris posse Pamphilum dare. postea refert opinionem Sabini dicentis agendum esse postquam homo potuisset statim dari, exponendo uerba quandiu per te non steterit quominus dares, quæ uerba uidentur includere dilationem temporis quo potuerit purgare moram, & postea apponit exēplum de penu legata in qua admittitur purgatio moræ, & utrunque intellectum recipiendum esse inquit ibi text. cum sua distinctione. Secundo facit etiam text. in l. si Titius. supra eodem. ubi si unus stipulatur sibi dari si Titio non dederit, & Titius stipuletur sibi dari si primo non dederit, ille qui primo contestatus est litem præualebit, unde apparet quod stipulator non intendit aufferre a primo per simplicem moram sed solum quando transiuerit tempus purgandi moram quod præcluditur per litis contestationem, ut in tex. nostro.

251 Sed contra † Bar. quod imo indistincte quæcūque fiat expositio uerborum etiam in casu certo tenuit Cuma. Imol. & Paul. de Cast. & Alex. hic, per rationem, quia illi tertio uel fisco non acquiritur ius simpliciter sed in casu quo mora non purgatur, & sic cōditionaliter & nō præcise, ideo non pōt dici ꝙ illa pęna sit quæsita illi tertio pp moram perfecte, ideo non pōt fieri cōsequentia, ꝙ nostrum est sine facto nostro tolli non potest. l. id ꝙ nostrum. de reg. iur. & l. fi. sup. de pac. quia intelliguntur qñ acquisitio fuit facta irreuocabiliter, sed in casu nr̄o non est facta irreuocabiliter, sed cum modificatione si mora non purgabitur, & faciunt ea quæ hñr in l. qui Rom. §. Flauiu. inf. eod. & ad l. primam in fi. de stipulatio. seruo. respondet ꝙ ibi nullū uerbum de purgatione moræ; & text. non negat quin potuerit purgari, & si dicaf prout pōderabat Ias. ꝙ imo ibi reiecta est facultas

facultas purgandi, cum dicat quod statim commissa mora Sempronius agit ad uiginti, & ille repellitur per exceptionem, ergo præsupponitur quod poterat purgari illa mora. nam respondebant isti quod bene mora commissa facit acquiri actionem tertio, sed non tollit quin posit mora purgari, attento quod in exceptione discutitur an posit purgari.

252 Item dum † Barto. uult quod illa uerba, si non dederis, intelligantur si non potueris dare, facit, quia imo uidetur quod intelligantur si feceris moram, ut est tex. in l. 1. §. item si ita. supra ad l. falcidiam. ubi facta mora per hæredem desinit esse legatum penus, & tunc incipit esse legatum in decem, & hæres soluendo penum non dicitur soluere legatum, sed unum existens in conditione, seu in præstatione, ad idem est tex. in d. l. 1. §. fin. de stipula. seruo. ubi illa uerba, si Titio non dederis, intelligũtur uerificata per solam moram, & efficaciter secundus agit. Ruy. defendendo respõdebat & dicebat quod dictus. §. sed si quis. loquitur quando primum legatum est in uno & secundum est in alio, sed d. l. 1. §. item si quis. quando utrunque est in eadem persona, quæ cõcordia est contra tex. in dicta l. 1. §. fi. de stipulatione seruorum. Secundo concordat Niger, quod in dicta l. 3. §. sed si quis. non est facta secunda dispositio in pœnam hæredis, quia nullum erat eius interesse cui daret, sed in dicta l. 1. §. item si ita. erat secundum legatum in pœnam hæredis, & idem in dicta l. 1. in fi. de stipulatio. seruo. quæ concordia nec etiam ualet, quia non priuatur in effectu potestate dandi primo usque ad litis contestationem. Aliam dabat Imo. quam Iaso. dicit non habere in se rationem diuersitatis. Aliam dabat Salyc. in dicta leg. semel mora. columna. sext. quod ille tex. in dicto. §. primo. uersi. sed si quis. non facit uim in proposito, quia mora facta non debetur tertio, sed hæredi ipsius legatarii primi, & dicit text. ibi uersi. sed si quidem mora facta, secus in casu dictæ l. 3. §. item si quis. & in casu quæstionis nostræ.

Tu uero aduerte quod docto in hac quæstione multum se inuoluunt & æquiuocant in terminis quos non bene percipiunt. nam tex. in d. l. 3. §. sed & si quis. non intendit demonstrare aliud nisi ꝙ Sempronio nõ debetur nisi quando legatum nõ trãsmittitur ad heredes primi uel ei acquiritur, & uult quod excludatur secundus quando legatum acquiritur primo, & non fuit aliquid relictũ in pœna primi sed tantummodo fuit factum secundum legatum in euentũ quod primus acquirere nõ posit. & propterea ibi non tractatur de mora, neq; eius materia potest conuenire, sed solũ tractatur quomodo actio acquiratur primo, & quomodo secundo. ideo ibi non tractatur de aliqua pœna euitanda propter purgationem moræ, & per consequens apparet quod ille text. non probat conclusionem Bar. sed illi tex. contrariatur dicta l. 1. §. item si quis. dum dicitur, quod debetur secundo facta mora in primo, sed recte considerando non contrariatur, quia ille tex. præsupponit cessisse diẽ legati in primo, & uult quod licet sit acquisita in primo tamen non impeditur acquiri secundo si hæres fuit in mora, & ideo ibi legatum fuit relictum secundo in pœnam hæredis, & in dicto §. item si quis. legatum fuit relictũ in deffectum primi legatarii.

253 Propterea † tu omnia resoluendo dicas quod iura allegata per Bar. nullam eius conclusionem probant, nam tex. in d. l. 1. §. fi. de stipulat. seruo. quod prohibeatur purgatio non probat, & ommissa ponderatione uerbi, commissa, dicas quod ibi impeditur purgatio moræ si uis eum ita intelligere qnoniam fuit dies & pœna, cum dictũ fuerit Challendis Titio dabis, & si Challendis Titio non dabis Sempronio promittis. ideo ibi ex regula communi prohibetur purgatio, merito de ea non ponitur in illo tex.

Similiter dum Bar. allegat l. 3. C. de Nouatio. & l. fi. de transactionib. quod non potest aufferri actio quæsita tertio, etiam nihil faciunt in terminis, quoniam ibi actio erat quæsita per actum naturalem & perfectam cessionem sine aliqua conditione, & tunc uerum est quod non potest acquirens priuari, in casu autem nostro non erat acquisita actio per actum naturalem cessionis, sed tantummodo ueniebat acquirenda ex dispositione legis ipso iure concurrente uoluntate disponentis, & sub conditione si non dederis, quæ cõditio ex ea mẽte interpretatur, si morã nõ purgauerit.

Tertio etiam dum Barto. uult quod illa uerba, si non dederis, exponantur, idest si non potueris dare, habes tex. in terminis in d. l. ita stipulatus. §. item si quis, usq; ad finẽ, ubi aliæ interpretationes dantur, & in dicta l. si Titius supra eodem, & in dicta l. 1. §. item si ita. supra ad l. falcidiam, quæ iura probant quod possunt exponi cũ certum sit te non posse dare secundo quandiu per promissorem non steterit quominus eam daret, & tertio si non dederis, idest ante moram non dederis, quæ tamen omnes expositiones habent eundem sensum quantum ad commisionẽ moræ, quia præsupponunt quod quamuis multis modis posit fieri mora, tamen per eam commissam non impeditur purgatio, sed solum quod illi tertio acquiratur, & utriq; competat actio. Propterea nullus apparet text. qui dicat purgationẽ moræ impediri per acquisitionẽ alterius, quoniam hoc est naturale quod per moram nascitur obligatio & actio ad pœnam, & ad interesse, & tamen purgatio moræ permittitur per l. nostram cum materia, & l. interdũ. §. fi. supra eodem, & probatur per tex. in dicta leg. ita stipulatus. uersi. Sabinus. ubi Sabinus exemplum suum, quamdiu per promissorem non steterit quominus eam daret, quod uidetur restrictum æquiparat legato de penu in quo admittitur pasim purgatio. dicta lege prima. de penu lega. per rationem generalem, quia commisio moræ inducit acquisitionem pœnæ reuocabilem ex mente contrahentium non irreuocabilem, ut dicebat Cuma. quoniam nullum factum naturale interuenerat.

254 Quare † generaliter conclude, quod nulla debet fieri differẽtia an per moram acquiratur eidem uel tertio, uel sit eadem res uel diuersa, quia semper hæc mora facit acquisitionem talem pœnalem esse sub conditione successiua, si amplius purgare moram non possit, & ita tenendum est. Nec obstat dicta l. 1. in fin. quia supra responsum fuit, & ideo opportet considerare tantum, an interueniant aliæ regulæ impeditiuæ purgationis. & habes unam ampli. ad tex.

255 Nono † quærit Barto. quomodo creditor possit purgare moram suam, & distinguit tres casus ut hic per eum. Primus casus est & prima conclusio, quod pro iam nata conseruanda creditor seu actor potest purgare moram, per dictam l. si ita quis. §. Seia cauit. infra eodem, nec dicatur quod ibi nulla competebat actio quasi illa permitteretur sub conditione pecuniæ dandæ, & sic esset actio acquirenda, quia imo ibi actio erat quæsita cum Seia emisset hortos mandato Lutii Titii, super qua actione mandati erat apposita stipulatio, iux. l. duo societatem. ff. pro socio. & quæ nõ impedit actionem ex contractu, item ibi conditio nõ erat super natiuitate sed super exercitio, & sic ut impediretur executio tantum, & quamuis posset dici, quod ipsa Seia esset actrix ad pecuniam, & Lutius reus, tamen ipsa ibi non agebat sed erat Lutius qui proprie erat actor & cõseruabat actionem, & plus ibi dicitur quod solutio partis pecuniæ non impeditur, quia in conditione pecuniæ non prodest partem soluere. lege quinta. §. fi. supra eodem, & confirmatur ista conclusio per tex. in l. Mancipiorum. ff. de optio. leg. ubi legatarius qui iam habebat actionem mãcipiorum potest purgare moram si non elegit infra tempus præfixum, facit etiam text. in lege prima. §. si frater. ff. de collat. bono. ubi ille cui pro contumacia denegatæ fuerunt actiones post oblatam cautionem auditur, ut conferat. capitulo si tibi. de præbend. in sexto. restringit tamen Barto. in dicto. §. Seia. procedere si purgat infra modicum tempus, secus si est modicum tempus, quod tamen dependet ab intellectu illius tex. supra examinato.

Sed tamen in contrarium facit lex si rem. §. fi. ff. de pigno. actione. ubi agens pignoratitia potest purgare moram soluendo lite durante, respondet Alex. quod ibi dies aliqua non erat præfixa, ideo non dicitur in mora usque ad sententiam, item ibi illa mora erat nata post litis contestationem, ideo poterat purgari usque ad sententiam, ut dictum fuit supra. Ruy. etiam dicit quod ibi non tractabatur de conseruando actionem, sed de acquirendo, quia non erat nata nisi soluto debito. l. si rem. §. non omnis. eodem titulo, uel saltem dic si non loquitur ad actionem conseruandam loquitur ad consolidandum iudicium ex causa de præterito, & sufficit apparere usque ad sententiam, ideo potest euitari, sed fortius contra hanc conclusionem uidetur tex. in dicta l. 1. §. si frater. ff. de coll. bono. item contradicit tex. in d. l. Mancipiorum. ff. de optio. leg.

* Vnde magis communiter * Doct. tenent contra Barto. quod imo possit purgare ex interuallo, & ad dictum. §. Seia. respondent quod ibi erat dies apposita, uel melius responde q ibi nõ poterat litis expectari cõtestatio super actione intentãda, ideo ne perpetuo mulier remaneret suspensa, restrictio facta fuit ad modicũ tempus. facit tex. in dicta l. Celsus. §. fi. supra de arbitr. quamuis Alex. restringat illum textum ad eum qui debet recipere, sed melius est generaliter intelligere, ideo dicas quod purgatio moræ permittitur actori etiam ex interuallo. Fallit quando est apposita dies & conditio, quia non potest purgari nisi ut in illo tex.

256 Secunda † est cõclusio, q ad actionẽ principaliter acquirendam non potest mora purgari, per l. Thais. §. intra. ff. de fidei. lib. & l. si intra. ff. statuliber. & l. si super. C. de transactio. ubi hoc dicitur in libertate acquirenda quæ fauorabilis est. unde fortius procedet in aliis, & sequuntur com-

* muniter * Doctor. & est ratio, quia debet conditio adimpleri in forma specifica. l. qui hæredi, & l. Mæuius. ff. de conditio. & demonstra. & interpretatur quam primum potest, dicta l. ita stipulatus. quæ tamen ratio parum concludit. ut supra. sed in contrarium facit tex. in l. si rem. §. final. ff. de pigno. actio. secundum unum intellectum, q ibi non erat nata actio nisi soluta pecunia, sed potes soluere quod ibi non fuit apposita dies neque præcisa conditio, ideo permittitur. Secundo obstat dictus. §. Seia cauit. secundum alium intellectum, quod ibi agitur de actione ex stipulatu. sed responde quod limitant hanc conclusionem de modico tempore, unde uidetur quod illa iura non probent, primo quia ibi est dies, & pœna ut sentit gloss. in dicto. §. intra. & probatur in dicta l. si super possessione, alias quæstionem non patereris, uidetur enim esse in illis uerbis, si intra quinquennium non dederis liber esto alias sit liber, & sic est dies & pœna. & præterea ut dicebant Rippa & Ruy. ibi erat conditio formata quæ debet adimpleri in forma specifica, & debemus dicere q in cõditionib. adimplendis in quibus est dies non admittitur moræ purgatio. Itẽ ibi erat tempus limitatum q præteriri non potest, quia habet tacitam priuationem. l. si unus. §. si cum reo. & l. epistola. §. fi. ff. de pact. & uirtualiter ibi erat dies & pœna, quoniam sub contraria conditione cum di. tempore erat facta priuatio, nec obstat dictus. §. Seia cauit, quia ibi post actionem quæsitam fuit alia pactio. Nec obstat dicta l. mãcipiorum, quia ibi fuit assignatio temporis non conditio ad natiuitatem actionis. unde pro opinione Bar. adducitur per Nigrum text. in l. q si nolit. §. si quid intra. ff. de ędilitio edicto, & l. scire opportet. §. & consequens. ff. de excusatio. tu to. sed contra Barto. tertio adducitur tex. in l. seruus. §. seruus. & l. Stichum. §. Damam. ff. de statuliber. ubi iussus seruire per septem annos si fuit in mora uel fuit accusatus & non seruiuit potest supplere in alio tempore, & sic purgare moram. ad ista iura respondent Ias. & Alex. quod loquuntur

tur in faciẽdo, in quo permittitur purgatio moræ si sit tam longum seruitium, secus in hoc casu quando adimplementum est momentaneum, & hæc solutio est rationabilis tenendo opinionem Bartol. tamen non stringit multum, Alias etiam responsiones ponit hic Niger ex dicto. sed ego puto quod imo in hoc casu licita sit purgatio moræ per iura supra adducta, & dictum. §. si seruus. & dictum. §. Damam. & confirmat Ripp. quia si licet purgare moram ad acquirendam exceptionem eadem ratione & ad acquirendam actionem, & ad tex. in dicto. §. intra, & dictam l. si intra. respondetur quod est restricta ad certũ tempus, quæ debet adimpleri in forma specifica, uel quia habet in se diem & pœnã, ut supra, & ratio est, quia tunc uidetur habere in se clausulam annullatiuam seu priuatiuam, si non dederis infra tempus non sit liber, & consonat text. in l.
257 Celsus. in principio. ff. de arbit. Quare † concludas quod regulariter licita est purgatio moræ, & ad actionem conseruandam & actionem acquirendam. fallit quando est ibi uera conditio, quia tunc non permittitur purgatio, dicto. §. intra, dicta. leg. si intra. nisi per modicum tempus. dicto. §. Seia cauit. & dicta l. mancipiorum. & dicto. §. si seruus.

Tertia est conclusio, quod ad actionem accessorie quærendam licita est purgatio moræ l. Celsus. §. fin. ff. de arbitr. ubi si actor non accipit pecuniam dandam ammittit actionem pro pœna, sed si postea paratus est accipere potest purgare moram ut habeat illam actionem pœnalem accessoriam, Barto. tamen in dicto. §. final. uidetur sentire quod ibi tractetur de actione conseruanda, quia ex mora soluentis erat quæsita actio ad pœnam, quæ consideratio non est uera, quia imo ibi actio ad pœnam non erat nata, quoniam prima mora erat actoris, & nõ potuit nasci actio pœnalis, sed postea nascitur quando ipse est paratus accipere & constituitur in mora, & ideo ibi probatur conclusio Bartol. tamen non placet ꝙ illa sit accessoria, quoniam non interest, quia omnis actio quærenda sub conditione potest dici accessoria, & propterea per istum text. confirmatur conclusio præcedẽs quod admittatur purgatio moræ ad actionem acquirendam, Alias responsiones refert hic Niger, tamen præcedens uerior uidetur.

258 Adde † quartum casum, quando actor uult purgare moram ad reflectendum effectus moræ in reum nam permittitur etiam post longum tẽpus. l. sed si alia. ff. de constitu. pecunia. Fallit nisi esset ius rei deterius, dicta. leg. Mancipiorum. ff. de optio. leg. & in summa eodem modo permittitur purgatio moræ in actore sicut in reo siue ad reflectendum effectus moræ siue ad conseruandam actionem, siue ad acquirendam principaliter, siue accessorie, & sic generaliter, & solus text. in dicto. §. si infra. & dicta leg. si intra. fecerunt uacillare Doctor. in hac materia, ut distinguerent inter creditorem uolentem purgare, & reum, cum idem sit.

259 Quarta † est cõclusio, quod quando actor purgat moram ad acquirendam actionem prodest sibi non autem aliis personis quæ possunt habere communionem in illa actione. leg. mora. infra eodem. ubi si fideiussor & reus fuit in mora & ipse offerat purgat moram in fauorem suum non rei principalis, & si reus principalis committat de nouo moram, & sic actor purget suã prodest quantum ad ipsum reum non autem quantũ ad fideiussorem, ut ibi declarat Bart. sequuntur cõiter * Doc. sed addit Bal. in l. sancimus. C. de fide iussori. ꝙ moræ purgatio transit ad hæredes ab utraq; parte, per dic. l. sancimus. & Niger hic. sed tu aduerte quod ille tex. non uidetur probare cõclusionem de correis, quia loquitur in fideiussore qui est accessorius debitor, & in eo seruatur ꝙ exceptio acquisita sibi non prodest reo principali, sed bene e contrario exceptio acquisita reo prodest fideiussori. l. idem. §. primo. & l. sequitur. de pact. ergo & purgatio facta a reo prodest fideiussori. dicta lege. idem. §. primo. sed in correis debet distingui an sint socii & prodest & nocet omnibus, sinautem non sunt socii non prodest aliis. l. eandem. §. si duo. ff. de duob. reis. & leg. duobus. parua. eo. titulo. & per Barto. ibi in nona quæstio. item addit Iaso. quod quando actor uult purgare moram requiritur litis contestatio. l. sed si alia. ff. de consti. pecunia. sed Alex. reprehendit ut refert hic Iaso. per l. Celsus. §. final. ff. de arbitris. & ibi Ias. aliter concordat illa duo iura, quia in dicta l. Celsus agitur de euadendo pœnam, & in dicta l. sed & si alia. agitur de cõmittenda pœna interritus, quod nihil est, tu autem dicas quod dicta. lex & si alia. non negat quod actor non possit purgare moram ante litis contestationem offerendo se paratum recipere sed uult quod tacite sine aliqua oblatione per litis contestationem purgetur, & reus constituatur in mora, quia ille reuocat suam oblationem contestando litem in qua negat se debitorem, & sic facit actum contrarium oblationi.

260 Vltimo † Bar. pro pleniori intelligentia epilogat totam materiam ut facilius possit percipi & memoriæ mandari, & primo cõstituit quinque casus principales. Primus est, quando actor uult purgare moram, in quo ipse dixit quod potest purgare ad conseruandam actionem, & ad acquirendam accessorie, sed non potest ad acquirendam actionem principaliter. d. l. Thais. §. si intra. sed nos diximus quod semper potest purgare moram etiam ex longo interuallo quando non est appositum tempus, & quando non est appositum tẽpus uel est appositũ non restrictũ, ut dicendo seruiat per septem annos, sed non potest qñ est restrictum ut includat priuationẽ per appositionẽ diei & pœnæ, d. §. si intra. & addidimus aliũ casum quãdo actor uelit purgare, ut reflectatur effectus moræ in reum. d. l. sed si alia. ut nulla sit differrentia inter actorem, & reum, & sit ampliatio generalis in materia.

Secundus casus est, quando reus uult purgare moram propter male factum, & ipse dixit

quod si est factum momentaneum non potest, sed quando est succesſiuum potest, dicto. §. si colonus, sed ego dixi quod indiſtincte mora potest purgari per male factum sicut per non factum. Fallit quando est facta executio, uel ius actoris est effectum deterius, uel male factum absorbet totum ſubiectum, ut quando interficitur homo, uel tractatur de pœna legali pro delicto, quia ſeruatur diſtinctio poſita in dicta leg. qui ea mente. inf. de fur.

Tertius caſus est, quando reus uult purgare moram super instrumento iurato, & Barto. ſimpliciter dicit quod non potest. per dictam l. ſi quis maior. sed ego ibi tenui contrarium, quod iuramentum non impediat purgationem moræ, & quod dicta l. ſi quis maior non est in uſu, uel ſi est, requirit dolum, & non exiſtente dolo non inducitur priuatio neque impeditur purgatio.

Quartus caſus est quando facta fuit executio, & in hoc omnes cõcludunt quod impeditur purgatio moræ ſiue ſit facta ab homine ſiue a lege dummodo ſit tranſlatiua dominii uel iuris realis, nec ſufficit transferri actionem, uel niſi ſit medicinalis, ut in excommunicatione.

Quintus caſus est quando reus non iurauit & uult purgare moram in ſtipulatione, & tunc ſi est dies & pœna, tamen dies ſit incertus ſiue tacitus non impeditur purgatio, ut in quinta quæſtione. ſi uero est certus & cauſa multiplicandæ obligationis & non impedit purgationem, ſi uero est cauſa differendę ſolutionis & impedit purgationem, dicta lege traiectitiæ. in conuentionalibus ſtipulationibus, in prætoriis uero præparatoriis non impedit purgationem morę post quinque dies, per longum uero interuallum impedit, niſi ſit fideiuſſor. l. ſancimus. C. de fideiuſ. in deciſoriis uero impeditur purgatio ſi dies est expreſſa ab homine. dicta l. Celſus. sed ſi exprimitur a lege non impedit, dicta l. ſi cum dies. §. fin. ſecundum Bar. Sed ego dixi indiſtincte prohiberi purgationem, per dictam l. Celſus, & in deciſoriis & præparatoriis & in contractibus, sed fallit in prętoriis ſtipulationibus ſecundum unũ modum declarandi. quem poſui ſupra, uel potest dici quod ſemper permittitur purgatio morę ex æquitate infra paucos dies, & indiſtincte ſemper permittitur niſi ius actoris ſit effectum deterius, & dicta lex & ſi post tres. & dictus. §. Seia cauit generaliter procedant.

Sextus caſus est, quando est dies & non pœna, & tunc admittitur purgatio infra modicum tẽpus. dicto. §. Seia cauit. sed ego concluſi quod etiam post longum tempus potest fieri purgatio ſecundum communiter * Doctor. Fallit quando non potest ſperari litis conteſtatio, & facta erat promiſſio noua cauſa conſeruandi actionem. dicto. §. Seia cauit. uel ibi est dies & pœna ſecundum alium intellectum, unde probatur. Tertia opinio quam ego poſui ibidem ut ſemper permittatur purgatio moræ infra modicum tempus ex æquitate.

Septimus caſus est, quando est pœna, & non dies, & tunc admittitur purgatio moræ. dicta l. prima. ff. de penu. leg. etiam quod ſit dies legalis, ſicut in præcedenti caſu etiam quod ſit pœna tacita legalis, quia dies expreſſus & pœna faciũt quandam conditionem formalem quæ debet ad impleri in forma ſpecifica, dicta l. qui hæredi. & l. Mæuius. ff. de condi. & demonſtrationib. uel ſaltem tacite a contrario includunt diem & pœnam quæ impedit purgationem moræ, & iſti omnes caſus ſunt extra ſpetiales terminos legis.

Octauus caſus legis noſtræ est, quando reus uult purgare, & non est neque dies neque pœna, & tunc ante litis conteſtationem permittitur purgatio moræ per iſtum text. ſi ius actoris non est effectum deterius, uel ſi non interſit acto ris, quo caſu potest postea purgare ſi illud offerat, alias non, dicto. §. Seia cauit. sed Barto, uult infra modicum tempus poſſe purgari, sed ego reprobaui in ſecunda oppoſitione, post litis uero conteſtationem potest purgare ſi offert & conſignat quod petitur, sed non per ſimplicem oblationem. dicto. §. fin. de perp. & tempo. actio. sed ego dixi quod debet offerre realiter, & illa oblatio realis ſufficit ante & post litis conteſtationẽ ad purgationem temporalem, sed ad perpetuam requiritur ſemper depoſitio & conſignatio ut habeat uim ſolutionis uerę, ſi uero unum petitur ut pœna uel intereſſe, & aliud offertur ut res principalis, & tunc impeditur ſemper purgatio per iſtum tex. niſi incipiat post litis conteſtationem l. ſi maior. C. de tranſactionib. uel in caſu l. tertiæ. §. fin. de præto. ſtipulatio. sed ego dixi quod ille qui purgabat non erat conteſtatus litem, ideo päſſim permittitur, uel niſi in pœnis legalibus in quibus ſeruatur forma legis, de quo habetur in dicta. l. qui ea mente, post ſententiam autem non potest regulariter purgari niſi in caſu quo unum pro alio potest ſolui, dicta l. fideiuſſor euictionis. de exceptio. dol. & dicta leg. item ueniũt. §. idem recte. ff. de petitio. hæredita. quo caſu non est purgatio sed uera & ſimplex ſolutio. in pœnis autem legalibus regulariter non admittitur purgatio moræ. dicta. l. qui ea mente, & dicta leg. prima. §. ſi rem. ff. depoſi. quia pœnitentia & uariatio non admittitur quando delictum est conſumatum, tamen quando habetur reſpectus ad præiudicium partis quod est reparabile, admittitur, dicta leg. hoc edicto. ff. de publicanis, & dicta leg. hoc edicto, de alien. iudi. mut. cauſ. facta, & l. qui decem. §. idem reſponſum. de ſolutio. & hæc est tota theorica Bartol. cum ſuppletionibus & correctionibus ſupra per me poſitis, in quibus non ſeruauię ordinem per eum ſupra traditum, sed primo dixit de quæſtionibus ultimo loco poſitis. item & postea de oppoſitionibus ſecundæ partis, item & postea ſimul immiſcuit & addidit quæſtionem quando est appoſita clauſula, rato manente pacto, in quo concluſi ſimul cum eo.

261 Alexander † uero ſequitur alium ordinẽ, & reſtringit totam materiam ad unam regulã cum 16, limitationibus & ſublimitationibus ut p eũ,

& alii

262 & alii uidentur idem facere. Rippa quoque† constituit regulam, quod purgatio permittitur, & ponit limitationes decem & octo. quas ipse enumerauit referrendo omnia impedimenta ad purgandum moram. Primum impedimentum est interesse singulare quod passus est actor supra ualorem rei propter moram, tamen offerrendo simul cum ipsa re principali non impeditur purgatio, ut dictum fuit in prima oppositione post glo. in l. utique. supra de arbi. Secundum impedimentum quando ius actoris est effectũ deterius. dicta l. & si post tres. Tertium impedimentum est longum interuallum post diem conuentum. d. §. Seia cauit, sed ego reprobaui, quia longum interuallum non impedit. dicto. §. si colonus. ff. locati. nisi quando litis contestatio non potest sperari. Quartum impedimentum est dies & pœna expresse apposita ab homine. dicta. l. traiectitiæ. §. de illo. quod impedimentum cessat si in obligatione sit dies quæ cum certitudine præuideri nõ possit. l. si decem cum petiero. supra eodem. iuncta. l. qui Romæ. §. Flauius. supra eodem. Item cessat quando in obligatione est adiecta dies causa multiplicandæ obligationis. dicta. le. 1. de penu leg. & in aliis pluribus casibus sup. positis in omnibus oppositionibus primæ partis. Quintũ impedimentum est nouatio plena obligationis, & solutionis, quoniam non existente obligatione non potest esse neque purgatio neque mora, secus si est quasi nouatio ut in septima oppositio. Sextum impedimentum est litis contestatio, quę est terminus exclusiuus purgationis, per textum nostrum hic, quod tamen procedit quando contestatio fit super interesse & pœna, alioquin si fiat super re principali offerrendo quod petitur non impeditur purgatio. dicto. §. fi. item cessat quando in stipulatione de iudicatum soluendo secundum eum, sed ego dixi ibi ideo esse quia litis cõtestatio non est facta cum eo qui uult purgare moram, item cessat in pœnis legalibus. l. hoc ædicto. ff. de publicanis. ut in quarta oppositione secundæ partis. Septimum est impedimentum gemminatio moræ. dicta. l. traiectitiæ. secundum unũ intellectum. sed ego reprobaui, quia gemminatio uel multiplicatio moræ non impedit purgationem, sed est quia contestando litem uidentur consentire iudicium fieri super interesse, & renũtiare principali obligationi. Octauum impedimentum est pœna quæ ex facto peti potest simul cum principali secundum eundem Ias. & Rippã & multos, sed ego reprobaui sequẽdo in hoc Barto. in dicta quarta quæstione. Nonum impedimẽtum est exequtio facta a lege post moram uel ab homine, & addidi quod procedit generaliter in omni exequtione, ut in secunda & 3. quæstione. Decimum impedimentum est iuramentum secũdum Bart. & docto. dicta l. si quis maior. sed ego illud supra reprobaui, ut in dicta 5. oppo, late dixi. Vndecimum est impedimentum malefactum momentaneum uel successiuum ultra modicum tempus secundum Bar. & alios. sed ego reprobaui, quia male factum non impedit purgationem quando non interest actoris uel non est ius suum deterius factum, nisi quando male factum absorbet totum subiectum, ut interficiendo hominem, uel agitur de pœna legis imposita propter delictum. Duodecimum est impedimentum clara transfusio primæ obligationis in secundam, contractus tertii in alium tertium, per legem 3. C. de nouatio. sed ego reprobaui, quia non est differentia an pœna sit acquisita stipulatori uel tertio nisi per actum naturalem cessionis sit translata. Decimumtertium impedimentum est defectus conditionis remouens omnem purgationem. le. 1. cum glo. & ibi mod. C. de insti. & substitu. & l. Thais. §. intra. sed ego reprobaui, quia illud ibi est quoniam in consequentiã est dies & pęna sui natura impeditiua. Decimumquartum impedimentum est resolutio contractus propter morã. l. commissoriæ. C. de pact. inter emp. & uendi. sed istud includitur in 10. quando est facta exequtio a lege. Decimumquintum impedimẽtum est renuntiatio purgationis. per leg. sancimus. uersi. nisi pactum. C. de fideiuss. quod impedimentum est ualde generale, quia totum dependet ab arbitrio partium. l. si quis in conscribendo. C. de pac. Decimumsextum est impedimentum, prohibitio legis, ut in auth. qui semel. C. quomodo & quãdo iudex. de quo hic per Imo. & Ang. quod etiã est generale si apparet clara prohibitio legis. Decimumseptimum impedimentum est impossibilitas reponendi in pristinum statum. secundum Baldum in cap. primo. quo temp. miles. ꝙ tamen continetur in secundo quando ius actoris est effectum deterius. Decimumoctauum impedimentum secundum eum est deuolutio iuris in alterum propter moram a lege factam. cap. licet. de supplendo negligentia prælato. quod tamen etiam continetur super alio supra tradito quando est facta exequtio a lege, & hæc est theorica Rippæ quæ satis bona est, quia enumerando illa impedimenta satis instruuntur legentes in actu practico de materia moræ.

263 Sed tamen† & theorica Bar. & Alex. & Rippæ, licet sit utilis, tamen quia non seruant ordinem traditum hic per Bar. non perfecte instruunt iuuenes de materia quam in capite habent propter distinctionem positam per legem hic. & eam sequti fuerunt Barto. & doctor. Ideo alia theori-

264 ca† tradenda est sequendo ordinem legis & docto. hic, & constituendo duas regulas generales, unam affirmatiuam de purgatione moræ ante litis contestationem, & aliam negatiuam de purgatione post litis contestationem, cum suis ampliationibus & limitationibus.

265 Prima† est igitur regula, quod ante litis contestationem admittitur purgatio moræ, per istum textum. quæ regula procedit quando unum petitur & aliud offertur, ut si petatur interesse uel pęna, & offeratur res principaliter promissa. sed ampliatur procedere etiam quod petatur ipsum factum principaliter promissum, a fortiori & secũdo ampliatur procedere in obligationibus dandi siue petatur ipsa pęna siue petatur res. princi-

palis. Tertio ampliatur procedere etiam quod interuenerit duplex uel triplex mora, ut dictum fuit in prima quæstione. Quarto ampliatur procedere etiam quod sit clausula(rato manente pacto) ut dictum fuit super 6.quæstione Bar.maxime si offertur illud quod petitur. Quinto ampliatur procedere etiam quod sit appositum iuramẽtum si non est dolus,uel quando rigor dictæ le. si quis maior non est in usu. uel si est in usu secundum alium intellectum, ut non fiat priuatio nisi elapso tempore moræ. Sexto ampliatur procedere etiam si contrauentum est per male factũ quãdo non interest actoris, uel non est effectum ius deterius,uel offerratur interesse,nisi male factum absorbeat totum subiectum, uel agatur de pœna delicti imposita a l.iux.l.qui ea mente. infra de fur.& l.1.§.si rem depositam.ff.depositi. Septimo ampliatur procedere quando res est perempta post moram,nam offerendo estimationẽ potest purgare dummodo etiam offerat, ut in septima quæstione,declarando tamen ut dixi,quod si est aliquod interesse ultra rem illud etiam offeratur, uel si est materia ut debeatur æstimatio quantiplurimi,uel secundum affectionem illa æstimatio offeratur quæ sit talis ut possit facere liberationem in principali. Octauo ampliatur procedere etiam quando uni debetur res principalis & pœna acquiritur tertio ut dixi in 8. quæstione.licet ibi Bar.aliter sentiat. Nono ampliatur procedere etiam in actore qui potest purgare moram ad acquirendam actionem principaliter,& accessorie & ad conseruandam eam, licet aliter dixerit Bar.in 9.quæstione. Decimo ampliatur procedere quando est dies, & non pœna hominis,licet sit pœna legalis,uel quãdo est pœna hominis,& dies legalis tacitus.l. si cum dies. §.fi.supra de arbi. Vndecimo ampliatur procedere quando est dies & pœna hominis in prætoriis stipulationibus,dicta l.& si post tres. secundum intellectum supra firmatum, ubi etiam addidi ampliationem generalem constituentem tertiã opinionem, ut quando est dies & pœna semper permittatur purgatio moræ infra modicum tempus.dicta l.& si post tres.& dicto.§.Seia cauit. & cap.potuit.ex.de loca. Duodecimo ampliatur ꝓcedere etiam in contractibus bonæ fidei in hærede etiam si sit dies & pœna hominis.per leg.Lutius.ff.de actio. emp. secundum intellectum quẽ ibi tradidi. Decimotertio ampliatur procedere quando est pœna & dies causa multiplicandæ obligationis,dicta.l.1.in fine principii.de penu lega. Decimoquarto ampliatur procedere quando actum est ut fiat purgatio in omnibus partibus in quibut prohibetur. Decimoquinto ampliatur procedere etiam quod sit facta nouatio principalis debiti per pęnalem stipulationem, quia saltem remanet res ipsa in facultate soluendi. Decimosexto ampliatur procedere etiam quod pęna excedat in duplum uel triplum ualorem rei principalis, ut in octaua oppositione primæ partis.

Limitatur non procedere quando actoris intereſt,quia non potest fieri purgatio nisi offerratur interesse excedens ualorem rei, & si est certũ fiat oblatio realis, & si est incertum fiat oblatio aliquando cum fideiussore. l. si seruus hæredi. §. fi.& l.statuliber rationem.de statulib. Secundo limitatur quãdo ius actoris est effectum deterius. dicta l.& si post tres.etiam quod sit effectum deterius ex uoluntaria alienatione seu facto actoris a lege permisso,ut dictum fuit super 3.oppos. Tertio limitatur non procedere quando est renuntiatum,quia potest renũtiari.lege sancimus. C.de fideiusso.ibi,nisi sit tenor alius pacti. Quarto limitatur non procedere quando est dies & pęna hominis infra longum tempus tam in contractibus quam in iudiciis,& præparatoriis & decisoriis,dummodo non sint prætoriæ stipulationes,dicta l.Celsus.in principio. per rationem generalem ibi assignatam, quæ limitatio transit in regulam,& habet multas limitationes quas sup. posui in fine primæ partis, & hic posui pro ampliationibus. Quinto limitatur non procedere, quando est facta exequtio post morã siue ab homine per solutionem,siue a lege,ut in transferendo dominium ipso iure,ut in 3. & 4. quæstione. Sexto limitatur quando esset facta expressa noua tio.l.1.& fi.C.de nouationib.secus si sit semiplena,ut diximus super septima oppositione Bar.& idem esset si esset facta conuentio contractus legitima iux.formam positam in l.singularia.ff. si certum pe. Septimo limitatur quãdo interuenit iuramentum uel male factum momentaneum, quam ego reprobaui supra,nisi eam retineres in restrictionibus. Octauo limitatur non procedere secundum Bartolum quando pœna est in alia persona,uel in actore quando uult acquirere actionem directam,sed ego reprobaui super 8. & 9.quæstione & posui in ampliationibus. Nono limitatur non procedere quando res perit etiam ante tempus purgandi moram,quia tunc non offert rem in eadem causa,licet aliter Bart. teneat in septima quæstione declarando tamen ut ego ibidem posui. Quando autem est dies & pęna, conclusio est quod regulariter impeditur purgatio moræ.dicta l.traiecticiæ.§.de illo.& §.fin.secundum intellectum Bar.quæ conclusio solum ꝓcedit quando dies & pęna ab homine posita fuit, ut ibidem dictum fuit,unde limitatur postea aliquibus casibus supra positis,& in spetie in l. sancimus.C.de fideiuss.

266 Secunda† est regula principalis,quod post litis contestationem non admittitur purgatio moræ,per istum textum.cum suis concordan.quando unum petitur & aliud offertur. Ampliatur procedere in omnibus limitationibus positis in præcedenti regula quæ fortius procedunt hoc casu. Secundo ampliatur procedere in omnibus casibus in quibus committitur mora propter male factum. Tertio ampliatur procedere quando in una persona est promissio principalis & in alia pęna, secundum Bartolum.tamen aliter ibi nos diximus.

Limitatur non procedere quando illud quod petitur

petitur offertur, quia potest purgari per oblatio
nem realem temporaliter. l. si rem. §. fin. ff. de pi-
gnora. actio. uel per consignationem & depositio
nem. §. 1. insti. de perpe. & temporalib. actionib.
ut in prima oppositione secundæ par. Secundo li
mitatur quando ille qui uult purgare non est cō
testatus litem, quia permittitur usq; ad senten-
tiam. l. 3. §. fi. ff. iudi. solui. ut in 2. opposi. secundæ
par. Tertio limitatur non procedere quando mo
ra est commissa ex noua causa post litis contesta
tionem, quia potest purgari usq; ad sententiam.
l. si maior. C. de trans. Quarto limitatur non pro
cedere in arbitrariis actionibus. l. si cum excep-
tione. §. satis clemēter. ff. quod me. ca. uel in aliis
pœnis legalibus seu quasi arbitrariis. l. hoc edi-
cto. ff. de pub. ut in 4. oppo. Quinto limitatur nō
procedere quando unum est in obligatione & a-
liud in solutione ab initio ex dispositione lega-
li. l. item ueniunt. §. idem recte. ff. de peti. hæredi.
ut in 5. oppo. Sexto limitatur non procedere in
pœnis legalib. d. l. hoc edicto. uel ex dispositione
hominis in casu. l. fideiussor euictionis. de excep
tio. doli. Septimo limitatur non procedere quan
do actum est quod possit purgare. arg. l. si conue
nerit. ff. deposi. Octauo limitatur non procedere
in paucis diebus (secundum limitationem gene-
ralem quam ego ex intentione mea ultra alios
posui, per quas duas regulas cum ampliationib.
& limitationibus habes recollecta omnia quæ di
cta fuerunt per Bar. & doct. in tota hac materia.
267 Potest etiam † dari alia theorica magis pra-
268 cticabilis & clara ut constituamus duo capita a-
lio modo quam fecerint docto. † distinguendo,
Aut petit̄ interesse uel pœna, & offertur res prin
cipalis ad purgandum morā, hoc est quando unū
petitur & aliud offertur, & tunc procedit lex no
stra & eius distinctio, & constitui debent duæ re
gulæ sup. positæ faciendo differentiā an sit lis cō
testata uel non, & quando non est contestata ad
mittitur purgatio moræ per istum tex. cum am-
pliationibus & limitationibus ut supra. Secunda
est regula, quod post litis contestationem nō ad
mittitur purgatio moræ. Ampliatur & limitatur
ut supra, & hoc caput solū pertinet ad legē istā.
269 Secundum † est caput, quādo res principaliter
promissa seu factum principaliter promissum pe
titur, hoc est quod illudmet offertur quod petit̄
ad purgādum moram, & hoc caput non pertinet
ad istam legem, sed ad legem interdum. §. fi. & l.
si seruum. §. sequitur. sup. eo. & in eo datur regula
generalis quod permittitur purgatio moræ tam
ante litis contestationem quam postea usque ad
sententiam & post sententiam usq; ad exequtio-
nem, quia per purgationem adimpletur quod pe
titur, & iudex faciendo exequtionē non plus po
test facere quam illud quod petitur soluatur. ar-
gu. d. §. fi. insti. de perpet. & tempor. actionib.
Ampliatur procedere etiam quod fiat per so
lam oblationem, dummodo sit realis ad effectū
purgandi temporaliter, quamuis aliter dixerit
Bar. sed ad faciendum purgationem perpetuam
requiritur consignatio uel depositio, seu aliquis
actus habens uim solutionis, ut in 1. opposi. secū
dæ partis. Secūdo ampliatur procedere etiam q
sit multiplicata mora. ut in prima quæst. Tertio
ampliatur procedere etiam quod sit iuramentū.
Quarto ampliatur etiam quod sit clausula (rato
manente pacto). Quinto ampliatur procedere
etiam quod sit mora contracta per male factum.
Sexto ampliatur procedere etiam quod pœna
sit in persona alterius. Septimo ampliatur etiam
in actore ad acquirendam actionem, & genera-
lissime procedit etiam in renuntiatione facta de
purgatione moræ. Alias etiam ampliationes po
tes addere quas posui supra in prima regula da-
tis paribus terminis. Item ampliatur procedere
in multis limitationibus positis ad secundam re
gulam. Limitari tamen potest in aliquibus limi-
tationibus positis ad primā regulam, & hæc theo
rica est magis clara in practica & magis frequen
tatur, ut petatur illudmet quod offertur. unde ra
ro poterit opponi exceptio, tu non potes purga
re morā, quoniā solum practicabitur quando pe
titur pœna uel interesse, & offertur res ipsa.
270 Solet tamen † in practica seruari, quod uno &
eodem tempore petatur condemnari ad rē prin
cipalem & ad pœnam uel interesse propter clau
sulam (rato manente pacto) & tunc ad rem ip-
sam omnino admittitur purgatio, sed ad pœnā
seruabitur distinctio supra posita, quando cōclu
sum fuit quod per eam non impeditur purgatio
moræ, Sed per ritum magnæ curæ uicariæ super
exequtione instrumentorum permittitur purga
tio moræ usque ad ultimum peremptorium, &
post interlocutoriam usque ad diem iuridicam,
ut supra dixi, ad interesse uero totale seruabitur
distinctio præcedens. & hæc sufficiant pro discus
sione istius legis, & poteris faciliter totam mate
riam per capita memoriæ retinere.

Ioannes Bolognetus Salerni legens, & Messa-
næ repetita, die 6. Iunii. in 20. lectionib.

Summarium.



*1 PER istum. §. suppletur materia com-
missionis moræ & stipulationis pœ-
nalis.*

*2 In hac lege tractatur an per clausulā
de non ueniendo contra diuisionem
uideatur renuntiatum fideicommisso.*

*3 Item tractatur an per fictam contrauentionem indu-
ctam per iniquam sententiam committatur pœna
cum effectu exactionis.*

*4 Thema istius. §. propter breuitatem est ualde incer-
tum, simul cum eius decisione. Ideo præmittenda
sunt multa firmitatem terminorum inducentia.*

*5 Primum est fiendum præsuppositum quod isti fratres
fuere instituti hæredes a patre suo & grauati per
fideicommissum.*

*6 Secundum est fiendum præsuppositum quod fideicom-
missum fuit conditionale & reciprocum si filij de-
cedant sine liberis.*

7 Tertium est fiendum præsuppositum quod isti fratres

promiserunt non uenire contra diuisionem per uerba omnino generalia.

8 Quartum est fiendum præsuppositum quod iste frater decessit sine liberis institutis extraneis hæredibus.

9 Quartum est fiendum præsuppositum quod superstes frater petiit hæreditatem patris sibi ex nouo iure fideicommissi debitam.

10 Lex prima in hoc textu refertur quæ fuit agitata super difficultate an per diuisionem cum clausula de non ueniendo contra esset remissum fideicommissum.

11 Sententia de qua in hoc tex. per qualia uerba fuit pro lata examinatur.

12 Sextum est fiendum præsuppositum, quod sententia fuit lata per uerba prægnantia continens absolutionem a petitis, & quod actor non posset petere, quod esset remissum fideicommissum.

13 Sententia in hoc tex. relata an sit iusta uel iniusta ualde dubitatur & constituuntur tres intellectus.

14 Septimum est fiendum præsuppositum, quod hæc sententia fuit iniusta, quia uere non erat tractatum de fideicommisso.

15 Lex est altera natura, & facit miracula.

16 Octauum est fiendum præsuppositum, quod hæc sententia iniqua fuit, & ualida & transiuit in rem iudicatam.

17 Falsa causa an uitiet sententiam, ponitur.

18 Sententia iniqua potest transire in rem iudicatam quãdo non constat de appellatione.

19 Nonum est fiendum præsuppositum, quod sententia fuit facta lis per quam hæredes uictores petierunt pœnam propter contrauentionem fictam.

20 Quæstio uertebatur super secunda lite, an per sententiam iniquam pœna committeretur.

21 Decimum est fiendum præsuppositum, quod per sententiam iniquam pœna committitur efficaciter, & cum effectu exactionis.

22 Actus fictus ab uno iudicio proueniens an faciat fidẽ in alio iudicio.

23 Summatur & diuiditur.

24 Casus figuratur explicans totum thema ordinate & cum omnibus suis qualitatibus.

25 Rationes dubitandi referuntur explicantes difficultatem quæstionis,

26 Rationes decidendi referuntur cum responsionibus ad contraria.

27 Hæredes quomodo possint dici diuidere suam hæreditatem.

28 Statutum dictans quod filia dotata non succedat patri uel in eius hæreditate non excludit eam a successione fratris.

29 Diuisio an & quando inducat nouum titulum discutitur.

30 Noua datur declaratio quando diuisio inducat nouũ titulum.

31 Triplex reperitur ius, unum competens de præsenti, Aliud competens de futuro ex causa de præsenti, Aliud de futuro ex causa de futuro. Quod alio modo distinguitur, unum competens re, Aliud competens spe, & aliud competens nec re nec spe.

32 Clausula uniuersalis simplex de non ueniendo contra diuisionem hic posita fuit, quæ trahitur tantum ad ius de præsenti.

33 Frater superstes hic petiit bona fratris ex causa fidei commissi de futuro, in qua lite fuit disputatum utrum esset renuntiatum fideicommisso.

34 Sententia hic lata fuit cum expressione causæ quod esset transactum de fideicommisso.

35 Sententia lata cum falsa causa contra legem dubiam ualet.

36 Causa an sit exprimenda in sententia remissiue declaratur.

37 Sententia facit uerum quod non est uerum, & Nigrũ apparere candidum.

38 Sententia iniqua iudicis delegati an transeat in rem iudicatam, & ualeat.

39 Sententia iniqua arbitri an sit ualida & transeat in rem iudicatam quando actum est ut procedat de facto, & iudicet de iure.

40 Sententia iniqua contra ius partis lata non refricatur in dubium in alio iudicio.

41 Sententia iniqua per quam declaratur aliquem contrauenisse facit ut pœna cum effectu exigatur.

42 Fideicommissum reciprocum, & conditionale fuit in hoc textu, & quamuis sit odiosum non remittitur.

43 Glossæ magnæ declaratio literalis utiliter, & plene traditur.

44 Intellectus. l. qui cum tutoribus. per uarias responsiones latissime discutitur.

45 Triplex est ius, de præsenti, de futuro & ex causa de præsenti, & de futuro ex causa de futuro.

46 Inductio legis post emancipationem. ff. de lib. legat. ponitur.

47 Primus est intellectus. l. qui cum tutoribus. quod ibi frater successit fratri ab intestato.

48 Secundus est intellectus quod ibi successit frater fratri ex fideicommisso, qui cumulatiue etiam uerus est.

49 Tertius est intellectus cumulatiue uerus quod frater fratri tempore transactionis iam successerat.

50 Hæreditas ab intestato an debeatur spe late discutitur.

51 Hæreditas collateralium nedum filiorum debetur spe probabili & uera.

52 Triplex reperitur spes de futuro, firma, probabilis, & debilis.

53 Remittens omne ius quod habet uel habere sperat non dicitur remittere successionem ab intestato.

54 Successio ex pupillari substitutione debetur spe firma.

55 Successio filiorum uel aliorum qui habent legitimam an ueniat in illis uerbis (habere sperat.

56 Sententia anormala quæ uenit ex priuatione alterius nõ includitur in illis uerbis (remisit omne ius quod habet uel habere sperat)

57 Lex debet fieri etiam de sententia iniqua ut sciamus effectus eius quando pro ueritate habetur.

58 Sententia iniqua declarans aliquem contrauenisse petendo laudum reduci ad arbitrium boni uiri an faciat committi pœnam late discutitur.

Quæstio

59 Quæstio prædicta non habet locum in arbitris. sed solum in arbitratoribus.
60 Clausula (promittis non petere reduci ad arbitrium boni uiri) an intelligatur si iuste, & æque iudicatum fuit, uel generaliter.
61 In terminis doctor. quæstio eorum est uana. sed solum debet formari quod promiserunt non contrauenire laudo.
62 Prima est opinio, quod sententia iniqua declarans non potuisse petere facit committi pœnam, nec potest opponi in alio iudicio.
63 Secunda fuit opinio Angel. contraria quod discussum in uno iudicio super exceptione posit in alio iudicio refricari in dubium, cuius tamen fundamentis respondetur.
64 Tertia fuit opinio Bar. media in dicta l. Iulianus. quæ communiter tenetur.
65 Quarta fuit opinio Bal. quæ reprehenditur.
66 Discussum in uno iudicio non potest refricari in dubiũ in alio iudicio quando sententia est certa declarans ius partium, alioquin potest.
67 Theorica Rippæ hic refertur & tanquam adulatoria reprehenditur.
68 Theorica autem præcedens refertur & breuiter articulus concluditur.
69 Actor an & quando teneatur opponere replicationem si uult obtinere.
70 Clausula uniuersalis simplex non trahitur ad futura.
71 Fideicommissum purum an & quando per clausulam simplicem uideatur remissum.
72 Intellectus Azo. quod hic pro parte sententia fuit iniqua, quia frater diuidens tenetur de euictione, refertur & reprehenditur.
73 Transactio facta de una re uel actione non trahitur ad ad aliam rem uel actionem.
74 Solutio octaua glo. quod ibi actiue hic passiue uariis modis exponitur & reprehenditur.
75 Intellectus legis tres fratres.ff de pact. per uarias responsiones declaratur. quæ reprehenduntur & datur noua solutio.
76 Intellectus. l. Paulo Callimacho. de legatis tertio per uarias responsiones declaratur & traditur uera solutio.
77 Intellectus l. Titius.ff. quib. mod. pignus uel hypotheca soluitur per uarias responsiones declaratur & uera solutia traditur.
78 Intellectus legis uendicantem. digestis de euictionibus. quare ibi discussio facta in uno iudicio examinetur in alio, per uarias responsiones declaratur.
79 Differentia assignata per doctor. an sit pronuntiatum contra excipientem uel in fauorem excipientis reprehenditur.
80 Differentia an secundum iudicium sit pœnale uel principale reprehenditur, & in dicta. le. uendicantem fuit iudicium pœnale.
81 Differentia an agatur ad diuersos effectus uel cundem effectum reprehenditur.
82 Solutio uerior est quod in dicta. le. uendicantem. non fuit iudicatum super iure exceptionis sed solum ipsa fuit reiecta.
83 Differentia sola iuridica est an sit super iure exceptionis iudicatum uel non fuerit.
84 Si summarie fuit pronuntiatum super exceptione iterum potest in plenario iudicio examinari.
85 Discussum plenarie in uno iudicio amplius non potest refricari in dubium in alio iudicio accessorio.
86 Discussum in uno iudicio plenarie non refricatur in dubium in alio iudicio principali, secus si per probationes præsumptiuas iudicatum fuit.
87 Discussum in uno iudicio plenario in causa status quando non possit in alio iudicio refricari in dubium.
88 Discussum in uno iudicio contra excipientem quando posit refricari in dubium in alio iudicio tendente ad eundem finem.
89 Discussum in uno iudicio contra excipientem an possit in alio iudicio tendente ad eundem finem in dubium refricari.
90 Resolutio breuis & facilis traditur quando discussum in uno iudicio posit refricari in dubium in alio iudicio.
91 Sententia lata ex falsa causa quando dicatur nulla.
92 Sententia in textu nostro lata fuit contra ius partis.
93 Sententia lata contra ius legis est ipso iure nulla, Ampliatur & limitatur ut hic.
94 Sententia lata contra ius legis ualet quando sunt opiniones docto. quia faciunt legem dubiam.
95 Sententia lata contra ius partis ualet, ampliatur & limitatur ut hic.
96 Pœna simul cum exceptione retenta re an posit exigi in hoc tex.
97 In stipulatione (amplius non agi) an pœna exigatur simul cum re.
98 Stipulatio pœnalis an nouet præcedentem, ut res et pœna simul exigi non posit.
99 Causa an sit exprimenda in sententia remissiue dicitur.
100 Per simplicem diuisionem an sit remissum fideicommissum late discutitur, & referendo opinionem Azo. & reprehensionem Bar.
101 In uniuersalibus una res succedit loco alterius, & prætium loco rei.
102 In particularibus actionibus personalibus pars addita per diuisionem succedit loco alterius a se tradita.
103 Fratres in diuisione non tenentur de euictione ex obligationibus descendentibus a testamento.
104 Frater propter fideicommissum potest petere integras res obuentas fratri in diuisione.
105 Per simplicem diuisionem non esse remissum fideicommissum inter fratres late comprobatur.
106 Fideicommissum purum non est remissum per simplicem diuisionem nisi sit dictum, nihil iuris sibi reseruantes.
107 Filius grauatus per fideicommissum conditionale reciprocum retinet legitimam & trebellianicam.
108 Per diuisionem cum clausula de nihil faciendo contra an sit remissum fideicommissum, & refertur theorica Bar. cui respondetur.
109 Opinio Rogerii refertur cum suis fundamentis quibus respondetur.
110 Per diuisionem cum clausula generali de nihil faciendo non est remissum fideicommissum conditionale.

quod ampliatur multis modis.

111 *Per dictam clausulam non est remissum fideicommissum cum illis uerbis nihil reseruantes, nec per consuetudinem notarii.*

112 *Reseruans sibi unum fideicommissum an per clausulā generalem uideatur cætera remittere.*

113 *Fratres diuidentes hæreditatem an præsumantur scire testamentum factum, & habere notitiam contentorum in eo, & declaratur theorica Bart.*

114 *Sui hæredes an præsumantur scire contenta in testamento.*

115 *Sui hæredes tempore diuisionis non præsumuntur scire contenta in testamento, secus in extraneis.*

116 *Ante aditionem in quocunque hærede ignorantia præsumitur, sed tempore aditionis in extraneis præsumitur generalis, & tempore diuisionis spetialis notitia.*

117 *Agnati asserentes se hæredes ex testamento tempore aditionis præsumuntur habere generalem, & postea spetialem cognitionem, sed si non se asserant hæredes ex testamento nullam.*

118 *Hæres quomodo præsumatur scire facta defuncti.*

119 *Sui hæredes quomodo præsumantur ignorare testamentum.*

120 *Sui hæredes asserentes se hæredes ex testamento quando præsumantur scire contenta in eo.*

121 *Sui hæredes quando præsumantur scire contenta in testamento breuiter declaratur ponendo regulam cum limitationibus.*

122 *Filius soluens legata an præsumatur scire conteata in testamento.*

123 *Filius an præsumatur scire contenta in testamento quādo fama est factum fuisse, uel quando fecerunt diuisionem inæqualem.*

124 *Filius an præsumatur scire contenta in testamento quādo testamentum reperitur penes eum.*

125 *Serui instituti hæredes quando præsumantur scire contenta in testamento.*

126 *Extranei hæredes quando præsumantur scire contenta in testamento, regula constituitur cum fallentys.*

127 *Hæredes omnes regulariter præsumuntur ignorare cōtenta in codicillis.*

128 *Hæredes omnes præsumuntur ignorare fideicommissum in testamentis antiquorum.*

129 *Fideicommissum an uideatur remissum quando in diuisione est posita clausula cum uerbis prægnantibus & ponuntur multa exempla.*

130 *Intellectus .l. de iis. ff. de transactionibus, late discutitur an debeat interuenire ocularis inspectio uel intellectualis.*

131 *Per clausulam (occasione fideicommissi debiti) non uenit fideicommissum conditionale.*

132 *Fideicommissum futurum an uideatur remissum per illa uerba (occasione fideicommissi debiti) quando non reperitur nisi unum futurum, late discutitur.*

133 *Fideicommissum conditionale an uideatur remissum per uerba (occasione fideicommissi debendi) interueniente intellectuali inspectione.*

134 *Intellectualis inspectio non sufficit ad remissionem fideicommissi quando non præcessit ocularis, & uera inspectio.*

135 *Verba (inspectis uerbis testamenti & lectis) idem important quia in omnibus requiritur lectura ocularis.*

136 *Testamentum nuncupatiuum quomodo inspici & legi dicatur.*

137 *Rustici uel mulieres diuidentes quomodo præsumantur habuisse cognitionem testamenti.*

138 *Fideicommissum an uideatur remissum per clausulam uniuersalem indefinitam.*

139 *Fideicommissum an uideatur esse remissum inter ignorantes per clausulam prægnantem etiam de futuro.*

140 *Intellectus legis qui iure militari. de militari testamento, per multas responsiones declaratur.*

141 *Fideicommissum an uideatur esse remissum inter scientes testamentum per clausulam uniuersalem indefinitam.*

142 *Intellectus legis. & uni. paragrapho primo. digestis de acceptilationibus. per uarias responsiones declaratur.*

143 *In stipulatione Aquiliana non ante remittitur fideicommissum sine scientia spetiali testamenti, & solemnitatis. legis de iis. digestis de transactionibus.*

144 *Transactio de fideicommisso sine solemnitate legis de iis. de transactionibus an ualeat apposito iuramento.*

145 *Iuramentum non supplet deffectum formæ neque solemnitatem facti.*

146 *Solemnitati .l. de iis. ff. de transactionibus an possit renuntiari, late discutitur.*

147 *Dispositioni introductæ in odium ocultantium testamēta an possit renuntiari.*

148 *Legi resistenti an posit cum iuramento renuntiari.*

149 *Legi introductæ fauore publico an posit cum iuramēto renuntiari.*

150 *Breuis theorica ponitur an inter ignorantes ualeat remissio fideicommissi.*

151 *Remissio fideicommissi an inducatur per clausulam (remittentes omne ius quod habent uel habere sperant).*

152 *Verbum (sperant) denotat spem habentem causam firmam de præsenti, quia est potentior significatio.*

153 *Verbum (potest) est extensiuum ad futurum tempus.*

154 *Verbum (habere sperat) uel habere potest, non comprehendunt successionem ab intestato uel aliam spem ex futuro ex causa de futuro.*

155 *Remissio fideicommissi inter ignorantes non dicitur facta esse.*

156 *Generalis cogitatio non sufficit quando pro forma uel solemnitate aliquid consistens in facto requiritur.*

157 *Clausula (remiserunt ius quod habere sperant) non comprehendit procedentia a testamento.*

158 *Nominatio generalis conueniens uni tantū habet uim spetialis*

Lex qui Romæ. §. duo fratres. ff. de uerbo. obliga.

1 
VONIAM in† præcedentibus in l. 4. §. Cato. & in l. stipulationes non diuiduntur. & in l. si insulam. supra eodem. multa dicta fuere de materia commissionis moræ & stipulationis pœnalis per uerã contrauentionẽ in non faciendo uel male faciendo, eueniatq; sæpe dubitatio an per fictam contrauentionem pęna posit committi, & exigi, de quo partim dicitur in l. iure ciuili. de condi. & demon. cum conc. & plenius habetur per doct. in hac l. qui Romæ §. duo fratres. opere pretium est pro complemento cognitionis ipsius materiæ eundem interpretandum assumamus qui optima cũ ratione quoque fuit in hoc tit. collocatus.

2 In hoc† igitur. §. tractatur principaliter de duobus, Primo propter thema dubium, utrum per diuisionem factam de hæreditate cum clausula de non ueniendo contra eam uidetur renuntiatum fideicommisso & aliis iuribus suis competentib. in rebus diuisis. Secundo† an per sententiam iniquam per quam quis iniuste declaratur contrauenisse conuentioni quis incidat in pœnam efficaciter ut exigi possit, quæ duo utilia ualde, & quotidiana sunt in practica, & recipiunt magnas difficultates & faciles æquiuocationes, † cum in eis interpretes uarii sint & uario modo loquantur, ac litera nostra propter sui breuitatem ambigua sit & dubia ut uariis modis thema fieri possit, & hinc inde faciliter trahitur quacunque sui parte, ut sit ualde incertum, & non bene possit ex eo colligi de quo fuerit dubitatum corã Scæuola, & qualis fuerit eius decisio, ideo ad euitandas æquiuocationes ac inducendam firmitatem terminorum, & ad clarificandam formam thematis propositi coram Scæuola authore legis nostræ, & ut certa possit sumi decisio, aliqua præsupposita certitudinem terminorum inducentia & præuia inspectione firmanda esse putaui.

5 Prima igitur † est dubitatio in hoc tex. quia in principio dicitur fratres diuisisse hæreditatem suam, quod dictum uidetur impertinens, quoniam non uidetur quod aliquis hæreditatem suã possit diuidere, cum ipse sit dominus, & superstitis nulla sit hæreditas. l. qui superstitis. ff. de acq. hæreditate. unde uidebatur dicendum, hæreditatem patris diuiserunt non autem suam, item alia uidebatur inconuenientia, quoniam hæreditas diuidi non potest, cum per diuisionem demonstretur adita. l. pro hærede. ff. de acquir. hæredit. & post aditionem non appellatur amplius hæreditas, ut per glo. in l. prima. §. ueteres. ff. de acqu. possess. & in l. sed si plures. §. fidei. ff. de uulgari. & pupillari. Ideo doct. declarantes intentionem Scæuolæ dixerunt præsupponendum esse quod hæc hæreditas peruenerat ad fratres ex testamento patris iure institutionis, unde potuit & ante aditionem & postea esse sua, cum ipsi sint quasi domini in uita patris. l. in suis. ff. de lib. & posthum. & continent dominium. l. pro hærede. C. de usucapio. pro hærede. & quamuis post aditionem proprie non appelletur hæreditas sed uerũ patrimonium, tamen retinet nomen hæreditatis, ut bona in ea contenta distinguantur ab aliis per talem appellationem, & probatur in rubr. & Nigro. ff. de petitio hæredita. & in spetie in rub. & Nigro. ff. & C. familiæ hærciscun. unde apparet quod thema est conueniens, & quoniam postea inf. fit mentio de iure fideicommissi & de hæreditate patris, demonstraturq; pater instituerat eos hæredes & grauauerat si decederẽt sine liberis restituerent inuicẽ fideicõmissum iux. formã positã in l. hæredes mei. §. cũ ita. iunctis. no. doc. supra

sup. ad trebellianum. Quare facias primum præsuppositum, quod isti fratres diuiserunt hæreditatem tali obuentam ex institutione facta in suo testamento in quo etiam grauauerat eos restituere inuicem per fideicommissum.

6 Secunda succedit † dubitatio, quale fuerit hoc fideicommissum de quo fit mētio in hoc tex. an fuerit purum uel conditionale, & an fuerit simplex uel reciprocum, & quoniam textus hoc non apperit utrunque posset dici, tamen pro firmitate concludendum est ex mente docto. quod fuit fideicommissum conditionale, quoniam si fuisset purum competeret de præsenti fratribus quando diuiserunt hæreditatem, ideo per clausulam de non ueniendo contra diuisionem uideretur esse renuntiatum fideicommisso, quoniam omnes conueniunt per talem clausulam generalem renuntiari omnibus iuribus de præsenti cōpetentibus, & cum prætendatur quod non fuerit renuntiatum, opportet dicere quod fuit fideicōmissum conditionale cui non ita faciliter renuntiatur. iuxta notata in l. prima. C. de pact. Item tale fideicommissum præsupponitur fuisse reciprocum & sub conditione (si decedant sine liberis) iuxta formam in dicto. §. cum ita. traditam, ex eo quia in text. dicitur, alter alteri promisit pœnam, unde intentio uidetur esse ut iura essent æqualia, & quamuis aliqui dicant imo fuisse impositum soli fratri morienti, tamen magis probabile est quod fuerit reciprocum, & propterea apparet quod dictis fratribus competebat hæreditas ex duplici iure, unum erat ius consistens in institutione propter quam adiuerunt hæreditatem & eam diuiserunt & aliud ex causa fideicommissi quod incipiebat tunc competere fratri superstiti quādo alter decederet sine liberis, unde nata fuit dubitatio an per talem diuisionē uideatur renuntiatum illi fideicommisso de futuro, & cum secundum communem intellectum prætendatur quod non apparet quod quamuis fideicommissum reciprocum sit odiosum inducēs uotum captandæ mortis. l. de fideicommisso. C. de transactionib. tamen per diuisionem non uidetur remissum. Quare facias secundum præsuppositum firmum, quod hoc fideicommissum fuit conditionale, atque fuit reciprocum sub conditione (si decederet sine liberis) & ideo hæreditas patris potuit competere ex duplici iure, uidelicet institutionis de præsenti, & fideicommissi de futuro.

7 Tertia fuit dubitatio, †quoniā tex. innuit quod in diuisione fratres posuerunt clausulam de non ueniendo contra diuisionem, qualia fuerint uerba prolata a contrahentibus, nam uidetur quod sint uerba Iurisconsulti, & quod alia fuerint expressa a partibus, propterea in glo. magna ponuntur tres conceptiones, una fuit ualde prægnans per hæc uerba, a plærisque notariis in instrumentis solita apponi, promittētes dictæ partes præfatam diuisionem firmam gratam, & ratam habere in nullo contrafacere uel uenire de iure uel de facto ex aliqua ratione uel causa etiā ex causa fideicommissi præsentis uel futuri uel alterius iuris competentis uel competituri, taliter quod clausula tria spetialia contineat, promissionem de non ueniendo contra ex aliqua ratione uel causa. Secūdo quod promittant spetialiter non uenire contra occasione fideicommissi. Tertio quod addant fideicommissi præsentis uel futuri, uel alterius iuris competituri, & istam conceptionem tenent ibi qui prætendunt hic fuisse bene iudicatum. Secunda refertur conceptio in glo. iis uerbis, uirtualiter promittentes non uenire contra dictam diuisionem aliqua ratione uel causa ex iure de præsenti uel futuro, remittētes omne ius sibi competens in dictis bonis, uel quomodocunq; tempore competiturū, quæ clausula continet duo posita in præcedenti, & solum differt ab ea quia non exprimit specialiter de causa fideicōmissi, nihilominus habet eandem uim & potestatem præiudicandi in iure præsenti & de futuro, & hanc tenent etiam illi qui uolunt bene fuisse iudicatum ad finem ut esset aliqua dubitatio. Tertia refertur cōceptio simplex & generalis continens tantummodo unum positum in prædictis aliis uidelicet, promittentes diuisionem habere ratam gratam, & firmam, & in nullo contrafacere uel uenire aliqua ratione uel causa, non se extendendo ulterius neque ad ius de futuro neque ad ius fideicommissi, & istā tertiam tenent communiter * docto. qui uolunt male fuisse iudicatum, quoniam plus non dixit tex. solum exprimens nihil contra eam se facturos, per quam uidetur renuntiatum tantummodo iuri de præsenti non autem iuri de futuro, ut not. in lege prima. C. de pactis. & hæc est tenenda. Quare facias tertium præsuppositum firmum, quod hæc clausula fuit generalis non se extendens ad aliquod ius fideicommissi uel de futuro uel per uerba antiqua promittentes nihil contra eam facturos, uel per uerba noua supra relata quæ idem important, & hæc de prima parte thematis.

8 Quarta†fuit dubitatio, quoniam textus dicit post mortem alterius, uolens quod unus frater mortuus fit, & non exprimit an cum liberis uel sine liberis, & an cum testamento uel ab intestato, ideo firmando dicas quod iste frater decessit sine liberis, quoniam alias non extitisset conditio fideicommissi, & non est uerisimile quod testator grauet filios suos quando habent liberos, item debes dicere quod fecit testamentum instituendo extraneos hæredes; nam si decessisset ab intestato frater ipse successisset, & a semetipso deberet petere fideicommissum, aliqui tamen formabant casum quod erant plures fratres, & quod successerant omnes ab intestato, & a fratribus petebant fideicommissum, qui intellectus stare non potest, quoniam textus dicit duo fratres, ergo non erant plures, & addit alter alteri promisit, & subdit post mortem alterius ille qui superuixit in numero singulari, ut omnino appareat quod erant tantummodo duo, & si fuissent alii non potuisset petere totum fidei-

fideicommissum, cum in parte penes se haberet. Quare facias quartum præsuppositum, quod iste frater mortuus est sine liberis, & fecit testamentum instituendo extraneos hæredes a quibus postea petiit superstes fideicommissum.

9 Quinta† successit dubitatio, quia textus iste dicit quod superstes ab hæredibus alterius petiit hæreditatem quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relicti, nam uidetur quod non possit intelligi de hæreditate patris quæ iam erat diuisa, & tradita fratri de consensu utriusque, & quod uideatur petere hæreditatem fratris, quæ proprie est hæreditas cum non fuisset diuisa neque possessa. Ideo doctor. tollentes hanc difficultatem dicunt quod imo iste superstes petiit hæreditatem patris non fratris quæ erat acquisita suis hæredibus. sed dicebat quod illa erat sibi debita occasione fideicommissi relicti a patre post mortem eorum, & dicebat hoc ius nouiter sibi acquisitum fuisse propter mortem ipsius fratris grauati, & quamuis diuisisset hæreditatem & consensisset ut ipse possideret eam tamen non renuntiauerat fideicommisso de futuro, propterea in libello narrabat quod hæreditas paterna obuenta iure institutionis fuit diuisa inter fratres & possessa pro indiuiso, sed tamē quia per mortem extitit conditio fideicommissi ex nouo iure dicebat sibi competere & eandem sibi restitui debere.

10 Vnde† successit postea lis quæ est de principalibus pertinentibus ad istum. §. quoniam hæredes conuenti dicebant se non teneri ad fideicommissum, quoniam per diuisionem cum clausula apposita fuerat fideicommisso renuntiatum actor uero replicabat quod imo non fuerat renuntiatum, quoniam clausula continebat uerba generalia quæ de propria significatione non trahuntur ad ius de futuro, sed tantummodo renuntiauerat iuri sibi competenti de præsenti, ut amplius posset dicere testamentum nullum, uel esse in maiorem partem institutum, uel habere ius legitimæ, & simile aliud de præsenti, sed non renuntiauerat iuri de futuro, & cum fideicommissum esset conditionale per mortem fratris incepit competere, & ideo omnimodo hæreditas restitui debebat, nihilominus quamuis multum clamaret iudex ex proprio arbitrio pronuntiauit contra ipsum. Quare facias quintum præsuppositum, quod hic frater superstes petiit partem hæreditatis obuentam mortuo, & per diuisionem traditam ex nouo iure superuenienti occasione fideicommissi, & quod disputatio fuit an illi fideicommisso per diuisionem fuerit renuntiatum, tamen pronuntiatum fuit contra actorem.

11 Sexta† successit dubitatio qualia fuerint uerba illius sententiæ, quoniam textus non apperit per quæ uerba fuerit pronuntiatum, ideo traduntur hic tres formæ per doctores seu conceptiones, una fuit quod iudex simpliciter dixit absoluimus hæredes conuentos a petitis, & ulterius non processit in sententia. Secunda traditur conceptio, quod duo in sententia expressa fuere, primo dicendo absoluimus a petitis, & postea subdendo quod ipsi actori non competebat ius petendi bona occasione præfati fideicommissi, & causa istarum conceptionum fuit, quia aliqui prætendunt quod illa uerba, quasi de fideicommisso transactum, fuerint prolata a Scæuola non autem a iudice, & has conceptiones tenebant illi qui uolebant bene esse iudicatum ut facerent aliquam dubitationem an pœna esset commissa. Sed communiter * doctores dicunt quod uerba sententię fuere magis prægnantia, & continebant tria. Primo, dicendo absoluimus a petitis. Secundo, dicendo declaramus actori non competiisse ius petendi dicta bona iure fideicommissi. Tertio, addendo rationem, quoniam per diuisionem cum dicta clausula transactum fuerat de fideicommisso, & sic quod sententia erat clara omnia exprimendo, & rationem assignat, quia nisi essent hæc uerba clara intentio iudicis non potuisset esse certa, & potuisset intelligi absoluisse quasi testamentum esset nullum uel quasi fideicommissum fuisset nullum, uel quod nulla fuerat facta diuisio, uel aliquod aliud simile, per quæ salua ri deberet sententia ab iniquitate, iuxta ea quæ habentur in capitulo cum in iure. extra de re iudicata. & capitulo in præsentia. de renuntiation. & in capitulo quoniam contra. de probat. & dum dicunt quod præsumitur pro iudice, & pro iustitia sententiæ. nec obstat quod non potuerunt esse uerba iudicis, quia uerum est ea quæ hic posita sunt, tamen bene possunt referre uerba iudicis, & per hic expressa qualia fuerint in

12 sententia demonstratur. Quare fiendum† est sextum præsuppositum, quod hæc sententia fuit per uerba certa exprimentia quod per talem diuisionem cum dicta clausula renuntiatum fuisset fideicommisso.

13 Septima postea† successit dubitatio quæ principalis est in hac materia, an hæc sententia fuerit iusta uel iniusta, in qua doctores hinc inde ualde se agitant multa hinc inde allegantes, & tres constituuntur principales opiniones facientes tres intellectus. Prima fuit, quod hæc sententia fuit iusta & recte iudicatum quod fideicommisso fuisset renuntiatum, quæ opinio prima facie omnibus uidetur uerissima, cum inconueniens uideatur quod de sententia iniqua facta fuerit lex, & a compilatoribus hic posita, cum iudex ueniret puniendus, & per appellationem retractanda esset, cui opinioni consonat, quod promissio de non contrauueniendo facta fuit cum uerbo uniuersali (nihil) omnia includente. le. Iulianus. digestis de legatis tertio. capitulo si Romanorum. 19. distinctione & etiā præsupponitur pro iudice qui bene uisis scriptu ris & deliberate iudicauerit. dic. cap. in præsentia. de renuntiatio. & hanc opinionem tenuerunt omnes illi qui præsupponunt primam cōceptionem conuentionis factam fuisse per uerba prægnantia, uel etiam tenentes secundam conceptionem.

nem. Sed communiter * doct. interius perscrutãdo eam omnimodo reiecerunt reprobando istũ intellectum, quia quæstio formata coram Scæuola, an pœna esset commissa, esset indubitata, cum si uere esset renuntiatum, petendo incidisset in pœnam per litis contestationem. lege amplius peti. ff. rem ratam haberi, & contumacia fuisset confirmata perseuerando usque ad sententiam. leg. Papinianus. §. meminisse. supra de inofficioso testamento. unde contradicit lex Labeo. de car. edict. ut infra per Barto. & omnes. nec potest dici quod erat dubitatio, quoniam in clausula non erat expressum de fideicommisso ut in secunda conceptione, nam sufficiebat quod esset renuntiatum iuri de futuro. Vnde secunda fuit opinio seu secundus intellectus ꝙ sententia pro parte fuerit iusta & pro parte iniusta, considerando quod tenebatur de euictione pro parte quam ipse dederat in diuisione. iuxta legem uendicantem. digestis de euictionibus. cum aliis dicendis infra super glos. in uersicul. uel dic quarto, & per Bartolum in sexta solutione, & in prima quæstione. sed iste intellectus etiam reprehenditur, quia non est uera hæc mixtura, cum imo sit necessarium ut in totum sit iusta uel iniusta, ut per Bartolum plene in dicta prima quæstione. ubi dicebam quod erat iusta ex eo, quia non erat opposita replicatio, sed si fuisset opposita tunc fuisset iniusta. per legem tres fratres. ff. de pactis, quæ opinio etiam non est uera, cum hæc replicatio non fuerat necessaria ut dicemus infra cum Bar.

14 Ideo † tertius est intellectus, quod hæc sententia fuit in totum iniqua ex gratia uel sordibus uel ex ignorantia iudicis lata, quia non est uerum quod per diuisionem cum dicta clausula generali esset remissum fideicommissum de futuro, cum ius de futuro etiam fundatum in causa de præsenti nõ possit remitti per clausulam uniuersalem simplicem, sed sit opus exprimere ius de futuro, dicta lege si a colono, & lege cum stipulamur. supra eodem, & notatur in lege prima. Codice de pactis. & per Bartolum in lege cum pater. §. hæreditatem. secunda. digest. de legatis secundo. qua iniquitate stante rationabiliter fuit dubitatum coram Scæuola authore legis, utrum stante dicta sententia iniqua esset commissa pœna, cum si attendamus ueritatem nulla fuit contrauentio, neque conditio apposita in stipulatione pœnali fuit adimpleta. Vnde tali casu non fuisset cogitatum, & merito pœna non deberet esse commissa, sed si consideramus opinionem quæ insurgit ex eo quia per sententiam ita fuit declaratum, & præsumitur pro iudice. dicto capitulo in præsentia. de renuntiatione. & pro sententia, & eius iustitia. capitulo sicut. & capitulo cum in iure. extra de re iudicata. & plene per omnes in capitulo quoniam contra. de probationib. tunc uidetur quod pœna sit commissa, tamen quia durum uidetur, quod opinio seu præsumptio præualeat ueritati, & quod quis debeat puniri de delicto quod non fecit, ideo summopere fuit dubitatum utrũ talis pœna sit commissa, & concluditur in textus, quod fuit commissa, † quia res iudicata pro 17
ueritate habetur. lege res iudicata. de regulis iuris. & sententia facit uerum quod non est uerum, & est altera natura faciens miracula. ut per Baldum in lege ingenuum. ff. de statu hominũ, & hæc est uera opinio. Nec obstat quod de iniqua sententia non debet fieri lex, quia imo necessarium est, quoniam ut sit litium finis pro utilitate publica fuit dispositum quod res indicata pro ueritate habeatur, & posset dubitari utrũ in eo tantummodo quod esset iudicatum seruari deberet, an etiam in consecutiuis trahat effectum suum. Scæuola autem hic determinauit quod nedum in principali sed etiam in exequtiuis seruari deberet, & fuit necessarium de hoc facere legem ut in casu simili factum fuit. lege ex diuerso. §. primo. ff. de rei uendicatione. & lege si per imprudentiam. ff. de euictionibus. & generaliter fuit necessarium determinare per legem quos effectus operetur sententia iniqua, tam inter easdem personas, quam inter diuersas quando transiuit in rem iudicatam. Quare facias septimum præsuppositum, quod hæc sententia fuit iniqua, & quod per clausulam simplicem uniuersalem non fuerat remissum fideicommissum, & quod istud pro constanti & claro præsupponit Scæuola hic cui notum erat dictam sententiam fuisse iniquam, & in proposito themate coram eo a partibus confessatum, & nullus dubitabat, & hæc opinio ita declarata est basis istius tex. & totius eius materiæ.

16 Octaua † fuit dubitatio, an stante firmitate prædicta quod sententia fuerit iniqua, fuerit de iure ualida uel potius nulla, attento quod in ea erat expressa causa falsa notoria ipsi Scæuolæ.
17 Ideo uidebatur † quod esset nulla per legem secunda. Cod. quando prouoca. non est necesse.
* sed communiter * doctor. tenent contrarium, quod imo hæc sententia fuerit ualida, quoniam licet fuerit ex falsa causa tamen illa erat contra ius partis non contra ius legis, & ideo ualuit, ut clare distinguit textus in dicta lege secunda. Codice quando prouoca. non est necesse. Ideo successit alia dubitatio an transiuerit in rem iudicatam, & dubitationem poterant facere ea quæ habentur in lege admonendi. digestis de iureiurando. & quia nemo præsumitur iactare suum. lege cum de indebito. digestis de probation. & quod fuisset iniqua appellasset, cum non appellando uideatur iactare suum. lege cum ab eo. Codice quomodo. & quando iu-
18 de. Contrarium † tamen tenent doctores hic, quod imo transiuerit in rem iudicatam, quod probatur, quia textus nullam facit mentionem de appellatione, quæ cum sit facti non præsumitur nisi allegetur iuxta no. per Iason. & doctor. in l. qui se patris. C. unde lib. & in lege si emancipati. C. de collationib. ubi concludunt emancipationem non præsumi nisi dicatur facta, quod etiam suadetur, quia sententia iniqua solet tran

ſire in rem iudicatam. dicta l. res iudicata. & dicta l. ex diuerſo. §. primo. ut ſit litium finis. Tertio ſi non tranſiuiſſet in rem iudicatam uel fuiſſet reuocata uel per appellationem ſuſpenſa. l. j. in fine. ff. ad turpillia. & non potuiſſet dubitari coram Scæuola de commiſſione pœnæ. Quare facias octauum præſuppoſitum, quod hæc ſententia quantumcqunue iniqua ualida fuit & tranſiuit in rem iudicatam, & cum iſtis octo præſuppoſitis habes declaratum totum thema quod ponitur in hoc tex. nam hæc prima lis fuit pro themate narrata præſupponendo in facto eam ita fuiſſe cum qualitatibus præmiſsis.

19 Nona † ſuccedit dubitatio ſuper tertia parte tex. uerſi. quæſitum eſt an pœna commiſſa eſſet, ſuper quo formata fuerit quæſtio coram Scæuola, & docto. uariant, quoniam quidam dicebant quæſitum eſſe an ſententia eſſet iuſta uel iniuſta, & quod reſponſum fuit eſſe iuſtam, atque ideo pœnam commiſſam. Alii uero dicebant fuiſſe dubitatum an per talem clauſulam eſſet tranſactum de fideicommiſſo, & reſponſum ſit quod fuit tranſactum, atque ideo pœnam fuiſſe commiſſam per eum qui contra promiſſionem petierat. ſed iſtæ opiniones non ſunt ueræ, quia de directo litera repugnat, quæ non firmat quæſtionē neque ſuper ſententia neque ſuper tranſactione, ſed eis narratis quærit an pœna ſit commiſſa, unde litera dicit, quæſitum eſt an pœna ſit commiſſa, non autem an ſententia ſit iuſta, uel an tranſactum ſit, & poſtea ſubdit, reſpondi commiſſam eſſe non autem ſententiam eſſe iuſtam. uel iniuſtam uel tranſactā eſſe, propterea apparet quod ſola quæſtio uentilata fuit coram Scæuola an eſſet commiſſa pœna, ideo tu debes omnimodo ſubaudire ad tex. & thema propoſitū quod poſt quam dicta ſententia tranſiuit in rem iudicatam illi hæredes conuenti effecti uictores reconuenerunt actorem ad pœnam, dicentes quod ille uenerat contra propriam promiſsionem, & quod inciderat in pœnas conuentas ei contraueniendo, & ideo petebant coram alio iudice competenti quod ille condemnaretur ad ſoluendā pœnam in quam inciderat.

20 Ille † autem conuentus fortiter turbatus dicebat ego non appellaui contra meam utilitatem ut deſiſterem a litibus faciendo tibi tantam gratiam, & nunc tu uis me conuenire ad pœnam in quam ego non potui incurrere, quia ſententia fuit iniqua, illi hæredes replicabant quod imo inciderat in pœnam, quia per ſententiam declaratum fuit quod contrauenerat, ideo utraque pars coram Scęuola cōparuit, ſed iudex petendo ab eo utrum pœna diceretur commiſſa, & ipſe reſpondit commiſſam eſſe. Quare facias nouum præſuppoſitum, quod poſt primam litem finitam narratam hæredes ipſi nouam inceperunt reconueniendo actorem, in qua fuit dubitatum an per ſententiam iniquam prædictam, quod apud Scęuolam erat notorium eſſet commiſſa pœna, & ſuper hoc ſolo fuit facta quæſtio & deciſio iſtius. §. præſupponendo pro ueris omnia ſupra narrata in themate.

21 Decima † fuit dubitatio, an poſito pro uero quod ſententia fuerit iniqua, & quod propter eam fuerit commiſſa pœna, an modo hæc commiſsio ſit tantæ potentiæ quod pœna incurſa ab ipſo fratre ſolui efficaciter deberet atque manu militari cogi poſſet ſine obſtaculo exceptionis ad eam ſoluendam, & uidebatur dicendum quod de rigore tantummodo quoddam diceretur commiſſa, tamen poſtea attenta ueritate facti per obſtaculum exceptionis poſſet ſe defendere dictus frater, ſicut in ſimili dicitur in leg. 2. §. item ſi in facto. ſupra eodem. & cum uere non contrauenerit pœnam non mereatur. l. Gracchus. C. de adult. & capiqui peccat. 23. quæſtione quarta.

22 Et ceſſat † æquitas fictionis propter odium pœnarum. capitu. odia. de reg. ul. iuris. in ſexto. l. cum quidam. ff. de liber. & poſthumis. & leg. denique & lege nec utilem. ff. ex quib. cauſ. maior. ut ſaltem alia æquitate repelli debeat. ut no. inſti. de replicatio. in princi. §. 1. & per totum. & uidetur tex. in l. tres fratres. ff. de pact. quod uidetur decidi in terminis in l. denuntiaſſe. §. ſi. ff. de adult. & per no. per Bar. in l. ſi is qui. §. ſi tu & Titium. in fine. infra de fur. & ſimiliter offenſio probata per contumaciam ſi dictam non facit aliquem incidere in pœnam, per ibi dicta, & confeſsio ficta non irrogat infamiam Corneus conſi. 42. lib. 1. & confeſsio ficta non nocet fideiuſſori. Corn. conſi. 211. col. 3. in litera. C. & confeſsio ficta in uno iudicio licet noceat in illo in quo facta fuit tamen nō præiudicat in alio Bar. in l. eius qui delatorem. in fi. princi. ff. de iur. fiſci. per legem ſecundam. §. Diuus. eodem tit. ergo hæc ficta contrauentio inducta per ſententiā iniquam quæ pro ueritate habetur, licet noceat in hoc iudicio ut non poſſit retractari, tamen nō uidetur poſſe nocere in alio iudicio ſeparato in quo actor conueniatur. Et uidetur tex. in terminis in l. 2. §. item ſi in facto. ſupra eodem. ubi ceſſante æquitate pęna & obſtaculum exceptionū exigi non poteſt. quæ omnia ponuntur per Iaſ. & Alex. in ſimili quæſtione agitata per eos de laudo lato ab arbitro an retractari poſſit contra ꝓmiſsionem ſuam, ut per Iaſon. infra colu. ſeptima. uerſi. Tertia principalis opinio, quæ omnia cadunt in præſenti dubitatione licet docto. non firmauerint.

* Sed tamen contraria opinio communiter* tenetur, quod imo nedum pęna committatur de rigore per dictam ſententiam iniquam, ſed etiam committatur cum effectu exactionis, ut uincens poſsit conuenire uictum ad pęnam petendo cōdemnari, & iudex eum condemnare debeat & ſic uere cogat, & hoc præſupponitur in hoc tex. qui factus fuit propter hanc quæſtionem, & dum dicit (commiſſam eſſe pęnam) intelligitur cum effectu. l. 3. §. hæc uerba. ff. quod quiſque iuris, & ita conſuluerit Scęuola ut iudex ſequendo eius opinionem condemnaret iſtum fratrem ad ſoluendum pęnam, & ratio determinationis fuit ſupra dicta, quod ſententia facit ius inter partes & facit non uerum eſſe uerum & eſt altera natura

faciens

faciens miracula, ut per Bal. in l. ingenuum. ff. de sta. homi. & concor. tex. in l. ex diuerso. §. 1. ff. de rei uendi. ubi sententia iniqua super re habet executionem etiam in fructibus, pro quo facit etiam, quia fictio sententiæ tantummodo fuit super transactione an esset remissum fideicommissum, ex qua fictione resultat postea uera contrauentio & commissio pœnæ, sicut ex actu ficto resultat uera possessio. l. quod meo. ff. de acquiren. poss. & l. certe. §. primo. ff. de præcario. & qui non appellat uidetur consentire. dicta l. ab eo. C. quo modo & quand. iud. & ex ficta confessione inducitur uera liquidatio. Corneus in consi. 225. col. 2. sub litera. C. in fi. nec obstant contraria, quia il la procedunt inter diuersas personas, nos autẽ hic loquimur inter easdem personas, item procedunt inter absentes quia non fuere citati inter quos habet locũ alia regula quod res inter alios acta non præiudicat, ut in rub. & Nigro. C. res inter alios acta.

Quare facias decimum præsuppositum, quod Scæuola hic determinauit pœnam commissam per sententiam iniquam fuisse commissam nedũ de rigore sed etiam cum effectu exactionis, ut sententialiter potuerit condemnari & ad soluendum cogi, per quæ omnia apparet quam dubitabile fuerit thema in tex. nostro & uariũ, & quã uaria potuerit esse quæstio & decisio attenta simplicitate uerborum, atq; quantum hinc inde potuerit trahi, ut quale fuerit thema qualis fuerit quæstio petita & qualis decisio tradita penitus incertum esset, sed firmatis dictis decem præsuppositis apparet thema clarum & petitio clara, & decisio Scæuolæ etiam clarissima & notabilis, & in spetie quod est necessarium dicere, ut finita prima lite incœperit secunda, super qua tantummodo interrogatus fuit Scæuola, & posuit responsionem, & prædicta decem præsupposita tu potes hic per te referre & habere certitudinem omnium uerborum istius text. Prædicta autem omnia ego posui hic summatim ut haberetur resolutio clara uerborum & decisionis Scæuolæ & omnium eorũ quæ infra dicẽtur in materia, nam super prædictis tanquam super basi omnes decisiones fiedę fundabuntur, sed nolui disputare, quia hoc non pertinet ad præmittentẽ, sed disputationes reseruabimus. infra ad loca sua cum Doct. ubi ea omnia firmabimus.

23 Quibus † sic ad euidentiam præmissis deuenio ad tex. qui diuiditur in tres partes, in prima ponitur principium thematis quod fratres diuiserunt hæreditatem & promiserunt non contrauenire. in secunda parte ponitur pars altera thematis quæ successit post mortẽ unius fratris, & de lite inchoata & decisa. in tertia ponitur quæstio coram Scæuola proposita & responsio. Secunda ibi, post mortem. tertia ibi, quæsitum est. Summatur secundum Barto. & doctor. sententia iniqua per quam unus declaratur uenisse contra diuisionem facit eum incidere in pœnã, quod summarium bonum est quantũ ad quæstionem formatam coram Scęuola & eius decisionem, non tamen est plenum respectu thematis, cum nihil de themate ponat. ideo tu plenius potes summare. Per diuisionem factam cum clausula de nihil faciendo contra eam non est remissum fideicommissum conditionale, sed si per sententiam iniquam declaratur remissum licet uere non contrauenerit incidit in pœnam cum effectu exactionis.

24 Casus † ita breuiter fingi potest. testator quidam habens duos filios eos instituit hæredes, & postea grauauit per fideicommissum, dicendo si quis eorum decesserit sine liberis superstes succederet, mortuo testatore filii adiuerunt hæreditatem quæ sibi iure institutionis obuenerat, & postea eam diuiserunt inter se, & promiserunt nihil se facturos contra diuisionem secundum formam antiquam, & secundum formam nouam promiserunt eam ratam gratam & firmam habere & in nullo contrafacere, uel uenire aliqua ratione uel causa, tamen non fecerunt mentionem de fideicommisso, quia erat conditionale & incertum, cum unusquisque speraret habere filios & reddere illud uanum, qua diuisione facta uixerunt per aliquos annos possidentes in pace portiones suas. deinde unus deueniens ad mortem & non habens filios instituit extraneos hæredes, taliter quod adimpleta fuit conditio fideicommissi post mortem suam, cum ipse teneretur restituere portionem suam fratri superstiti retenta tamen legitima & trebellianica, iuxta not. in l. filium quem habentem. C. famil. hercisc. & in bonis hæreditariis. l. iubemus. C. ad trebell. propterea eo mortuo frater superstes conuenit eius hæredes, & petiit ut dicti hæredes restituerent hæreditatem patris in diuisione ipsi obuentam propter ius nouum fideicommissi superueniens per quod eandem petere poterat, illi autẽ hæredes excipiebant quod non tenebantur, quoniam; in diuisione per clausulam de non ueniendo contra erat renuntiatum fideicommisso, sed actor replicabat. quod imo ius petendi competebat, quoniam fideicommissum erat conditionale, & iuri de futuro non fuerat renuntiatum per dictam clausulam uniuersalem simplicem quæ tantummodo continebat renuntiationem iurium competentium de præsenti non de futuro, per le. si a colono. & le. cum stipulamur. supra eo. facto processu sæpissime super hoc disputatũ fuit coram iudice inter procuratores & aduocatos, & quamuis iustitia notoria uideretur in fauorem actoris, tamen iudex proprio arbitrio uel gratia uel sordibus uel per ignorantiam absoluit reos a petitis, declarando quod actor nõ potuerat petere, atque etiam addendo rationem, quia per talem clausulam renuntiatum erat fideicommisso, & quamuis sententia esset iniqua nihilominus actor nõ curauit appellare, tũ quia sciebat habere ius legitimæ & trebellianicæ, tum etiam quia erat necessarium appellare ad præsidem prouintiæ, & ire in alienam ciuitatem faciendo multas expensas, unde hæc sententia transiuit in rem iudicatam, ut pro ueritate ha-

beretur. l. res iudicata. de reg. iur.

Postea dicti hæredes uictores uidentes quod non erat appellatum cœperunt imaginari quod non habebat Iustitiam, unde ipsi postea audaces reconuenerunt ipsum fratrem superstitem, dicentes eum incidisse in pœnam per contrauentionẽ factam in quam incurrerat petendo & litem contestando. iusta. l. amplius non peti. ff. rem ratam haberi. & petierunt eum coram iudice nouo, & nouum iudicium faciendo cõdemnari ad dictas pœnas incursas, ille autem turbatus ualde dixit, quid enim mali feci pro bono uobis dato uultis me grauare in hoc iudicio soluendi pœnam, & ideo allegabat quod non tenebatur ad aliquam pœnam, quoniam sententia fuerat iniqua, & uere ipse non contrauenerat, replicabant autẽ ipsi quod imo sententia fuit iustissima, & quod ipse contrauenerat & inciderat in pœnam, ideo iudex auditis hinc inde allegationibus habuit recursum ad Scæuolam Iurisconsultum qui super hoc daret responsum. Et propterea tam per ipsum quam per partes fuit quæsitum quid iuris.

25 Et ratio † dubitandi erat & uidebatur dicendi quod dicta conuentio de pœna non deberet admitti, quia clarum erat de iure quod per clausulam simplicem non erat remissum fideicõmissum conditionale, & cum ipse actor in prima lite petiisset ex noua causa superueniẽti, nullo modo contrauenerat, & propterea si uere non contrauenerat non poterat teneri ad pœnam, cum si quis lege permittente actum facit pœnam non meretur. l. Gracchus. C. de adul. c. qui peccat. 23. quæstio. 4. Secundo adducebatur, quod sententia erat lata ex falsa causa in iure notoria, ideo non debebat ualere. l. 2. C. quand. prouoca. nõ est necesse. Tertio adducebatur, quod stipulatio pœnalis fuit facta sub conditione, si erit contrauentum, quæ conditio uere debet adimpleri non autem per fictionem inductam per sententiam. leg. Lutius. ff. de conditio. & demonstra. ergo cum uere non fuerit adimpleta non potuit stipulatio committi. Quarto adducebatur, quia licet sententia habeatur pro ueritate, tamen facit fictam contrauentionẽ quæ non sufficit ad pœnã in alio iudicio, ut est tex. in l. si is qui rem pignori. §. si tu Titium. cũ dictis Bar. ibi. in fi. ff. de fur. & in l. denũciasse. §. fi. ff. de adulter. qui dicit quod adultero condemnato quia commisit adulterium cũ Seia non probatur Seiam commisisse adulteriũ, & sic ex una sententia non infertur ad aliud iudicium, ad idem est tex. cum ibi no. per Bar. in l. eius qui delatorem. in fin. princip. ff. de iur. fisc. qui dixit quod ficta confessio inducta per contumaciam rei non probat contra fideiussorem ad pœnam, per l. 2. §. primo. eodem titulo & ueritas in pœnis præualere debet. l. Iulianus uerum debitorem. ff. de condictio. ind. Quinto faciebat, quia saltem uidebatur reconuenientem repelli debere exceptione, cum ipse bona possideret, & non posset simul habera rem & pœnam. l. rescripto. §. si pacto. ff. de pact. Sexto faciebant omnia ea quæ supra posita fuere in decimo præsupposito quod cessaret æquitas.

26 Istis tamen † omnibus non obstantibus contrarium determinatum fuit per Scæuolam hic, quod imo actor recte fuerit reconuentus ad pœnam, quia illa commissa fuit, & ideo debet condemnari ad eam soluendam, & ratio decidendi fuit, quia quando aliquid discutitur in iudicio præsentibus partibus & fertur sententia, acta omnia & sententia sequens faciunt ius inter partes si non fuit appellatum. l. si quis rem. ubi not. supra de excep. rei iudi. etiam de aliis rebus. l. ex diuerso. §. primo. ff. de rei uendi. ideo dicebat Bal. in l. ingenuum. ff. de sta. homi. quod sententia facit ius & originem atque facit uerum esse quod non fuit uerum & est altera natura faciens miracula. l. 1. 2. & 4. ff, de lib. agno. maxime quia quando non appellauit pars ipsa dicitur præstare assensum. l. ab eo. C. quomodo & quando iudex, ideo habetur pro ueritate, dicta l. res iudicata. ff. de reg. iur. & capit. cum in iure. ex. de re iudi. cum similibus.

Non obstant allegata in contrarium, & primo quod secundum ueritatem licite potuit agere & non contrauenit, quia istud uerum erat antequã esset lata sententia, sed postquam fuit lata amplius ueritas non fuit præsumptione iuris, & incœpit esse contrarium uerum atque pro uero haberi quod imo fideicommissum fuerit remissum, propterea uere contrauenerit ac adimpleta tuerit conditio stipulationis pœnalis, ideo sicut quilibet alius uere contraueniens incidit in pœnã.

Non obstat quod sentẽtia sit lata ex falsa causa, quia duplex est falsa causa, una quæ est contra legem & eius uerba expresse, Alia quæ est contra ius partis & directo non contradicit uerbis legis. Prima reddit sententiam nulla. Secunda uero contra ius partis non reddit sententiam nullam, utrumq; probat tex. in dicta leg. 2. C. quand. prouo. non est necess. Sed in proposito nulla lex dicebat quod per talem clausulam non esset remissum sed ex mente tantummodo legis sumebatur concurrente uoluntate & intentione contrahentium, ideo proprie fuit contra ius partis, & propterea ualida fuit sententia.

Non obstat quod cõditio non fuit uere adimpleta, quia nõ interest, & sufficit quod ficte adimpleatur. l. iure ciuili. ff. de conditio. & demonstr. præterea potest dici quod imo uere fuit adimpleta, quoniam per sententiam declaratũ fuit fideicommissum remissum, & in hoc fuit fictio legis, ex qua fictione postea succedit contrauentio uera, sicut dicitur de possessione. l, ꝙ meo. ff. de acquir possessio. & l. certe. §. primo de præca.

Non obstant illa tria iura in quibus sententia non præiudicat in alio iudicio, quia procedunt quantum ad alias personas quæ non interuenerunt in iudicio, nam tunc sententia siue iusta siue iniusta aliis non citatis non præiudicat, ut in rubr. & Nigro. C. res inter alios acta. secus ubicunque est lata inter easdem personas quæ conueniuntur postea in alio iudicio quoniam acta faciunt fidẽ in diuerso iudicio. l. ex diuerso. §. 1. de

de rei uendicatio.& l.si per imprudentiam.ff.de euictio.ideo bannitus propter fictam contumaciam & condemnatus tanquam confessus si capiatur a curia puniri potest ut ibidem no.nisi aliud dictauerit statutum,ut est hic in Sicilia q̃ requirit omnimodo confessionem uerbalem. non obstat tex.in l.rescripto.§.si pacto.ff.de pac.quia iste tex.intelligitur in casu quo de iure pœna exigi posset quando uere contrauenisset,& ideo dicas quod hic erat clausula, rato manente pacto, uel quod exigebatur ultra ualorem ipsarum rerum,iuxta no.in l.prędia.ff.de actio.emp.uel dic quod retentio rerum non est illud propter quod permittitur pœna, sed est ipsa inquietatio, quæ inducitur ueniendo contra promissionem de nō petendo quæ semper fuit etiam quod conuentus obtinuerit ut præsupponitur in l. amplius non peti.ff.rem ratam haberi. & ego declaraui in l. quarta.§.Cato..supra eodem.Quare non obstant ea quæ adduxi in dicto decimo præsupposito, quia ibi etiam data fuit responsio, & non potest dici quod cesset æquitas faciendo fictionem q̃ quis incidat in pœnam, quia semper militat æquitas generalis propter quam fuit facta.l.res iudicata.ff.de reg.iur.& in spetie ego demonstraui in dicto.§.Cato.in no.ubi text.fingit cohæredes contrauenisse ad pœnam incurrendam. Quare remanet conclusio quod per sententiam iniquam declarantem aliquem contrauenisse committitur pœna cum effectu exactionis sicut si uere contrauentum fuisset.

27 Notandum † est primo ex isto tex. ibi, fratres diuiserunt suam hæreditatem, quod hæredes dicuntur diuidere suam hæreditatem, quod uidetur absurdum ut ipsi uiuentes habeant hæreditatem, contra.l.qui superstitis de acquir. hæreditate,& uere erat hæreditas patris mortui non ipsorum hæredum, sed data fuit solutio in primo præsupposito quod ilud procedit de proprietate uerborū, tamen ex impropria locutione hæreditas patris dicitur esse hæreditas ipsorum diuidētium, ex eo quia bona in ea contenta proprie sunt ipsorum diuidentium,& eodem modo tollitur aliud contrarium quod hæreditas nō possit esse postquam est adita cum dicatur patrimonium hæredum ut no.in l.1.§. ueteres, & ibi Ias. ff.de acquir. possess.nam respondetur illud procedere de proprietate sermonis, improprie tamen hæreditas adita appellatur hæreditas ut in Rubro.& nig.ff.de petitio.hæredita.& in terminis nostris probatur in rub. & nigro. ff. & C. famil. herciscun. idest hæreditatis diuidendæ,quæ tn̄ necessario adita fuit l.1.ff.eo.tit. melius tn̄ fecisset Iurisconsultus dicēdo.diuiserunt bona sibi obuenta ex hæreditate patris. sed iste modus loquendi innoleuit apud Iurisconsultos,quia bona hæreditaria per illud nomen distinguuntur ab aliis,& facilius distinguitur sermo de rebus, proprietas tamen uerborum seruatur in dubio, facit titulus.ff. de hæredita. uel actio.uen.ubi uenditur hæreditas & tamen sola bona transeunt non autem ipsum ius intellectuale, ut no.in l.re coniuncti. ff. de lega. tertio. in illa quæstione an ius accrescendi transeat in emptorē, ubi plene dixi.

28 Ideo infertur † secundum Crotum hic ad statutum dictans quod filia dotata nō succedat patri neque in eius hæreditate,si eueniat quod hæreditas patris perueniat ad fratres qui nulla alia bona habeant,filia non erit prohibita eis succedere, quia non est amplius hæreditas patris uere, neque succeditur patri sed fratribus, & licet hæres hæredis sit testatoris hæres. l.fin.C.de hæredibus insti. tamen nō est proprie hæres sed improprie per interpositam personam, ut per Barto.in l.fin.§.quando ff.ad tertullia.quem sequuntur communiter * Docto. & Bald.in cap.1. §.quin etiam. in titulo. episcop. uel abbatem. & Fulgo.in l.quamcunque.C.ad l.Falcidiam. Aretin.in consil.100.in præsenti consultatione,cum similibus, & eam indubitanter dicit esse ueram Iaso.in l.eius qui in prouintia.§.quod si stipulatus.ff.si cer.pet. Crotus tamen hic dicit quod licet hæc sit communis opinio,tamen inquit se dubitare,quia istud statutum est fauorabile factum ut conseruentur bona in agnatione. Cyn. in l.publico.C.de adult.Ioan.Andr. in rub. qui filii sint leg.doct.in l.2.C.de in ius uoca.quæ ratio habetur pro expressa cum alia reddi non possit.glos. uulg.in l. quamuis. C. de fidei. & facit text. in c. suggestum.de appellatio.quem ibi ponderat Decius,ergo debet extendi ad casum qui lato sumpto uocabulo continetur,ut habetur in l.si uero.§. de uiro.ff.solut.matrimo.si est eadem ratio glos. in clem.1. in uerbo, eligatur, de electione. & in authētica minoris debitor.C.qui dari tuto. pos. & facit tex.in l. filium habeo.ff. ad Macedonianum,& est tex.ubi no.Barto.in l.1.§.exercitus.ff. de iis qui no.infam.sed hæreditas adita dicitur hæreditas lato sumpto uocabulo per istum text. cum aliis supra adductis,& præcipue in secunda parte. ibi, hæreditatem patris petiit,ergo debet contineri in statuto,& per consequens quod etiā prohibeatur succedere fratri quasi & patri succedat,& in eius hæreditate, per istum text.ibi, patris hæreditatem.Sed tu dicas quod non est recedendum ab opinione communi, cum statutum consideret immediatam personam patris, ideo per fratrem non potest ei succedi,& dicatur fratri non patri succedere. nec potest dici quod per extensionem statutum comprehendat hunc casum, quoniam extensio non permittitur nisi sit eadem ratio, & in patre militat diuersa ratio, quia filia in eius bonis habuit legitimam & dotem quam non habuit a fratre neque in eius bonis, & ideo in practica tenetur hæc communis opinio, & qui uult euitare eam ponat in instrumentis matrimonialibus prout seruatur, quod renuntiauit successioni paternæ fraternæ & auitæ,ut habetur in auth. res quæ.C. communia de leg.

29 Addebat † etiam Crotus hic unum circa efficaciam diuisionis,quod licet uideatur extraneū, tamē quia tota decisio fundatur in diuisione tollerari potest utrum diuisio afferat titulum habi-

lem ad usucapiendã si forsan in hęreditate erant bona aliena an ipsi hæredes per diuisionem possidentes illa bona aliena acquirant titulum habilem ad usucapiendum, & dubium facit, quia diuisio est titulus habilis ad dominii translationem, ergo etiam & ad usucapionem. l. si per errorē, sup. de usucap. l. cum putarem. ff. famil. hercisc. & no. per glo. in l. 1. C. comunia utriusq. iudi. Alex. in consi. 24. ponderatis iis quæ in themate. col. 9. lib. 5. quod est utile saltem pro filiis qui succedunt in hæreditate patris & non habent titulum pro hærede. l. nihil. C. de usucap. pro hærede. & lege. secunda. §. 2. ff. pro hærede. sed continuant dominium l. in suis. ff. de lib. & posthum. ut saltem acquirant titulum per diuisionem, ipse tamen Crotus dicebat distinguendum esse utrum diuisio fiat in iudicio uel extra iudicium, si fiat in iudicio acquiratur nouus titulus, quia tunc transfertur dominium, dicta. l. cum putarem. secus autem quando fit extra iudicium, quia tunc ex diuisione nō causatur titulus nouus habilis ad præscribendum nisi in dimidia eius partis quæ unicuique obuenit ex diuisione, & prius erat cohæredis, & per traditionem efficitur sua, ut per Paulum in l. 1. C. communia utriusque iudicii. & in parte alia non trãsfertur dominium quod prius habebat. l. 3. §. subtilius. ff. de condi. ob caus. ergo nec usucapionis condictio. l. Clauibus. ff. de contrahend. empt.

Tu autem dicas, quod hæc differentia an in iudicio uel ex. iudicium fiat diuisio non uidetur esse bona, ex eo quia per iudicem non plus transfertur dominium quam per ipsas partes, licet in §. penul. de offi. iudi. dicatur quod hæc sententia transferat dominium suum traditione, nam intelligitur si est transmisibile per traditionē partium ut ibi etiam no. quoniam sententia non mutat ius sed ius quod est declarat. similiter differentia quod in parte transferratur dominium reprehenditur per Barto. & docto. infra in 1. quæstio. dum dicitur quod illa pars quæ obuenit a cohærede subrogatur in locum illius partis quã ipse dedit cohæredi in aliis rebus, ita quod integræ res obuenientes cohæredi dicuntur haberi iure proprio & iure institutionis, non autem tanquam traditæ a cohæredibus uel consociis, ideo opportet dicere quod post diuisionem unusquisque habet totam partem suam, non iure diuisionis, & solum iure successionis.

30 Quare † ego puto opinionem communem per Crotum relatam non esse ueram, quod diuisio afferat nouum titulum ad usucapiendum, cum ipsa nihil iuris addat, sed titulum ex institutione causatum uel successione, confirmat & habet, & solum dicitur habere titulum successionis uel institutionis per diuisionem confirmatum, concordando tamen opiniones potes ita distinguere, Aut enim diuidentes sunt ueri hæredes pro partes asserta ita quod habent uerum titulum pro hærede, & tunc procedit quod dictum fuit, quod ex diuisione nullus nouus titulus causatur, sed primus titulus pro hærede confirmatur, si uero non sunt ueri hæredes sed putatiui, & tunc potest dici quod acquirant nouum titulum ex diuisione, cum titulum successionis nullum habeāt, & ius suum uideatur incipere ex diuisione, & ita uidetur intelligenda lex cum putarem. ff. famil. herci. ideo sequitur quod cum filii non habeant titulum successionis sed continuationem dominii dicta l. in suis. & dicta l. nihil. C. de usucap. pro hærede, poterit sustineri quod ipsi acquirāt titulum ex diuisione, quod tamen intellige quando succedunt ex capite suorum hæredum ab intestato, sed si uellint succedere ex capite agnatorū uel cognatorum ipsi habēt titulum pro hærede, ut per Bald. in rub. ff. de præscriptionib. per text. in l. 1. §. sed uidendum. ff. de successo. edicto. cum aliis positis hic per Crotum. quibus adde ea quę ego late dixi ultra alios examinando hunc articulum in l. 1. C. qui admitti, numero. 67. usque ad numero 70.

Secundo notandum est ex isto text. in secundo præsupposito, quod hic erat fideicommissum cōditionale & non purum per rationes dictas in præmissis in secundo præsupposito, cum per omnem clausulam de non ueniendo contra diuisionem remittatur ius de præsenti competens. l. Titius. ff. quib. mod. pig. uel hypo. solui. Nisi sit dolus. l. tres fratres. ff. de pact. fideicommissum uero conditionale non remittitur nisi exprimatur. l. si a colono. & dicta leg. cum stipulamur.

31 †Adde tñ ꝙ triplex est ius. Quoddam est ius de præsenti in totum competens, ut quando cessit & uenit dies. Quoddam est ius de futuro ex causa de præsenti, ut est fideicommissum conditionale uel aliud ius conditione suspensum per contractum uel alia ratione uel causa seu in diē incertum, nam pendet a futuro euentu adimplementum, & propter hoc dicitur ius de futuro, sed tamen causatur ex actu de præsenti, quia dispositio est perfecta hodie. §. ex conditionali. in sti. de uerbo. obligatio. Tertium est ius de futuro ex causa de futuro quando dependet a futuro euentu, & de præsenti non habet firmam dispositionem, ut est successio ab intestato quæ dependet a futuro euentu, quod moriatur ille cui uult succedere & non habet causam de præsenti, quia faciendo testamentum potest ille frustrari expectationem succedentium ab intestato, de quibus tribus iuribus habetur plene per doct. in lege. 1. C. de pact. & per Barto. in 1. oppositione. quæ tria iura alio nomine nuncupant seu cū aliis qualitatibus, nam primum ius quod de præsenti competere dictum fuit dicitur deberi re, ex eo quia præsens est obligatio & actionē habet per q̃ rem habere uidetur. l. qui actionem. de reg. iur. Secundum autem ius quod de futuro competit ex causa de præsenti dicitur deberi spe tãtum & nō re, quia dependet a futuro euentu & causatur spes, tamen hæc spes est firma fundata in actu de præsenti perfecto, & non potest uariari ex facto, uel uoluntate debitoris, unde passim dicitur in debito conditionali quod spes est debitum iri. §. ex conditionali. cum similibus. inst. de uerbor. obli-

obligationibus. Tertium ius quod competit de futuro ex causa de futuro, & appellatur ius, quod non debetur neque re neque spe, nam re non debetur quia nulla competit actio de præsenti, ut in successione consanguineorum uiuentium. item nec etiam dicitur deberi spe, quia nulla est spes firma, quoniam consanguineus faciendo testamentum potest in totum eam frustrari, & ita efficitur uana spes, unde Doctor. in dicta lege prima. & in lege final. C. de pact. dicunt consanguineos habere uanam spem in successione consanguineorum, & hoc etiam confirmat Bartol. infra, dum dicit quod in clausula, remittentes omne ius quod habent, uel habere sperant, non continetur hæc successio consanguineorum, quia uerbum, sperare, intelligitur de re firma spe competente quæ non potest ex uoluntate alterius uariari, in hoc igitur textu. fideicommissum debetur spe probabili, quia per mortem testatoris fuit confirmatum fideicommissum, & per neminem potest impediri nisi a solo euentu conditionis, & in diuisione in textu nostro proprie ius successionis ex institutione debebatur re quia de præsenti debebatur, ius uero fideicommissi competebat spe quia de futuro sperabatur, ex causa tamen firma de præsenti, successio uero ab intestato in hæreditate fratris mortui non debebatur neque re neque spe, quia competebat de futuro ex causa de futuro quæ poterat frustrari prout postea euenit per testamentum ipsius, quæ not. pro intelligentia eorum quæ infra dicentur super prima oppositione Bar.

32 Tertio † notandum est ex hoc text. cum tertio præsupposito, quod isti fratres promiserunt non uenire contra diuisionem ex clausula uniuersali simplici, iis uerbis, promittentes nihil se facturos contra diuisionem sub pœna, quæ ex nouo stilo fit per hæc uerba, promittentes dictam diuisionem habere ratam firmam & gratam & in nullo contrafacere, uel nenire aliqua ratione uel causa, quæ forma licet sit per uerba generalia seu uniuersalia, tamen comprehendit tantummodo ius de præsenti, seu ius re competens, & ideo uidetur remittere dubietatem super institutione, super ualiditate testamenti quo ad legata uel fideicommissa pura & alia iura pro quibus de præsenti actio competebat, ideo sic dictum, quia qui actionem habet rem habere uidetur. dicta lege qui actionem. ff. de regul. iur. & uerba uniuersalia etiam generalia restringuntur ad ius de præsenti. lege fin. §. idem quæsit. ff. de condi. ind. ubi clausula, nullam controuersiam mouere, quamuis sit generalis non porrigitur ad ius de futuro, & facit dicta lex si a colono, & l. cum stipulamur. supra eodem. & plene habetur per doctor. in dicta lege prima. C. de pact. sed non porrigitur ad ius de futuro etiam quod spe dicatur competere ex causa de præsenti, & minus porrigitur ad ius de futuro quod neque re neque spe dicitur competere, ideo ad dic. iura comprehendenda necessariæ sunt aliæ forma traditæ in præmissis, ut quod addatur, renuntiautes iuri competenti seu competituro, uel tertio addatur, renuntiantes omni iuri quomodolibet competenti uel competituro, uel ex causa fideicommissi uel ex causa successionis ab intestato & alia quacunque causa, ut dicetur infra in prima oppositio. & in hac uarietate istarum clausularum consistit intellectus tex. nostri, & ueritas an fuerit bene iudicatum uel male iudicatum, & an fuerit transactum super fideicommisso, imo plus, clausula prægnatissima tantummodo trahitur ad ea quæ fuere cogitata, & opportet quod saltem in genere sit cogitatum. l. cum aquiliana. cum sua materia. ff. de transactionibus. & distinguitur, Aut est ius non pertinens ad successionem, & tunc generaliter potest remitti, dicta leg. cum aquiliana. sed si esset ius pertinens ad successionem opporteret considerare an esset remissum in manibus illius de cuius hæreditate agitur per capitulum quamuis. de pact. in 6. alias si in manibus alterius, non ualeret tanquam continens uotum captandæ mortis, de quo habetur in lege final. C. de pact. & dixi in le. stipulatio hoc modo concepta supra eodem.

33 Quarto † notandum est ex quarto præsupposito quod iste frater mortuus est sine liberis, & quod fecit testamentum instituendo hæredes extraneos, alioquin non posset frater superstes petere fideicommissum, cum ipse esset hæres ab intestato & debitor sui ipsius, & licet aliqui uellent non esse necessarium quod fecerit testamentum cum possent esse plures fratres ab intestato ei succedentes, nam hoc non potest procedere, quoniam repugnat litera, dum dicit, alter alteri, & dum dicit duo fratres, & dum dicit, is qui superuixit, & quia etiam opporteret ut esset hæres pro aliqua parte, & a semetipso exigeret, & parum a fratribus consequi posset.

Quinto notandum est text. cum quinto præsupposito, quod inter fratrem superstitem & hæredes alterius fuit mota lis petendo bona in diuisione tradita fratri ex causa fideicommissi superuenienti, in qua lite fuit disputata hæc quæstio, utrum per talem diuisionem fuisset remissum fideicommissum uel non, & hæredes excipiebant quod actor remiserat fideicommissum, ipse uero replicabat quod imo non fuerat remissum, quia illa clausula quamuis uniuersalis non trahebatur ad ius de futuro, & ideo cum fuerit postea iudicatum super ea, nata fuit quæstio an esset bene uel male iudicatum, quod dependet ab iis quæ supra narrata fuere, utrum clausula uniuersalis trahatur ad ius de futuro, & an hæc conuentio fratrum fuerit simplex uniuersalis uel potius etiam cum aditione renuntiationis iuris de futuro, communiter tamen doctor. præsupponunt quod fuit clausula uniuersalis tantum simplex, & quod non fuerat remissum fideicommissum, ut dicetur simul cum Bar.

34 Sexto † notandum est ex alio præsupposito, quod sententia de qua in text. nostro fuit lata cum

triplici clausula, quia dictum fuit, absoluimus reos a petitis, item declaramus actorem non potuisse petere dicta bona. Tertio addita fuit ratio, quoniam de fideicommisso transactum fuit, quod ultimum colligitur ex text. propter illa uerba quasi transactum, & est necessarium, cum si non fuisset expressum non subintelligeretur ista ratio præcisa, neque per sententiam posset inferri quæstio & responsio posita in fin. text. nostri quod pœna esset commissa, cum posset habere alias interpretationes, atque etiam euenire potuisset iudicem motum fuisse ex aliis causis ut tenent communiter Docto. infra in quæstione de arbitro, dum Ias. refert secundam opinionem fundatam ex doctrina Barto. in l. Iulianus uerum debitorem. ff. de condi. inde. ideo esset saltem necessarium quod relatio fuisset facta ad aliquam scripturam certam quæ intentionem iudicis demonstrare posset, ut declarat Ias. in dict. 2. opinione, & Ripp. ibi in limitatione ubi etiam dicam, & tenent communiter doct. hic, & in c. quintauallis. de iur. iuran. quæ omnia dicta concludunt etiam circa intellectum tex. nostri, quo stante sequitur quod sententia lata fuit cum expresione causæ, & colligitur aliud, quod sententia lata ex falsa causa expressa ualet, ideo contradicit tex. in leg. secunda. C. quand. prouo. non est necesse. sed respondet Ias. in 3. no. quod obiectio procedit quãdo falsa causa est contra ius legis certum. † Secus autem quando est contra ius legis incertum, ut quia sunt opiniones uariæ Doctor. quia tunc propter conflictum opinionum ualebit sententia, & appellabitur quædam interpretatio l. dubiæ ut hic est text. notandus secundum Barto. in 6. oppositione. Imol. & Alexand. & Aretin. hic. & eundem Barto. in l. cum prolatis. ff. de re iudica. Cum simili. allegatis hic per Iason. qui etiam addit, quod si iudex ferrat sententiam fundando se super aliqua lege quæ nihil facit, pro hoc sententia nõ est nulla nec irritanda si potest per aliam. l. sustineri, ut per Abb. post Inno. in capitulo cum ex officii. in penultima columna. de præscriptio. & est bonus text. in cap. per tuas. & quod ibi not. Ioan. And. qui filii sint legitimi, tamen text. in dicto. capitulo. per tuas. & ibi Abb. uult quod sit facta mentio de alia ratione, ideo uideretur dicendum quod sustineretur sententia si alia lex esset allegata quæ probaret, nisi dicamus quod quæ habentur in dict. cap. per tuas, procedunt in rationibus plurib. non in legibus, quoniam leges non sunt allegandę neque producendæ quia præsumuntur notæ omnibus, & in istis casibus non procedit tex. noster, si nautẽ eueniat quod sit expressa causa falsa quæ non est contra legem certam sed contra ius litigatoris, ut est in text. nostro, & tunc falsa causa non uitiat, ut inquit text. in dicta leg. secunda. ponens exemplum de utroque. C. quando prouoca. non est necesse. ideo stat conclusio firma. quod in text. nostro sententia fuit ualida.

35 (margin number beside "do falsa causa est contra ius legis certum")

36 Aliud † etiam colligitur ex dicta causa expressa, quod in sententia causa est exprimenda, & ad hoc aliqui ponderant hunc text. sed contrarium tenent communiter * Docto. quod non sit necessaria expresio causæ, imo reprehenduntur iudices, & aliquando causant magnas difficultates, & ita tenent communiter doctor. & in practica seruatur, & colligitur ex no. per eos in dicta quæstione de arbitro in 2. opinione. Aliqui tamen sunt casus in quibus necessaria est expressio causæ qui ponuntur per Docto. in c. sicut. De re iudica. unde Crotus hic format regulam negatiuam, quod non est necessarium causam exprimi in sententia, fallit in aliquibus casibus quos ipse hic refert & discutit per septem columnas quem uideas si placet, & ideo occurrit, nec curo referre cum non pertineat ad textum nostrum.

Septimo notandum est ex alio præsupposito, quod hic fuit sententia iniqua, & ipsa transit in rem iudicatam sicut sententia iusta, & seruatur sicut sententia iusta ac mittitur executioni, quod fuit introductum a lege ut sit litium finis. l. res iudicata. de regu. iur. & aliquando transit etiam in rem iudicatam in præiudicium eorum qui non interuenerunt, ut in causa status, & conditionis personarum. iuxta. l. ingenuum. ff. de sta. homi. &
37 l. 1. & 4. ff. de lib. ag. cum suis similib. † In quibus ipsa facit uerum esse quod non est uerum secundum Bald. ibi. & in capit. in præsentia, de renuntiatione. & sententia nigra facit rem candidam secundum eundem Bald. in cap. nosti. de electio. & præsumitur pro iustitia eiusdem, & rectitudine processus quando transiuit in rem iudicatam, dicto cap. cum inter. de re iudic. late Decius post Felin. & alios in cap. quoniam contra. de probationibus. ubi etiam tradit an contra hanc præsumptionem admittatur probatio in contrariũ post Anto. de Butrio. ibi, & in c. iis qui fidem. de sponsalib. & Bal. in l. 1. C. sententiã rescind. non posse. qui uoluit simpliciter non admitti probationem in contrarium, & satis probatur ex isto tex. nostro dum determinatur quod in iudicio pœnali non potest refricari in dubium quod est decisum in causa principali, & idem dicitur in l. ex diuerso. §. 1. de rei uendica. in iudicio fructuũ quod uerum est regulariter inter easdem personas, secus inter diuersas, iuxta tex. in l. denuntiasse. §. fi. inf. de adult. & l. eum qui delatorem. Cum ibi no. per Bar. ff. de iur. fisci. cum multis similib. infra allegandis, & hæc procedunt passim in iudice ordinario ut eius sententia iniqua transeat in rem iudicatã & ualeat, ad quẽ reducuntur omnes leges supra allegatę. dic. l. res iudicata, & lex ex diuerso. & dicta lex si per imprudentiam. de eui. cum si.

38 Sed dubitat † hic Ias. an idem procedat in iudice delegato ut eius sententia iniusta dicatur nulla uel ualida, & an transeat in rem iudicatam, & refert duas opiniones, una fuit, ꝙ sententia iudicis delegati est ipso iure nulla, & non transit in rem iudicatam quando est iniqua tanquam sit lata ab illo iudice qui non habet talem iurisdictionem secundum Otonem Portugensem

gensem in c.fin.per illum tex.de præbend. quem sequitur Host.in 1.col.& Cardi. Florenti. refert consuluisse Ioannem de Lignano Gasparem Calderi. & Lapum. confirmat quoque per doctrinā Barto.in l.diem proferre.§. stari.ff. de arbitr. & Feli. tenet in c.causam quæ col.3.de re iudica. & sequitur Barba.in c. prudentiam, de officio delegat. & ex hoc infert Rota decisio.26.sub Rub. de re iudica. in nouis. & decisio. 8. & uigesima secunda sub Rub.de sententia excommunicatio. quod licet sententia excommunicationis lata ab ordinario absque monitione personali mero iure ualeat secundum glo. in summa secunda quæstio.1. tamen lata a delegato est ipso iure nulla, idem tenuit Barba. in cap.literis.de offi.delega. ubi infert quod delegatus qui tulit sententiam contra ius partis non dicitur functus officio suo, ideo poterit melius iudicare.

Contrariam tamen opinionem tenent Cardi. & Panormi. in dicto c. fi. & istam dicit communem* Feli.in dicto cap. causam quæ. de re iudic. moti per solemne dictum Inno. in c.prudentiā. col. 2. de officio dele. quod quando in commissione facta ab homine exprimitur illud quod a iure communi inest non inducitur ex tali commissione noua forma, & sequitur Bald.in l.præscriptione.col.4. uersi.uenio igitur ad primum. C. si contra ius uel utilita. publica. confirmans quatuor mediis,& maxime quia sequeretur quod sententia lata a delegato esset ipso iure nulla, quoniam semper committitur causa ut iustitiam faciat, & per consequens nunquam posset appellari ab eorum sententia, cum appellatio præsuponat grauamen.l.1.ff. de appellationi. quod tamen est notorie falsum, cum iura passim dicant appellari debere a delegato ad delegantem,facit secundum Iaso.text.in cap. cum ad sedem. & ibi Abb. quarto no. de resti. spolia. ibi, decidas fine debito, & tamen non est data certa forma, & est simile in c.ex insinuatione. de rescript. ibi, præuia ratione decidas, & ibi canonistæ, & facit tex.in cap.de causis.§.præterea, & ibi not. Felin. in principio.de officio delegat. dicens quod illa clausula, iustitiam facias, admonitionem potius quam formam inducit, sic etiam clausula si est ideoneus, apposita in literis beneficialibus non inducit conditionem sed monitionē,ut per Imo. Abb.& alios in c.fi.de præsumptio. facit text. in c.licet in corrigendis.de officio.ord.& ibi Doct. & Ias.in l.ius ciuile.ff.de iusti. & iur.& ex istis apparet quod decisio Rotæ & Barto.fundata in dicto Otonis non est uera, & eam reprehendunt communiter Docto.ut per Feli.in dicto cap.causam quæ.& sequitur hic Iason.& Rippa, & alii Mod.& etiam mihi placet,& facit,quia si attenderemus hanc formam neque etiam iudices ordinarii possent facere sentētiam iniquam ualidam, quoniam eis conceditur iurisdictio cum qualitate ut administrent iustitiam, ut in auth. iusiurandum quod præstatur ab iis. in prinpio ergo eodem modo nec faciet in iudice delegato.nec obstat text. in dicto capitulo dilectā. quia non datur ibi forma super administratione iustitiæ sed datur super modo procedendi, ut prius cognosceret de uiolentia quam de mala administratione, & eodem modo intelligitur text. in dicto capitulo fin. de præbend. & propterea facias ampliationem ad istum tex. ut procedat nedum si sententia lata fuit ab ordinario, sed etiam si lata fuit a iudice delegato.

39 Sed aliam † subiecit Iaso. quæstionem, utrum si arbiter tulit sententiam iniquam ipsa possit esse ualida de iure, & Barto.in dict.l.diem proferre.§.stari dicit quod non ualet quando partes uoluerunt quod procedat de facto super processu,& decidat de iure prout communiter faciunt omnes compromittentes hodie, quoniam per talia uerba uidetur dare formam qua non seruata actus est nullus.arg.text.in d.c.cum dilecta,& opinionem Bar.sequitur Fel. ibidem,& dicit eam esse communem* & Imol. quoque dicit eam cōmunem in c.ex insinuatione, de rescriptis,sequitur Baptista de Sanct. Seuerino in l.omnes populi.de iusti.& iur.& Fulg.consil. 180. uiso processu,Aretin.consil.68.excellentissime domine.col. 2.& Barba.consi.44.scribitur apud prophetam. lib.1.quia cum tex.in dict.§.stari. uelit ꝙ sententia eius omnimodo ualeat etiam quod arbiter per dolum pronuntiauerit,l.aduersus.& l.ita demum. supra de arbitris, ergo sequitur quod apponendo clausulam, ut de iure pronuntiet, partes exprimunt aliquid quod non inerat tacite ex natura rei,ergo talis expressio inducit formam. arg.l.talis.scriptura.ff.de leg.1.& hanc opinionē secuti uidentur multi Doctor. magis ex quadam æquitate,quam ex ratione,attento quod si in arbitratoribus datur remedium ut sentētia iniqua reducatur ad arbitrium boni uiri, etiam quod sit data potestas iudicandi de facto, dicta.l. societatem.§.arbitriorum.ff. pro socio. quanto fortius uidetur quod sit dandum remedium reuocandi sententiam iniquam arbitri qui tantummodo de iure iudicare potest, & cum repugnet tex.in d.§. stari. excogitatum fuit illud remediū quod possit dici sententiam nullam, maxime cū propter hoc non aufferatur ius tertii, sed tamen hæc opinio non trāsit fine dubio, cum illa uerba non inducant formam nouam sed monitionem, quoniam de iure omnimodo iudicare debent. l. 1.ff.de arb.& ideo appellantur arbitri iuris, & quando dicitur quod iudicent de iure intelligitur de iure communi non de iure litigatoris. argu.§.sed quotiens.insti.de iur.na.& propterea ipsemet Barto.de hoc dubitauit,& relinquit cogitandum in 3.col.& canonistę contrarium tenent communiter in c.quintauallis.de iureiuran.& in dicto cap.ex insinuatione. de rescrip. licet Felin. conetur defendere illam conclusionem Bar. Rippa quoque hic adducit, quoniam de iure codicis compromissum ualet sine pœna, & oritur actio iudicati ex laudo, & licitum est appellare. l.1. & l.cum antea. C. de arbitr.& apparet quod æquiparātur iudicibus,& clausula illa potius inducat monitionem quam formam,& hanc partē

etiam ego puto ueram, licet Rippa hic sequatur opinionem Bartol. per rationem, quod quando aliquid tacite inest ex uoluntate, si exprimatur, aliquid operatur, dicta lege talis scriptura, ergo & hic operabitur formam. nam hæc ratio nihil ualet, quia nihil est penitus noui in pronuntiatione, sed solum explicat quod de iure debet facere ut iudicet de iure, & solum dispensationem inducit in modo procedendi & nihil noui adducit in sententiando, & propterea non potest dici quod sit data noua forma, nam quando exprimuntur ea quæ tacite insunt eo modo quo insunt nihil operatur dicta lege tertia. de legat. 1. & potest dici quod imo inest ex necessitate, cum alias essent arbitratores non autem arbitri ut habetur in dicto. §. arbitriorum. quamuis ratio Iaso. parum ualeat, quia si iudicare debet secundum ius commune eodem modo iudicare debet secundum ius partis, & si recte inspiciatur communis opinio est contra Bartolum etiam in arbitrio.

40 Octauo † notandum est secundum uerum intellectum, quod per sententiam iniquam inducentem fictam contrauentionem contra ius partis committitur pœna, taliter quod in alio iudicio contraueniens hoc modo ficte potest conueniri & condemnari ad pœnam, nec potest audiri si uult probare sententiam iniquam, & sic colligitur notabile magnum, quod ubicunque aliquid agitatum fuit in iudicio principali, & decisum per sententiam iniquam non potest in secundo iudicio refricari in dubium neque audiri uolens probare iniquitatem. facit tex. in l. ex diuerso. ff. de rei uendi. quod tamen intelligitur inter easdem partes secus inter diuersas utsupra dictum fuit, per text. in le. denuntiasse. §. penultimo. ff. de adult. & l. eius qui delatorem. cum ibi not. per Bartol. infra de iur. fisci. & ampliatur procedere etiam in iudice declarâte aliquid circa arbitrium, ut per doctor. in capitulo primo de arbitr.

41 Vltimo † notandum est ex decimo præsupposito, quod sententia iniusta per quam declaratur aliquem contrauenisse facit nedum incidere in pœnam de rigore iuris sed etiam committi quãtum ad effectum exactionis nullis auditis defensionibus de iniustitia sententiæ, neque admissa aliqua exceptione, quamuis cessare uideatur æquitas. iuxta. leg. secunda. §. item si in facto. supra eodem, ut dixi in 10. præsupposito. latius tamen examinabitur infra in secunda col. Barto. super quæstione de arbitro, ubi latissime insistit Alexand. & Iaso. refert uarias & contrarias opiniones, & dic ut ibi.

42 Glosa prima † super uerbo fratres, exemplificat tex. de fideicommisso relato in text. dicens quod fuit fideicommissum reciprocũ in quo fuere grauati fratres inuicem, quod si quis prior decedat sine liberis superstes succedat secũdum formam positam in l. hæredes mei. §. cum ita. infr. ad tre. quod fideicommissum habet in se uotum captandæ mortis & est odiosum, ut inquit text. in l. de fideicommisso. C. de transactio. qui uult quod minores remittentes illud nunquam possint dici læsi neque possint petere restitutionem in integrum, quoniam continet uotum captandæ mortis, & quia remittitur communis & incertus euẽtus, ut probatur in l. si pater puellæ. C. de inoffic. testam. ex quo sequitur, quod cum doctor. uelint quod per talem clausulam de non ueniendo contra diuisionem non remittatur hoc fideicommissum odiosum, & nõ præiudiciale, quod illa clausula de sui natura non potest continere ius de futuro ex causa de præsenti, & ideo fortius etiam continebuntur alia fideicommissa fauorabilia, & dabitur sic generalis decisio. si tamen uelles tenere quod hic fuit bene iudicatum, decisio ueniret restringenda, ut quamuis contineret hoc fideicommissum odiosum tamen non per hoc sequeretur quod contineret alia fideicommissa fauorabilia, & sic adhuc constitueretur regula negatiua quod non remittitur fideicommissum, fallit quando est reciprocum, quia illud remitteretur per rationem positam in dicta lege de fideicommisso. C. de transactio. hoc tamen fideicommissum non ligat omnia bona fratris præmortui, sed tantummodo medietatem bonorum, quoniam ipse debet habere legitimam de bonis hæreditariis patris iuxta leg. scimus. §. repletionem. C. de inoffic. testament. & etiam quartam trebellianicam iuxta le. filium quem habentem. cum ibi not. per Doctor. C. famili. hercisc und. & illam sumere de bonis hæreditariis. & non de fructibus l. iubemus. C. ad trebellianũ. ideo sequitur quod lis de qua habetur in hoc text. fuit tantummodo de medietate bonorum.

43 Glosa magna † diuiditur in quatuor partes ut hic per Iaso. in prima colligit duo notabilia, in secunda prosequitur primum notabile. in tertia prosequitur secundum notabile, in quarta no. ex tex. Secunda ibi, sed prima. Tertia ibi, ad secundum. Quarta ibi, uidetur argumentum. Secunda pars est difficilior aliis & longior, & in ea examinat glos. unum principale dubium, an hic sit bene uel male iudicatum, quam prosequitur Bar. per quatuor oppositiones, & licet Iaso. diuidat eam in octo partes, tamen principaliter intendit amouere unicum contrarium de lege qui cũ tutoribus. sup. de administr. tuto. & per uarias solutiones ponit uarios intellectus ad illum text. atque etiam ad text. nostrum ponit tres intellectus. unum quod fuit male iudicatum. Alium quod fuit bene iudicatum & uere totum fideicõmissum remissum. Tertium medium quod pro parte fuit male iudicatũ & pro parte bene, quia pro parte fuit remissum.

In prima igitur parte gloss. not. ex isto text. quod in themate nostro fuit per iudicem pronuntiatum contra actorem, quia erat transactum de fideicommisso, & ideo non poterat mouere litem petendo illud fideicommissum, ergo sequitur quod per diuisionem cum clausula de non ueniendo contra, erat remissum fidei-

fideicommissum, cum iudex in sententia hoc expressisset, sed quia recipit multa contraria, ideo gloss. dicit, uideamus, an bene uel male fuerit iudicatum, si tu dicis inquit gloss. quod est bene iudicatum, quod promptum est dicere ne sit facta lex de sententia iniqua, & præsumendum est, per capitulum in præsentia. de renuntiatione, dicis quoque esse remissum fideicommissum, quod etiam rationabile uidetur, & comprobatur per l. Titius. ff. quib. mod. pignus uel hypo. solui. ubi si debitor qui pignorauerat fundum duobus uendat eum utrique insolidum eis scientibus remittitur ius pignori, ergo eadem ratione fratres diuidentes bona & tradentes inuicem per diuisionem uidentur remittere omne ius quod habent in bonis diuisis. Sed tamen postea glos. opponit de text. in l. qui cum tutoribus. supra de transactio. ubi duo fratres habebant eundem tutorem, & cum essent diuisi unus effectus maior petens sibi reddi rationem administrationis super lite illa transegit & promisit non molestare amplius super dicta administratione tutelæ, euenit postea quod ille frater mortuus est, & superstes potuit succedere ab intestato per fideicommissum, & per substitutionem pupillarem, tamen præsupponitur quod successit per fideicommissum, & tamen transactio facta cum eo non trahitur ad bona postea quæsita, ergo nec etiam ad hoc fideicommissum, contra istum textum. hoc contrarium turbauit gloss. & omnes Doctores. & uere plus æquo, unde ibi dat multas solutiones, & hic alias dat, & prima est solutio fatendo contrarium quod non est remissum, & in hoc concordat, sed cum postea discordet quia iudex pronuntiauit remissum fuisse, dicit quod male iudicauit, quia ipse debebat condemnare reos ad restituendum fideicommissum, cum non fuisset transactum de eo, tamen quia hæc solutio uidetur dura quod iudex male pronuntiauerit, glossa dat aliam solutionem, dicens quod in le. qui cum tutoribus. ideo actor obtinuit in petitione quia opposuit replicationem elidendo exceptionem, hic uero non obtinuit quia eam non opposuit. argument. le. tres fratres. ff. de pact. ubi per replicationem doli actores obtinuerunt contra transationem, ideo si actor opposuisset replicationem potuisset obtinere fideicommissum, quæ solutio in effectu præsupponit quod male pronuntiatum fuit, cum in ueritate non esset remissum, ideo tenendo hunc intellectum, quod male sit iudicatum, respondet ad dictam legem Titius, quod loquitur in pignore cuius natura est ut solo consensu inducatur, & etiam solo consensu domini possit remitti, & creditore præsente solo consensu dissoluatur. le. si consensu, eodem titulo. fideicommissum uero ex solo consensu inducto per præsentiam non remittitur ut hic. uerumtamen quia adhuc gloss. non quietabat animum dicendo quod hic esset male iudicatum, ideo ponit secundum intellectum, quod imo hic fuit bene iudicatum & remissum fideicommissum, & ut tolleret difficultatem, dixit quod hic fuit clausula prægnans exprimens fideicommissum & omne ius de futuro, & in dicta lege qui cum tutoribus. fuit clausula simplex, promittentes non uenire contra ex aliqua ratione uel causa, ideo non continet fideicommissum, & quod hic fuerit clausula pinguis colligit ex illo uerbo nihil. exprimendo, nec hæreditario uel fideicommissi nomine, uel saltem tacite per relationem Iurisconsulti præsumitur, & quod dicit quasi est expressiuum ueritatis ut alibi fit in l. pri. ff. de trans.

Postea adhuc non quietans animum in uersi. uel dic quarto, ponit tertium intellectum, quod pro parte fuit bene, & pro parte male iudicatum, probans hoc modo, & primo dicens quod dicta lex qui cum tutoribus, loquitur in transactione, iste uero textus loquitur in diuisione, & ita apparet quod casus sunt diuersi, & rationem diuersitatis addit, quia in transactione remittens non tenetur de euictione. le. si pro fundo. C. de transactionibus. in fine. frater uero diuidens pro portione quam tradit fratri tenetur de euictione. l. hæredes. §. penultimo. ff. famil. hercifcund. ubi text. dicit quod inuicem cauere debent de euictione, & Bartol. addit. le. si familiæ. C. famil. hercifcundæ, & l. si fratris. C. communia utriusque iudicii. ideo cum transigens non teneatur de euictione si petat fideicõmissum uel rẽ remissam non potest repelli quasi teneatur de euictione, sed frater diuidens si petat partem datam in diuisione ipsemet euincit, & cum teneatur de euictione repellitur exceptione, quia quem de euictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio. le. uendicantem. ff. de euiction. & sic apparet quod aliud est in diuisione, cum petens repelli possit, ex eo quia tenetur de euictione, quod non est in eo qui fecit transactionem, & per consequens apparet quod text. in dicta lege. qui cum tutoribus non obstat, quoniam loquitur in diuersis terminis, & militat diuersa ratio decisionis.

Subdit postea gloss. quomodo iste frater superstes stante dic. obligatione de euictione possit obtinere fideicommissum, & dicit quod pro parte quam frater mortuus habebat iure proprio licite petebat, quia de ea est grauatus, pro parte uero quam dederat frater non potest petere, tum quia tenetur de euictione, & repellitur, dicta lege. uendicantem, tum quia etiam frater non erat grauatus dare portionem sui fratris sed propriam, sicut nec plures liberti prohibiti alienare impediuntur alienare portiones aliorum sibi obuenientes, sed solum propriã portionem. l. pater. §. 15. ff. de leg. tert. & si dicatur, ergo per diuisionem frater sibi præiudicauit in medietate fideicomissi, respondet gl. quod non, quia alia pars grauati obuenit ipsi petenti in diuisione quæ erat subiecta fideicommisso quam si bi ipsi uidetur euincere, & cum euincat petit estimationem ipsius, sicut dicitur in le. si uen-

dederis. & l. non tamen. ff. de euictionibus. & ita habet totum fideicommissum, partē de portione grauati quam tenet & partem de estimatione quam petens tenet, & cum de portione fratris iuridice petat partem, & aliam partem non possit petere propter exceptionem, euenit quod iudex pro parte bene iudicauit, & pro alia parte male iudicauit, & cum ista fantasia posuit tertiū intellectum ad tex. nostrum.

44 Bartolus autem † uidens labores gl. & ipse conatus fuit declarare text. & contra conclusionem eius, quod remissum fuit fideicommissum per diuisionem, opponit de tex. in dicta l. qui cum tutoribus, & antequam referat solutiones gloss. hic ponit unam traditam per gloss. in l. contraria, ꝙ ibi frater successit fratri iure directo hic uero successit iure obliquo, idest per fideicommissum, & ita efficiuntur diuersi casus, quod ibi successerit iure directo probatur, quia text. dicit extiterat hæres. ergo intelligitur ab intestato iure directo, quia fideicommissarius non est proprie hæres. §. restituta. instit. de fideicommiss. hæreditati. & cum non sit facta mentio de testamento apparet quod successio fuit ab intestato quæ ordinaria est inter coniunctos, hic autem fuit successio per fideicommissum ut clare dicit text. ideo non est mirum si remissum fuit hoc fideicommissum, & ibi non fuit facta remissio successionis ab intestato, quam solutionem tenet hic Bartol. & dicit esse uerissimam, comprobando, quia ut dixi in notabilibus. † Triplex est

45 ius, uidelicet ius de præsenti quando cessit & uenit dies & hoc debetur re. Secundum est ius de futuro ex causa de præsenti, ut fideicommissum cōditionale quod pendet a futuro euentu tamen habet tale fundamentum de præsenti quod non potest arbitrio hæredis uel partis impediri, & aliud exemplum est de pupillari substitutione mortuo testatore quod pendet a futuro euentu, ut debeatur successio si moriatur in pupillari etate, & tamen non potest impediri per hæredē, unde dicitur deberi spe, & non re. Tertium est ius de futuro ex causa de futuro, ut est successio ab intestato quæ pendet a futuro euentu quod moriatur ante succedentem, & ex uoluntate ipsius potest impediri faciendo testamentum, ideo non dicitur deberi nec re nec spe, quo stante inquit Bartol. per clausulam de non contraueniendo remittitur fideicommissum purum & omne ius de præsenti, & quando est prægnans remittitur etiam conditionale quia debetur spe, & uerificatur uerbum, remittit omne ius quod habet uel habere sperat, sed per dictam clausulam non remittitur ius de futuro ex causa de futuro, idest successio ab intestato, quia non debetur nec re nec spe, & non uerificatur uerbum

46 habere sperat. † Quod probat per text. in leg. & post emancipationem. §. primo. ff. de libe. leg. ubi pater dederat peculium filio qui fecerat multos contractus, & propter naturam peculii filius erat directo obligatus, & pater erat obligatus de peculio de iure prætorio, ut institu. quod cum eo. per totum. si eueniat quod relinquatur liberatio patri non prodest filio debet pater liberari pacto. si uero relinquitur filio liberatio prodest patri & liberandus est per acceptilationem, ut dicit text. in leg. præcedenti. in principio. & in fin. postea additur quod si pater fideiussit pro filio incipit obligari de iure ciuili ut teneatur & tanquam pater de peculio & tanquam fideiussor ex stipulatione, & si relinquatur liberatio patri tanquam patri liberatur tantummodo de peculio, sed si relinquatur patri tanquam fideiussori tunc liberatur ab utraque obligatione. Subsequitur l. & post emancipationem, quæ dicit, quod pater liberandus habet actionem ex testamento, ut possit petere se liberari quatenus est præstaturus de peculio, uel de in rem uerso.

Subsequitur postea text. in §. illud. dubitando, an sicut pater potest petere se liberari de peculio possit etiam petere filium liberari quasi intersit sua si forsan obligatio filii perueniet ad ipsum, quod erit secundum quod ibi dicit glo. si forsan filius moriatur & pater ei succedat, tamen Iurisconsultus determinat contrarium, quia solum potest petere se liberari de eo quod ipse est præstaturus, non autem de eo quod esset præstaturus si succederet filio, & ratio est quamuis text. non dicat, quia est spes uana & nos non debemus imaginari obligationes quas habituri sumus ex successione ab intestato, igitur probat quod successio non debetur nec re nec spe, & qui sperat habet spem uanam & per consequens remanet, reuertendo ad propositum quod solutio prædicta est uerissima ad illam. leg. qui cum tutoribus. quod ibi non fuit facta remissio ex eo quia successurus erat ab intestato, & non fuit de dicta successione facta remissio, merito si superuenit poterit petere, & tunc text. ibi dicit extiterit hæres, declara quod tempore transactionis frater ille uiuebat & erat futura successio, sed postea extitit hæres, & postquam fuit hæres incœpit petere iterum sibi reddi rationem administrationis tutelæ, quod potuit facere, hic uero fideicommissum spe debitum fuit remissum per clausulam prægnantem, & non potuit de nouo petere, ut præsupponit textus. Subdit tamen Bartolus. quod istud procedit in successione ab intestato, sed si frater successisset ex pupillari substitutione tunc esset idem quod in textu nostro quod esset facta remissio per clausulam prægnantem, quia est spes de præsenti, seu dicitur deberi spe firma quæ non potest remitti ex uoluntate ipsius pupilli, & æquiparatur fideicommisso, & ideo uenit in clausula, remittit ius quod habet, uel habere sperat, & sic est primus intellectus ad dictam legem. qui cum tutoribus. Secundus est intellectus, quod ibi frater successit per fideicommissum, quia text. non exprimit quomodo successerat, ideo tunc obstat textui nostro, quia ibi per diuisionem non fuit remissum fideicommissum, sed tunc soluit Bartol. quod

quod concordat, quia ibi non remittitur nec hic remittitur, & iudex male iudicauit pronuntiando quod esset remissum fideicommissum, & ad contrarium, quod de sententia iniqua non debet fieri lex, respondet quod imo fuit necessarium facere legem ut decideretur quos effectus operaretur sententia iniqua quæ pro ueritate habetur, & addit Bartol. hunc etiam esse uerissimum intellectum, secundum quem colligitur ex isto text. quod sententia iniqua per quam pronuntiatur aliquem contrauenisse facit eundem incidere in pœnam sicut si uere contrauenisset, & infert ad quæstionem de laudo in quo partes promiserunt non petere reductionem ad arbitrium boni uiri sub pœna, si eueniat quod iudex declarauerit iniuste, cum non potuisse petere reductionem faciet etiam incidere in pœnam, ut hic per eum. Ex cuius dictis colliguntur aliquæ conclusiones sequendo ordinem Rippæ hic.

47 Prima † est conclusio respiciens intellectum dictæ, l. qui cũ tutoribus. ꝙ ille text. loquitur de successione ab intestato, quia dicit extiterat hæres, & non facit mentionem de testamento, ergo necessario successit ab intestato, & istum intellectũ dicit Barto. esse uerissimum ad illum tex. tenẽdo quod hic fuerat bene iudicatum, & eum cõiter sequuntur Doct. hic & ibi, & est rationabile ualde, & propterea sequitur quod non obstat text. nostro, quia nunquam per quamcunque clausulam successio ab intestato futura uidetur esse remissa, & text. noster hic loquitur de successione ex fideicommisso quæ per clausulam prægnantẽ remittitur ut infra dicetur. sed in contrarium Ias. adducit dictum eiusdem Bar. infra in 2. lectura, qui uoluit quod ibi successerat frater per fideicõmissum fratri, & tamen dicit illam solutionem etiam esse uerissimam, & sic Bart. est sibi contrarius. sed tu responde quod imo nulla est contrarietas, & utrunque dictum Barto. est uerissimum in suis terminis, nam quantum ad dictam. l. qui cum tutoribus intellectus omnino uerus est ꝙ ibi successerat ab intestato ut necessarius, tenendo quod hic erat bene iudicatum.

48 Sed si aliquis † uelit interpretari uerbum hæres, & trahere ad fideicõmissum, tunc intellectus non esset bonus, tamen opporteret probare quo modo hoc euenit ibi quod per fideicommissum successit, cum litera non apperiat, nihilominus si obstinate perseueraret dicere quod ibi fuit fideicommissum tunc obstaret textui nostro qui uult remissum esse, & ille text. dicit non esse remissum, unde solutio est necessaria, ut tollatur contrarietas quod hic male fuit iudicatum, & illo facto præsupposito hæc solutio erit uerissima, & optime loquitur, & hæc duo stant simul, quod in dicta lege. qui cum tutoribus. intellectus est uerus quod frater successerat fratri ab intestato, & etiam uerus est intellectus cumulatiue quod ibi successit per fideicommissum, & etiam in textu. nostro intellectus est uerus, quod inique fuit pronuntiatum, & sic nulla est contrarietas, & ex eius dictis habes intellectus ueros ad istas duas leges.

49 Sed magis † uidetur obstare, quia ille tex. uidetur loqui de iure de præsenti, cum dicat quod tempore transactionis iam extiterat hæres, quod uidetur præsupponi propter uerbum, extiterat, quod est præteriti plusquam perfecti, quo casu nulla est differrentia inter successionem ab intestato & fideicommissum & substitutionem, quia omnis successio debetur de præsenti, & si ibi ius de præsenti nõ remittitur, minus uidetur esse remissum ius de futuro: Hoc contrarium perpendit Raphael hic, & respondet ꝙ postea extiterat hæres quando facta iam fuerat transactio, & uerbum extiterat, non refertur ad tempus transactionis sed ad tempus petitionis, & sic tempore transactionis uiuebat frater & erat tunc futura successio, & post transactionem forsan ex longo tempore successit fratri, ideo tunc ea eueniente cœpit frater superuiuens propter ius nouum superueniens petere sibi reddi rationem administrationis in bonis nouiter acquisitis, & ita uerificatur uerbum extiterat, & est naturalis intellectus. sed si quis uellet tenere quod tempore transactionis extiterat hæres, tunc dicebat Raphael dandum esse alium intellectum quem ponit Bartol. in septima solutione, uidelicet ꝙ ibi facta erat transactio super certa portione bonorum, seu super actione respiciente solam portionem ipsius fratris transigentis qui iam erat effectus maior, & cum esset actio spetialis, transactio cum clausula generali non potuit trahi ad successionem fratris & eius portionem de qua actio non erat intentata, cum illa esset alia hæreditas & alia res, & transactio facta de una re non trahitur ad aliam rem quia non excedit litem ipsam. leg. age cum Geminiano, & ibi Bartol. & l. si de certa. C. de transactio. ubi dixi, & in tantum operatur diuersa actio quod si esset eadem res & propter unam actionem esset facta transactio non traheretur ad aliam actionem pertinens. l. si quis ita. infra eodem, quem text. not. Bartol. in l. actione. C. de transactio. in fine. & infra repetit in 2. quæsti. ut hic per Crotum, & iste intellectus etiam uerissimus est ad illum textum. & cumulatiue cum pręcedentibus procedit, imo potius eos dicitur iustificare, & ita habes tres intellectus ueros & cumulatiue tenendos ad concordiam istorum duorum iurium.

50 Secunda † est conclusio, quod hæreditas ab intestato non debetur nec re nec spe, per text. in dicta. l. & post emancipationem. §. primo. de lib. legata. qui tamen tex. concludenter probare non uidetur, quia loquitur de successione patris in bonis filii quæ non est secundum naturalem cursum naturæ nec secundum uotum parentum, & minus uidetur in consideratione cum turbetur ordo naturæ. le. nam & si parentibus. de inoff. testam. & pater non sperat successionem filii, cum imo speret ut filius ei succedere debeat, tamen saluando Bartol. potes respondere quod imo probat, quia apparet quod ibi pater sperabat successionẽ, qm̃ eam allegabat, & propter eã

uolebat liberari filium. Nihilominus Ang. dicebat quod successio filiorum, & consanguineorũ habet probabilem spem, & ipsi rationabiliter sperant, per text. in l. 1. ff. de leg. tut. & in l. nec ei ff. de adoptionib. & §. cum autem. insti. de adoptionib. ubi arrogans pupillũ debet cauere successuris ab intestato pupillo de restituendo hęreditatem eis si moriatur in pupillari etate, & sic probabiliter sperant eius successionem, tamẽ cõmuniter doct. tenent opinionem Bart. per tex. in l. 1. §. si Impuberi, ibi, pręmatura est spes. ff. de colla. bono. & l. pactum quod dotali. C. de collationib. cum spes probabilis ueniat in cõtractu. l. spẽ. C. de dona. sed de successione patris uel collateralis non ualet conuentio. l. fi. C. de pact. ergo nõ est probabilis spes, facit tex. in l. hæreditas. C. de pactis conuentis, & etiam ratio, quia testãdo potest frustrari spem. l. fratres. C. de inoff. testam. uel etiam præmoriendo, dicta l. qui cum tutoribus, & arg. l. pater puellæ. C. de inoffi. testam. ad dictã l. primam. & l. nec ei. & §. cum autem. insti. de adopti. respondeas quod loquuntur de successione impuberis quando moritur in pupillari etate, quo casu successio sua est certa, quoniam ipse testamentum facere non potest, ideo uel substituti uel consanguinei proximiores omnino succedere debent, sed si moritur post pupillarem etatem eius successio efficitur incerta, Rippa uero aliter concordat, dicens quod successio ab intestato habet spem probabilem & firmã respectu successionis simplicis, ut per Bar. in l. is potest. col. 2. ff. de acquir. hæredita. & Cur. consil. 16. Clarus uir. col. secunda. sed quantum ad potestatem disponendi in illis qui uolũt succedere est spes uana, quia de ea non ualet dispositio. l. fi. C. de pac. & ideo pater non tenetur soluere condemnationem de filio propter legitimam : secundum Bal. in l. quãquam. C. ad l. falcidiam. nec filius in uita patris potest petere sibi assignari legitimã. Bar. in l. non potest. ff. de adoptio. quæ concordia est nimis generalis, quia etiã quando agitur de simplici spe succedendi dicitur esse uana, dicta l. fratres. C. de inoff. testam. & argu. dict. l. qui cum tutoribus. & no. in dicta l. de fideicommisso. C. de transactionibus. & dicebat Ruy. in dicta l. 1. C. de pact. quod illa spes est quædam fantasia, uel melius est quoddam desiderium quod habent uolentes succedere.

51 Ego uero † in dicta lege prima numero 78. & in dicta leg. final. num. 71. C. de pact. tenui quod hæreditas cuiuslibet collateralis dicitur pertinere ad nos spe uera & probabili, cum sit fundata in dispositione legis, & cum lex polliceatur dare, & probatur in l. 2. §. illud. ff. de hæredi. uel actio. uendi. ubi hæreditas ex pupillari substitutione peruentura uendi potest, & contrariatur d. §. si impuberi. & illa potest per filiam renuntiari. c. quamuis. de pact. in 6. & consentiente eo de cuius hæreditate agitur potest deduci in conuẽtionem, d. l. fi. C. de pact. & facit l. si seruum. §. 1. ff. de actio. emp. & l. 3. §. 1 ff. pro socio. & dicta l. nec ei. de adoptio. cum aliis pluribus allegatis in dictis locis. Per quæ apparet quod sæpissime permittitur dispositio de hæreditate uiuentis propter spem succedendi, dummodo cesset uotũ captandæ mortis, quod ex multis causis potest cessare ut ibi declaratur.

Non obstat quod de ipsa successione non possit disponi, quia ut dictum est illud solum procedit quando est uotum captandæ mortis, sed si cessat illud uotum ut in multis casibus ibi not. contingit, dispositio de hæreditate uiuentis ualet fundata in illa spe succedendi, non obstat ꝙ non sit fundata in causa de præsenti, quia imo habet fundamentum de præsenti, cum hodie lex deferat successionem consanguineorum aliis cõsanguineis ab intestato, & nullus potest tollere neque mutare legis dispositionem in modo succedendi nisi faciendo testamentum l. cum duobus. §. idem respõdet. ff. pro socio. item filius habet spem certam succedendi patri, quoniam eũ exhæredare pater non potest nisi ex iusta causa, alias testamentum est nullum, & postea omnino succedit, ut in auth. ut cum de appellat. cogno. §. aliud quoque capitulum, cum tribus sequenti. ubi etiam dicitur de patre, & de patrono habetur in l. etiam. cum materia. ff. de iur. patro. & §. sed nostra. instit. de successio. propterea concludendo dicas quod in successione ab intestato est spes probabilis & uera, & fundata in causa de præsenti, licet aliquibus modis possit impediri.

52 Et ut † omnia tollas, dicas quod triplex reperitur spes, una quę appellatur firma quando causa non potest uariari per possessorem presentem, ut in fideicommissario, & substituto pupillariter qui omnimodo sunt successuri si conditio apposita uerificetur, & solum dubietas pendet ab existẽtia conditionis nulla alterius uoluntate præualente. Secunda est spes probabilis tantum & non firma, & hæc est illa quæ debetur filiis in bonis parentum, & omnibus illis quibus debetur legitima de iure, & hæc dicitur probabilis, cum omnino lex mandet talem successionem, & non potest regulariter impediri per testamentum possidentis, saltem pro certa parte, tamen non appellatur firma, ex eo quia in multis præualet uoluntas possidentis, & in hoc numero potest etiam contineri successio ab intestato pupillorum quatenus sunt in pupillari etate. Tertia dicitur spes debilis, quę competit illis omnibus consanguineis successuris aliis suis consanguineis, & hæc ideo appellatur debilis, quoniam potest ex libera uoluntate possidentis uariari tam per testamentum quam per donationem & quamcunque aliam dispositionem, tamen erit probabilis certo modo, quia introducta a lege sed cum debilitate, & effectus patebit ex sequenti conclusione.

53 Tertia colligitur † conclusio ex dictis Bartol. quod remittẽs omne ius quod habet uel habere sperat non dicitur remittere successionem ab intestato, per rationẽ ꝙ illa non debetur neq; re neque spe, quæ tamen ratio ut statim dixi non uidetur uera, ex eo quia in omni successione ab intesta-

intestato dicitur esse aliqua spes probabilis super qua potest disponi, propterea opportet dicere quod in illa clausula (remittens quod habere sperat) uerbum (sperat) capitur in potentiori significatione ut comprehendat spem firmam quæ habet aliquam certitudinem. argumento le. 1. §. qui imperpetuum. ff. si ager uecti. uel emphyteu. peta. & §. sed quotiens. insti. de iure na. gen. & ciuili, & licet hæreditas consanguineorum debeatur spe probabili, tamen non dicitur esse spes firma, cum possit uariari ex libera uoluntate possessoris.

54 Ideo sub hac † clausula continebitur tantummodo fideicommissum quod dependet a sola existentia conditionis, & pupillaris substitutio quę dependet a sola existentia conditionis quod moriatur in pupillari ætate, & dicitur esse uera spes, ut probatur in l. 2. ff. de statulib. ubi statuliber est ille qui sperat libertatem, ideo adita hæreditate est statuliber, quoniam ex uoluntate hæredis nō potest uariari, ante uero aditionem hæreditatis non appellatur statuliber quia non habet firmitatem, cum hæres non adeundo frustretur eam, ideo ibidem dicitur quod si uendatur ante aditionem hæreditatis uenditio plene ualet secus post aditam hæreditatem, & addit idem esse quādo est relicta libertas in pupillari substitutione, quia non potest uariari ex uoluntate hæredis, sed dependet a sola conditione si pupillus moriatur in pupillari ætate, & facit tex. in l. quod Seruius. ff. de condictio. ob causam. ubi si matrimonium est contractum inter pupillos non datur repetitio dotis, quia est spes quod matrimonium sequatur fundata in nuptiis uel sponsalib. sed misso diuortio repetitur dos, quoniam non est spes de pręsenti quod fiat matrimonium, nec cōsideratur illa spes generalis quam habet unusquisq; de habentibus matrimoniū cum quacunque muliere, quia est debilis ualde. & ideo dicta pupillaris successio uidetur remissa, & satis probatur in l. 2. §. illum. ff. de hæredita. uel actio. uendi. licet Bar. uideatur tenere contrarium in dicta septima quæstione. & facit d. l. 1. §. impuberi. ff. de collati. bonorum, & quamuis præmatura appelletur successio, tamē ideo est, quia ibi nō agitur de pupillari substitutione, sed de quarta quę debetur ex consti. Diui Pii. item ibi dicitur quod est præmatura spes quantum ad collationē quæ facit quandam traditionem rerum hæreditatis uiuentis, sed non probat quod renuntiatio fieri non possit de dicto iure. Non obstat quod inducatur uotum captandæ mortis. l. fi. C. de pact. cū materia, ut dicebat Bar. in septima quæstio. quia obiectio non est generalis, quoniam pactum de hæreditate uiuentis ualet in multis casibus positis in dicta l. fi. & in spetie quando fit in consequentiam hæreditatis mortui. dicta l. 2. §. illud. de hæreditate uel actione uendi. & in terminis diuisionis uidetur quod semper hæc remissio ueniat in consequentiam hæreditatis diuisæ, unde omnimodo poterit contineri hæc successio ex pupillari substitutione, ut dicit Bar.

55 Sed tamen† maius dubiū est an ueniat in istis uerbis, quod habere sperat, successio quā habet filius in hęreditate patris uel illi quibus debetur legitima, & etiam illa successio quę promissa fuit a patre adoptante pupillum, & uidetur quod sic, ex eo, quia habet aliquam certitudinem, cum nō possit exhæredari in totum, tamen quia ultra legitimam potest aufferri ex uoluntate possidentis, non est spes firma, ideo in dubio non continebitur in clausula facta cum uerbo (sperat) si illud uerbum poterit uerificari in alia magis firma spe, sed si nullo alio modo posset uerificari, putarem quod contineretur etiam hæc hæreditas patris, si filia habens dotem renuntiaret omne ius quod habet uel habere sperat in bonis patris, nam de ea intelligeretur ne esset inutilis. argumento. l. si quando. ff. de leg. primo. & l. si uno. ff. loca. successio uero fratrum uel patruorum, & aliorum consanguineorum omnino non contineretur, ut hic dicebat Bar. non per suam rationē, sed quia uerbum (sperat) intelligitur de spe firma & probabili, & non de illa quæ habet debilitatem. Cætera dicemus super 7. q. Bar.

56 Quarta est conclusio, † quod remittens omne ius quod habet uel habere sperat non uidetur remittere successionem quæ sibi potest uenire ex priuatione alterius, iux. authenticam hoc amplius. C. de fidei. & Bar. sequuntur communiter * doct. & nemo discrepat secundum Crotum, quia ultra rationes positas in præcedenti conclusione, quod est debilis spes, urgent & multæ aliæ, cū sit successio anomala, & de raro contingentibus, & non considerabilis. Item in generali remissione non uenit illud quod quis consequitur ex culpa seu delicto alterius. l. damni infecti quidam. §. cum parietem. supra de damno infecto. & ibi per glo. & sequitur hic Rippa, addens Raph. in cōs. 187. dominus Consignorus, qui uoluit quod generalis renuntiatio non extendatur ad ius nouum acquisitum ex inuestitura. Ampliat idē Raphael hoc etiam si uerba renuntiantium respicerent ius futurum, nisi sint uerba ualde prægnantia secundum formam positam per Bar. in 5. quæstio. & facit tex. in l. cum aquiliana. ff. de transac. nec obstat quod ius de futuro non possit remitti cum non sit acceptatum, quia respondet hic Crotus, quod imo dicitur sub quadam conditione acceptatum si acciderit casus. Ang. in l. quotiens in fi. ff. de noua. & l. sub conditione. ff. de solutio. & tenet Paul. in simili in l. pactum quod dotali. C. de colla. & l. fi. C. de bono. quæ lib. in princip. ut hic latius per eum. non obstat quod per remissionem inducatur uotum captādæ mortis, ut per Bar. in 7. q. quia respondetur quod in remittente successionem non cadit uotum captandæ mortis. cap. quamuis. de pact. in 6. & si sumus in acquirente tunc debet intelligi in casibus in quibus conuentio permittitur. qui no. in dicta l. fi. C. de pact. & enumeraui in lege stipulatio hoc modo concepta. supra eodem. & dicam in dicta septima quæstione.

Quinta est conclusio quod in isto tex. fuit ma

le iudicatum, quoniam uere fideicommissum nõ erat remissum,& istum intellectumBar.dicit esse uerissimum,& etiam necessarium,tenendo quod in l.qui cum tutoribus. frater successerat fratri per fideicommissum,& uera est opinio declaran do quod ad dictam legem qui cum tutoribus dã tur quatuor intellectus qui omnes ueri sunt cumulatiue sed non priuatiue,ut dixi, & sæpius fir mabitur iste intellectus in sequentibus.

57 Sexta† est conclusio quod sententia iniqua declarans aliquem contrauenisse facit eum incidere in pœnam quamuis non contrauenerit,& probatur ex isto tex. tenendo intellectum supradictum,nec ualet quod non debet fieri lex de sentẽtia iniqua,quoniam imo nedum est probabile, sed necessarium, quia si uult quod transeat in rẽ iudicatam & pro ueritate habeatur necessarium est scire quos effectus producat,& quomodo procedat illud quod habeatur pro ueritate, & facit tex.in d.l.ex diuerso.§.1.de rei uendi. & l.si per imprudentiam.ff.de euictionib.iuncta. l. ab eo. C.quomodo & quando.iud.

58 Septima† est conclusio,quod si aliquis promisit non petere laudum reduci ad arbitrium boni uiri sub pœna qui postea petat & succumbat, quia declaretur non potuisse petere, cum tamen uere potestatem petendi haberet, nihilominus propter talem sententiam incidit in pœnam,ut consuluit Dyn.& comprobat Bar. per istum tex. qui in terminis uidetur probare, sed tu aduerte quod ista quæstio uidetur uana, quoniã semper iuste pronuntiat iudex dicendo quod nõ potuit petere reductionem, ut est tex. clarus. in l. diem proferre.§.stari.ff.de arb. qui prohibet indistincte reduci laudum ad arbitrium boni uiri etiam quod iniustum fuerit,ergo semper petendo incidit in pœnam,& augetur contumacia per secundam declarationem iudicis.

59 Propterea † dicas quod hæc quæstio restringi debet ad arbitramentum in quo de iure datur potestas petendi reduci ad arbitriumboni uiri. l.si societatem.§.arbitrorum.ff.pro socio. & in arbitris non potest uerificari nisi partes promitterent non dicere de nullitate quæ permittitur ut per Bar.in d.§.stari.

60 Sed adhuc† uidetur quod in arbitratoribus sit uana,quoniam si præsupponitur promisisse non petere reductionem, & tamen possit esse casus in quo legitime petat, quæ duo uidentur esse contraria,quoniam si promisit non petere semper iniuste facit petendo.Ias.hic sentiens contrarium, dicebat quod illa clausula (promisit non petere laudum ad arbitrium boni uiri sub certa pœna)intelligitur si arbiter æque& iuste fuerit arbitratus,per tex.in l.si libertus iurauerit.ff.de ope. lib.& in cap.quintauallis.de iureiurand. ergo sequitur quod si male iudicauerit arbiter non uidetur remisisse ius petendi reductionem, & per consequens aliquando iuste poterit petere reductionem,& aliquando non poterit petere, nam si iustum erit laudum non poterit petere reductionem,& si iniustum erit poterit petere, ideo quæstio docto. potest procedere, sed tu dicas quod nec etiam hæc saluatio est bona,quoniam illa iura allegata procedunt quando habetur respectus ad ipsum arbitrum, ut si quis dicat ei promitto stare sententiæ tuæ.nam intelligetur si ipse iudicauerit recte,dictis iuribus,& est glo.in l.pen.ff. de arb.quoniam uidetur se remisisse in eum tanquam in arbitrium boni uiri, sed ubicunque partes inter se conuenerunt& inuicem promiserunt non petere reductionem ad arbitrium boni uiri tunc uidentur generaliter renuntiare huic iuri petendi siue iusta siue iniusta sit sententia, quoniam uoluerunt per eum omnimodo litem finiri,& hoc denotat uerbum (reduci ad arbitrium boni uiri) quia præsupponit sententiam iniustam,quia si esset iusta non opporteret reducere quia esset secundum arbitrium boni uiri, & sic promittunt non contradicere laudo in casu quo iniquum est laudum,&fortius quando erit iustũ, & per consequens contraueniendo semper incidẽt in pœnam partes, nec erit opus discutere an sit iustum uel iniustum.

61 Et ideo in iis† terminis quæstio docto. est uana,quoniam semper petendo reductionem dicũtur conuenire & uere incidunt in pœnam ex sola litis contestatione,iux.l,amplius non peti.ff.rem ra.hab. Quare opportet dare secũdam restrictionem ad quæstionem Dyn. & Bar. hic, ut procedat quando uerba diriguntur ad arbitrum, uel quando promiserunt generaliter stare laudo & non contrauenire,quia tunc hæc clausula generalis recipiet interpretationem illam(si arbiter recte iudicauerit)In hac igitur quæstione ita restricta si eueniat quod pars petat reduci ad arbitriũ boni uiri dicendo quod laudum est iniquum, & habet magnam læsionem,quo casu potest petere, iudex uero dixit qnod imo laudum est iustum& quod non potuit petere, unde dubitatur an ille actor qui succubuit possit conueniri ad pœnam, & Bar.hic determinat quod sic per istum tex.qui in terminis hoc probat. Alex. uero hic latissime super hac quæstione insistit referendo uarias opiniones multum confuse.

62 Iason autem† dicit se ad breuitatem reducere referendo quatuor opiniones. & prima est opinio Dy.hic & Bar. quod per talem sententiã iniquam incidat in pœnam indistincte, & amplius non poterit opponi de iniquitate laudi in alio iudicio propter resolutionem factam a iudice cuius sententia transiuit in rem iudicatam. & est tex.in l.ex diuerso. §.1.ff.de rei uendi. & ibi Bar. col.fi.ad finem.ubi sententia lata super fundo extenditur etiam ad fructus,& accessorium sequitur suum principale.dicebat tamenAng.quod ille tex.non probat,quia ibi accessorium ueniebat in eadem instantia, & nõ poterat separari a principio,secus autem si in alia instantia fieret, quia tunc non posset seruari accessorium nisi discusso principali. Sed Alexa.reprehendit,quia imo ibi accessorium deducebatur in alia instantia,& tamen seruat suum principale ut hic in tex.nostro, & istam opinionem sequuntur multi docto. imo com-

communiter docto. relati hic per Ias. facit glo. in terminis in l. si cum exceptione. §. hæc autem actio. ff. quod met. caus. quę uult, si quod est deductum in principali & inferratur ad exequtionem pœnæ non potest amplius disputari de eo quod sententiatum est super principali. Quarto facit tex. in l. de pupillo. §. meminisse. uer. totiens. alias est. §. separatus. ff. de no. op. nunt. Quinto facit secundum Areti. l. si deferrente. ff. quibus mod. pig. uel hypo. solui. ubi iuramentum delatum super principali debito operatur etiam super hypothe ca quæ est accessoria. Sexto adducitur, quia a pari iudicari debent actor & reus. l. fi. C. de fructib. & lit. expens. sed sententia lata in fauorem rei super principali parit exceptionem rei iudicatæ super accessorio, ut in fructibus. argum. l. fundum. ff. de exceptionibus & per Bar. in l. fundi. eodem titulo. ergo idem in sententia condemnatoria lata in fauorem actoris. ut a pari procedant, dicta lege fina.

63 Veruntamen† quamuis hæc opinio efficaciter probetur, nihilominus ualde dura uidetur ut ille qui uere non contrauenit incidat in pœnã, ideo Ang. fuit in contraria opinione, quod imo super iudicio pœnali posit opponi de iniustitia sententiæ & debeat de nouo cognosci an potuerit petere reductionem, & mouetur primo, qui ille qui habuit causam iustam litigandi pœnam non meretur. l. qui solidum. §. etiam. ff. de leg. secundo. & l. properandum. §. sinautem alterutrum. C. de iudi. ubi iusta causa excusat ab expensis. Secundo facit tex. in l. si pœna. ff. de uerbo. significa. Tertio adducit no. per Ioannem And. in additionibus Speculi in titu. de arbi. §. sequitur. uersi. sed pone in eligendo. ubi expresse dicit quod qui habet iustam causam litigandi excusatur a pœna, per l. si quis forte. in principio. ff. de pœnis, quæ dicit, iudici permissum fuisse ex iusta causa differre supplicium nisi sit causa uerisimiliter calumniosa, ergo etiam debet differre condemnationem ad pęnam ut cognoscatur an recte petierit, facit etiam tex. in l. si debitor. de petitione hæreditatis. ubi si debitor hæreditarius probabiliter dubitat an agens contra eum sit hæres potest impune negare cum esse hæredem. Quarto allegat. le. quidam cum filium. infra eodem. uersi. quo casu. ubi lata sententia ꝙ exhæredatio sit iusta cõmittitur pœna promissa sub conditione si exhæredauerit, & subdit postea tex. quod hoc casu potest quæri an communi iure exhæredatus sit, & an uicto denęganda sit actio, & sic ibi in iudicio de pœna cognoscitur de iniustitia sententiæ. Quinto adducit generalem regulam, quod iusta causa excusat a dolo. l. igitur. §. potest. ff. de lib. caus. cũ suis concordantibus.

Et tenendo istam partem Crotus hic respondet adductis per Bar. & primo ad istum tex. respondet quod fuit bene iudicatum, quia per illa uerba generalia nihil facturum contra diuisionem, remissum fuit fideicommissum. ad l. ex diuerso. §. primo. respondet ut Ang. in eodem iudicio & in eadem sententia, cum si iudicat fundum esse petitoris debet eodem errore iudicare fructus ad eum pertinere, & uidetur multum conueniens intellectus ad illum tex. dum dicit, eodem errore, qui error non uidetur posse contingere in alio iudice iudicante in diuerso iudicio. non obstat. l. deferrente. quia loquitur in iuramento iudiciali quod habet uim solutionis. l. iusiurandũ. ff. de iureiurando. unde sicut solutione liberatur pignus ita etiam debet liberari per iuramentum l. si rem. §. omnis. ff. quib. mod. pig. uel hypoteca. soluitur. nec obstat ratio Aretin. quia non tenet argumentum de sententia liberatoria ad condemnatoriam, per tex. in l. loci corpus. §. si fundum. ff. si ser. uendi. Bar. in l. ex duobus. in quarta quæstione. ff. de duob. reis. ideo dicit per hæc opinionem istam posse sustineri.

Tamen communiter docto. reprehendunt eã, per istum tex. & respondent ad fundamenta Ange. & dum principaliter se fundat quod iusta causa excusat a dolo & a pœna, & ab expensis & a multis aliis damnis, respondent procedere quando illa iusta causa apparet, & potest allegari, sed quando iudex declarauit illam non fuisse iustam causam, demonstratur amplius non esse, quia sententia facit non esse uerum. per legem res iudicata. ff. de reg. iur. & per Bal. in le. ingenuum. ff. de sta. homi. & l. 1. ff. de lib. agnos. & est realis & plana responsio, quia debebat appellare & demonstrare quod iniq; declarata fuerat iniusta causa.

Non obstat l. quidam cum filium. inf. eodem. quia ille tex. loquitur quando iudicium fuit inter alias personas, nã quando hæres egit de quærella, & iudicatum fuit contra filium respectu hæredis habetur pro ueritate, sed cum postea tertius ibi ageret ad pœnam sententia non facit fidem inter alias personas quia non habetur pro ueritate, ut in rub. & Nigro res inter alios acta. & l. prima, ubi in causa status. dicta l. ingenuum non facit fidem, & est responsio quæ generaliter datur in l. nostra. ad omnia contraria quæ allegantur quod non posit agi ad pœnam. Non obstat authoritas Ioannis And. quia ipse loquitur in pœna capitali in qua exequtio non potest retractari, nos autem loquimur in pœna pecuniaria quæ potest retractari, & non uertitur præiudicium irreparabile, ut no. in l. transigere. C. de transactio, Non obstat quod qui allegat probabilem causam non uenit directo contra sentẽtiam, quia imo directo uenit, cum totum contrarium fuit expressum in sententia quod ipse male petiisset, & sic apparet quod hæc opinio Ang. probabiliter reprehenditur.

64 Tertia† fuit opinio media tradita, a Bar. in le. Iulianus uerum debitorem. ff. de condi. indebi. qui dicebat in 5. col. per doctrinam glos. ibi singularem, aut iudex reductionis confirmauit laudum arbitri expressa causa, dicendo quod illud arbitrium erat iustum, & tunc si agatur ad pœnã, pars uicta a qua petitur pœna non poterit amplius dicere de iniquitate laudi, quia directo uenit contra sententiam, ut per glo. ibi, & istũ tex. Item quia post sententiam nõ potest admitti ex

ceptio quæ haberet ipsam sententiam uitiare.le. peremptorias, C. sententiam rescindi non posse. Aut iudex reductionis absoluit reum simpliciter nulla causa expressa, uel expressa, quia non fuit ꝓbatum de iniquitate laudi, & tunc quando petitur pœna poterit probari de iniquitate laudi, q̄a non opponitur contra sententiam, secundū doctrinam illius glo. quod reputat Bar. notabilissimum, & facit, quia post sententiam opponitur exceptio quæ non impugnat eam, sed se compatitur cum ea. l. Nesennius. ff. de re iudi. glo. Bar. & doctor. in l. prima. C. de iuris & facti ignorantia. & ibi dicit Bar. se in contingentia facti ita iudicasse in hoc actu practico qui quotidie cōtingit,
* & est uera & magis communis * opinio apud legistas & canonistas. & in effectu est limitatio ad primam, ut hic etiam late per Ias. & eandem distinctionem tenet Bar. in dicta le. ex diuerso. §. primo. in columna secunda. cum aliis adductis hic per eum.

65 Quarta† fuit opinio Bal. in l. eos. §. cautione. C. de appella. ubi distinguit an compromissum sit factum ex necessitate ut in statuto cogente affines uel uicinos ad compromissum, & tunc procedat opinio Ang. ut adhuc possit de iniquitate laudi opponi, & probari non obstante sententia cōfirmationis lata per iudicem reductionis, Aut compromissum fuit mere uoluntarium, & tunc ꝓcedit prima, & tertia opinio, & rationem differētiæ assignat, quia subuenimus facienti actum ex necessitate. l. si fideiussor. §. si necessarium. ff. qui satis. cogan. facit etiam quia si expensæ sunt promissæ per stipulationem & sic ex causa uoluntaria, iusta causa litigandi non excusat ab eis, ut est glos. singularis in. §. opportet. in uerbo adiecto. & ibi Ang. in auth. de iudicibus, secus quando expensæ debentur ex promissione necessaria, ut in casu posito in auth. generaliter. C. de episc. & cleri. & hanc opinionem sequitur Roma. in rubr. ff. de arbi. excepto secundo membro. sed tamē differentiam istam Roma. reprehendit Alex. hic, & probatur in dicta l. ex diuerso. §. primo. ubi in primo & secundo casu semper erat reus ut hic per Iaso. qui irresolutus remanet, sed tu dicas ꝙ hæc opinio non est uera, quia quod sententia lata in uno iudicio seruetur in alio non dependet an actus sit uoluntarius uel necessarius, & sola ratio est, quia res iudicata pro ueritate habetur.

66 Et propterea† tenenda est prima opinio iuncta cum tertia, quod si coram iudice reductionis fuerit agitata quæstio an debeat reduci & ipse ꝓnuntiauerit non debere reduci quia laudum est iustum, tunc non potest refricari in dubium super iudicio pœnali, per tex. nostrum hic, qui in terminis loquitur, sed tamen opportet quod hæc sententia sit lata per uerba clara demonstrantia actorem non habere ius, sed si uerba non essent clara, ut quando fit absolutio simpliciter a petitis, & tunc poterit refricari in dubium in iudicio pœnali, ex eo quia per talem sententiam adhuc non constat de iustitia laudi, cum absolutio potuerit fieri ex uariis causis, & hęc distinctio datur per Bar. in hoc. §. quia ut infra dicetur opportet quod sententia sit certa declarans ius partis, ideo etiam supra conclusum fuit quod sententia in casu nostro fuit lata cum ratione certa, quia erat transactum, secus si fuisset facta simplex absolutio a petitis, uel etiam secundum aliam formam ibidem traditam, & ita tenendum est.

67 Rippa uero† hic omnibus recollectis ponit regulam secundum tex. nostrum hic, quod non pōt refricari in dubium de iniustitia sententiæ latæ in causa principali, cum hac tamen declaratione, quod sit lata inter easdē personas, secus quan tum ad tertias personas, argum. l. quidam cum filium. infra eodem. & l. sæpe. supra de re iudic. & toto tit. res inter alios acta, & l. denuntiasse. §. penul. ff. de adult. & per Bar. in l. eius qui delatorē. inf. de iur. fisci. Secundo declarat ut procedat quādo sententia fuit lata contra præsentem, secus si contra contumacem. l. Papinianus. §. meminisse. ff. de inoffi. testa. quia tunc præsumitur lata propter contumaciam, & non propter malam causam. l. ideo. ff. de euictio. quam tamen declarationem restringit ipse procedere quando contumacia fuit in tota persecutione causæ, secus si in calculo ferrendæ sententiæ, quia facto processu cum partibus non potest dici quod sententia sit lata propter contumaciam solam, & sentit glo. in dicta. l. & ideo. & Decius consi. 134. col. 2. & bene dicit. & facit quod uoluit Bar. in dicta l. eius qui delatorem. ff. de iure fisci. dum allegat l. 2. §. Diuus. eodem tit. & supra dixi in præmissis, & hic Cro. nu. 24. Tertio intelligit nisi uictus habuisset iustā causam petendi reductionem ad arbitrium boni uiri, quia tunc posset opponere exceptionem iniquitatis contra agentem, & adducit ea quæ allegauit Ang. supra pro opinione sua, sed tamen hæc restrictio non est uera, & ibi reprobata fuit, quoniam lata sententia certa nō potest amplius dici habere iustam causam litigandi propter authoritatem rei iudicatæ, & ad fundamenta ipsius supra satis responsum fuit, unde quarto loco intelligit quando in sententia fuit expressa causa, quod laudum fuit æquum & iustum, & in hoc bene loquitur. Quinto restringit ut non procedat in laudo necessario prout uolebat Bal. sed hoc ēt supra reprobatum fuit, nam Rippa hic tanquam adulator uoluit seruare omnes opiniones non considerando quod reduxit regulam suam ad nihilum.

68 Ideo teneas† tantummodo primam & quartā declarationem quando fuit sententia lata, & iudicium sequens inter easdem personas, & quod illa sententia fuerit certa, exprimendo per uerba clara quod actor non habebat iustitiam, secus autem si fuerit dubia, quia cum non constet de iure actoris erit necessarium ut de nouo cognoscatur, item & tu ultra alios intelligas hanc conclusionem procedere in arbitratoribus tantum, secus autem in arbitris, quia semper petens reductionem incidet in pœnam. dicto. §. stari. Item intellige quod conuentio fuit facta de stando sententiæ arbitri & referendo uerba ad arbitrium, non autem

autē quod partes inter se promiserint nō petere reductionem ad arbitrium boni uiri,nam tunc se metipsos exclusissent ab illa potestate, eidem renuntiando,& ideo semper inciderent in pœnam quamuis laudum esset iniustum,ut dixi in principio quæstionis.Ex quibus habes declaratas duas solutiones ad dictam legem qui cum tutoribus. concernentes duos intellectus ipsius cumulatiue ueros & non priuatiue,& intellectum ad tex. nostrum,quod hic male iudicatum fuit.

69 Tertiam†solutionem posuit glo.hic & Bar. dicendo quod ibi actor ueniet ex eo quia opposuit replicationem,hic uero non opposuit replicationem,sed si opposuisset obtinuisset,sicut euenit in l.tres fratres.ff.de pact.Sed Bar.hic reprehendit, ex eo quia per diuisionem non tollitur ius fideicommissi nec ipso iure nec ope exceptionis, & ideo non est necessaria replicatio, uoluit dicere quod in l.tres fratres.transactio facta ibi trahebatur ex uirtute uerborum ad pecuniam auream absconditam,&ideo exceptio transactionis erat potens & firma, tamen quia interuenerat dolus eliditur postea per replicationē doli, in casu uero nostro generalis clausula nullo modo trahitur ad fideicommissum, ideo nullo modo erat facta transactio de eo, & exceptio opposita per eum nulla erat,ideo non erat opus replicatione, sicut euenit quando nullum pactum de non petēdo fuit appositum,& solum replicatio est necessaria quando pactum illud fuit appositum, ut habetur in l.si unus,§.pactus ne peteret.ff.de pactis.& bene loquitur.

Ex qua solutione sequitur, quod sententia potest esse iusta ex parte iudicis quando obstat exceptio & non opponitur replicatio,& iniusta respectu partis quæ non opposuit, quia iudex non tenebatur suppleri eius iura. similiter ecōtrario sententia potest esse iusta quo ad partem& iniusta quo ad iudicem,secundum glo.in l.eos.in uerbo iniustam.C.de appellatio.dicebat tamen Bal. quod nec etiam respectu actoris potest dici iniusta,quia non curatur de eius replicatione nisi ipse eam deduceret in iudicio,ut per glo. in dicto. §.pactus.in uerbo opponendo. sed Rippa dicit procedere quantum ad actum,secus quantum ad habitum,quia semper uerum est actorem habere ius,cū possit opponere replicationem, unde eueniet quod in appellatione poterit postea eā opponere & obtinere in causa.

Secundo colligitur, quod iudex nō potest supplere uices actoris deducendo replicationem cōtra exceptionem oppositam a reo,quia iudex de facto nihil supplet,sed tantum de iure,leg.j C. ut quæ desi.aduo.iud.Fallit quando replicatio inest ipsi exceptioni secundum Alexan. hic, per dicta Bar.in l.eum qui ita.§.qui ita, supra eodem. cum hac tamen declaratione quod iudex possit, sed non cogatur supplere,ut dicebat Ange. in dicto §.pactus,& hic sequitur Ripp.& bene facit textus in l.non quicquid.ff.de iudi. cum suis concordantibus.

Quarta fuit solutio glo.& Barto.hic, quod in tex.nostro, ideo fuit bene iudicatum quia in diuisione erat apposita clausula prægnans, ut non posset uenire contra diuisionem etiam occasione fideicommissi & cuiuscunque iuris de futuro, quam solutionem reprehendit Bar.quia est diuinatiua, & plærique sequuntur, sed ex ea habes uirtutem dictæ clausulæ ut partes possint renuntiare iuri de futuro quando exprimunt, de quo tamen uideas no.per omnes in l.1.C.de pact.ubi est locus suus.

70 Quinta†est solutio, quod in le. contraria erat simplex transactio cum clausula simplici,in tex. autem nostro erat clausula per uerba uniuersalia,nihil se facturos,quæ secundum glo. trahitur ad ius de futuro.Sed Bar.reprehendit,quia assumptum est falsum quod clausula per uerba uniuersalia trahatur ad ius de futuro, quoniam solum trahitur ad præsentia &non ad futura.l.fi.§.item quæsitum.ff.de condi.indebi. facit l. si a colono, &l.cum stipulamur.sup.eodem.& bene loquitur, quia secundum ueritatem hæc clausula in tex.nostro nō potuit comprehendere fideicommissum conditionale.

71 Ex qua†solutione succedit intellectus ad duo iura,nam intellectus est ad tex.nostrum, quod si fideicommissum fuisset purum per talem clausulam fuisset remissum fideicommissum sicut & cætera iura de præsenti competentia fuere remissa, tamen uidetur obstare glo.in l.tres fratres.ff. de pact.quæ uult quod generalis transactio non cōprehendat ea quæ debentur ex testamento,&sentit Bar.hic,& Clarius in 12.quæsti. sed tu teneas conclusionem,& intellectum,cum hac tamen declaratione quod ipsi fratres habuissent notitiam fideicommissi,quoniam si non habuissent notitiā transactio non ualeret quæ non potest fieri nisi inspectis& uisis uerbis testamenti.dicta.l.de iis. ff.de transactionibus, nisi expresse eidem fuisset renuntiatum,ut in ea no.& dicetur super quinta & sexta quæstio.Secundo intellige quod esset remissum fideicommissum purum nisi interuenisset dolus unius partis,quia tunc quamuis de rigore contineretur in uerbis tamen per replicationem doli eliderētur per dictam l.tres fratres. Tertio limitabat Raphael non procedere quando fideicommissum fuisset acceptatum. argu.l. mater.C. de rei uendi. quam tamen limitationem reprehendunt hic Alex.& Rippa & bene, quoniam pacto omne fideicommissum etiam acceptatum remitti potest,ut habetur in dicta l.1.C.de pact.Secundo infertur ad intellectum dictæ.l. Titius. ff. quib.mod. pig. uel hypo. solui.ut non uideretur extinctum pignus si esset conditionale,quia uerba non trahuntur ad illud,dicebat tamen Iason, quod imo posset extingui,quoniā est parui præiudicii ut habetur in l.quæ dotis.col.fi.Bar. ff.soluto matrim. Sed tamen placet intellectus ut nō sit remissum,quia natura uerborum non trahitur ad illud , & quod non mutatur non prohibetur stare.item fideicommissum solo pacto remitti potest inter scientes sicut & pignus.dicta le. prima.C. de pact.

72 Sextam†solutionem posuit Azo.hic, quia ibi tractatur de transactione in qua non habet locũ euictio.l.si pro fundo.in fi.C.de transactio. cum materia.hic uero tractatur de diuisione in qua habet locum euictio.dicta l.hæredes.§.pe.& le. si fratres.C.communia utriusque iudicii.&l.si familiæ.C.famil. hercis. glo. tamen postea restringit hanc solutionem ad partem tantum quam dederat ipse frater in diuisione fratri,in qua sola tenetur de euictione,& ex triplici causa non potest illam partem petere.Primo,quia de ea tenetur de euictione.Secundo quia frater mortuus de ea nõ fuerat grauatus.arg.l.si pater.§.quindecim.ff. de leg.3.Tertio quia hoc erat iussum a iudice,quamuis si non fuisset iussum non teneretur de euictione.arg.l.si fundum sciens. C. de euictio.unde uolebat quod complementum fideicommissi peteret de portione sibi obuenta in diuisione,petendo æstimationem, per legem si uendideris. ff. de euictionibus.&mentem glo.plenius declaraui supra referendo glo. & ideo in effectu uult quod cum frater peteret totum prædium obuentum in diuisione pro parte fratris posset obtinere& pro parte ab eo data non posset, & sic pro parte esset bene iudicatum,& pro partemale, quam tamen solutionem reprehendit Bar.hic, quia contradicit tex.dum assignat rationem, quia transactum fuit,non autem quia tenetur de euictione, & tex.præsupponit totam sententiam æqualiter uel fuisse iustam totam uel iniustam. præterea dicit Bar.opinio glo.non est uera,&ponit quatuor conclusiones falsas,quas omnes explicat hic Ias. & reprehendit ex mente Bar.infra in prima quæstione.& cum Bar.ad eam se remittat, ibi etiam nos dicemus demonstrando falsitatem omnium positorum per glo.ne bis repetamus.

73 Septima fuit†solutio glo.in l.contraria, quod ibi transactio facta fuit restricte ad portionem fratris transigentis,unde nõ potuit trahi ad portionem fratris,per legem age cum Geminiano. & l.si de certa.C.de transactio.hic uero fuit facta diuisio super omnibus bonis,& ideo potuit trahi ad omnia iura,& hanc solutionem Bar. hic dicit posse esse bonam, & sequitur Guiliel. & eam etiam comprobat Ias. dum dicit sola portione administratæ tutelæ.nam uerbum(sola)est exclusiuum alterius partis,l.iis solis, C. de reuocand. donatio.unde si postea agat pro portione alterius fratris quæ deuenit ad eum ex causa fideicõmissi dicitur esse noua causa,& transactio ad eã trahi non potest,per dictam legem si de certa, & dicit se mirari quod docto. tantum laborauerũt in illo tex.tam claro.sed tu dicas quod hæc solutio non est necessaria tenendo quod hic fuit male iudicatum,quoniam concordat.Item licet utatur uerbo(sola)tamen hoc fuit respectu iuris præsentis non autem futuri,& si ibi succederetur per fideicõmissum potuisset trahi ad illud sicut hic in tex.fieret diuisio de solo iure præsenti,&tamẽ traheretur ad fideicommissum sic esset bene iudicatum. ueritas tamen est quod ille tex. nihil facit, ex eo quia ibi frater successerat fratri ab intestato, & non poterat trahi ad ius quod debetur ex debili spe,& tanto fortius, quia illa transactio fuit restricta ad portionem fratris transigentis,& in istis duabus qualitatibus debebant stare docto.& non tantum turbare se & alios.

74 Octaua est†solutio, quod ibi actiue hic passiue,quæ uerba cum sint dubia uariis modis exponuntur,& Barto.hic exponit quod ibi erat frater qui non poterat aufferre actionem fratris sui per legem Stichum. §.fi,infra de nouatio. & sic actiue,hic uero fratres diuidentes potuerunt inuicẽ extinguere iura sua, & sic passiue,quam solutionem postea Bar.reprehendit quia ibi frater & tutor remittunt omnia iura præsentia, & sic ambo fratres remiserunt omnia iura præsentia, & sic æqualiter, ideo Bal.in cap.primo.in tit.imperator Lotharius. ponebat aliam expositionem, dicens quod docto.non intellexerunt illa uerba, & quod in dicta.l. cum tutoribus. frater agebat in utraque actione, hic uero frater superuiuens fuit actor in fideicommisso,& in pœna reus,&sic passiue,quæ solutio etiam nihil affert, quia non inducit rationem diuersitatis, itẽ hic actor fuit reus in iudicio pœnæ,& in iudicio principali de quo agitur fuit actor,sicut in illa lege. ideo tertio modo exponebat Ias. & dicebat quod ibi qs habet in sua persona actionem,& aliam ex persona fratris,& non uidetur renuntiare,&sic actiue,hic uero fratres diuidendo uidentur renuntiare,& sic passiue,quæ expositio nihil etiam affert, & nullam rationem continet,&ideo hæc solutio omnimodo reiicienda est,quia nec glo. semetipsam intellexit,ut patet ex tanta uarietate ipsius. Quare concludas quod dicta l.qui cum tutoribus habet illos tres intellectus cumulatiue secundum uaria præsupposita. primus tamẽ uerus est confirmatus cum septimo, & text. noster habet tres intellectus, & ille uerus est quod hic male fuit iudicatum,& ideo concordat secundum omnes solutiones.

75 Vlterius†Bar.opponit de lege tres fratres. supra de pact.ubi transactio nõ porrigitur effectualiter ad pecuniam auream, & sic porrigitur ad fideicommissum. soluit quod hic fuit male iudicatum,& ideo concordat.Tu uero dicas,quod imo contrariatur huic tex.in utroque intellectu, ex eo quia ipse uult quod ex uirtute uerborum fuerit transactum de ipsa pecunia. Vnde contradicit hic tenẽdo quod sit male iudicatum,quia hic nõ trahitur,item dum postea uult ille tex. quod trahatur ad pecuniã auream uirtute replicationis,contradicit intellectui quod hic fuit male iudicatum, ideo tu aliter solue dicendo quod ibi transactio fuit facta super iure de præsenti, quoniam illa pecunia erat de hæreditate & ipso iure communis inter fratres, & ideo uirtute transactionis potuit contineri de proprietate sermonis & remitti, sed tamen postea propter dolum cum replicatione reuocatur,sed in tex. nostro fideicommissum erat conditionale, & non potuit contineri in uerbis generalibus,& sic ibi in iure de præsenti,hic in iure de futuro, inter quæ duo est ma-

est magna ratio diuersitatis ut sæpius dictū fuit.

76 Tertio† principaliter opponit Bar. de l. Paulo Callimacho. §. 1. de legat. 2. ubi pater instituerat filiam in certa parte, & ei dederat fideicommissum post mortem fratris, & postea in codicillis dedit certas res, & iussit ut esset contenta de omni hæreditate & de iis quæ reliquerat ex testamēto, & postea in fi. dicit quod per talia uerba non uidetur esse recessum a fideicommisso quod post mortem fratris debebatur, & sic dispositio generalis non trahitur ad fideicōmissum conditionale, quod est cōtra tex. nostrū qui uult q sit remissum fideicommissum. Soluit Bar. quod imo concordat, quia hic idem dicitur ut nō sit remissum fideicommissum, & male fuit iudicatum, & sequūtur communiter doctor. quæ tamen solutio non uidetur bona, quia imo ille tex. determinat contrarium quod sit recessum ab illo fideicommisso dum ponit solutionem simplicem affirmatiuam, in uersiculo respondi, & quamuis postea recedere uideatur, tamen hoc facit ex spetiali causa fauore filiæ ut præferratur hæredibus extraneis, tamen ex proprietate sermonis continet omnia quomodocunque relicta in testamento, propterea alia danda est solutio, quod ille textus loquitur in dispositione testatoris qui sola uoluntate dederat, & sola uoluntate poterat aufferre, & ibi determinatur quod generalitas uerborum cōprehendit omnia in testamento relicta, tamen postea ex coniecturata mente (ne extranei præferrantur filiæ) receditur a significatione uerborum, ex eo quia ibi adhuc ius nullum erat acquisitum uiuente testatore, hic uero tractamus de diuisione facta post mortem testatoris & post acquisitum ius quæ dependet a uoluntate duorum, quo casu uerba generalia non trahuntur ad ius de futuro, ut plene dicemus super quæstione Bar. & propterea nihil facit.

77 Quarto† postea opponit Bar. quoniam conclusum fuit quod hic male fuit iudicatum, & nō est remissum fideicommissum, quia imo uidetur, quod sit remissum, per textum in l. Titius. ff. quibus mod. pignus uel hypothe. sol. soluebat glos. quod ibi agitur de pignore quod sicut solo consensu contrahitur ita & dissoluitur. lege si consenserit. eodem titulo. Secundo soluit Bartolus, quod ibi erat ius de præsenti quod facilius tollitur, hic uero ius de futuro quod difficilius tollitur. Tertiam etiam dat responsionem, quod ille textus loquitur in iure prouenientе ex contractu quod facilius tollitur, hic in iure prouenientе ex testamento quod difficilius tollitur. per legem post diuisionem. C. de iuris, & facti ignorantia, & per legem de iis. ff. de transactionibus. cum glo. magna in fine quæ uoluit illum textum non habere locum in contractibus, & tenuit glo. in lege tres fratres. ff. de pact. Raphael tamen dicebat quod hæc ultima non est bona, ex eo quia in diuisione fratres cogitant de iure ex testamento, & præsumuntur habere notitiam testamenti, ut dicetur super tertia quæstione. Ideo illud ius uidentur remittere æqualiter sicut in contractibus, & data notitia iuris solo pacto remittitur fideicommissum sicut & pignus remittitur, & habetur in l. 1. C. de pact. ideo quarta datur solutio, quod ille textus loquitur in pignore quod est læuis præiudicii, cum eo sublato adhuc remaneat obligatio principalis, ut per Bartolum in lege quæ dotis. ff. soluto matrimon. columna penultima. & fi. hic uero agitur de fideicommisso in totum extinguēdo, quæ solutio nec etiam est bona, quia in dicta lege Titius. tractatur de extinctione pignoris, & obligationis personalis, ideo tu teneas solutionem, quod agitur ibi de iure præsenti quod ex actu de præsenti facilius tollitur, per ea quæ diximus supra, cum iura de futuro non ueniant, quoniam proprietas uerborum illud nō inferat, & ideo sequitur quod si ibi fuisset conditionale non uideretur esse remissum ex natura illius actus, & infertur etiam, quod si in hoc textu fuisset fideicommissum purum illud fuisset remissum ex proprietate uerborum ut dictum fuit super quinta solutione Bartoli, & hoc modo posset saluari opinio eorum qui uolunt quod fuerit bene iudicatum, tenendo quod hic erat purum fideicommissum, & sequitur Paulus de Castro, quia in diuisione ueniunt fideicommissa. lege si qua fideicommissorū. C. familiæ hærciscundæ. dicebat tamen idem Raphael, quod hæc conclusio de fideicommisso puro uidetur dubitabilis, cum tunc uideatur remissum si petatur. argumento legis duobus. de de exceptione rei iudicatæ. & lege quod in diem, de compensationib. & lege si autem. §. primo. de neg. gest. & quia iura prouenientia a testamento non uidentur esse remissa nisi inspectis, & uisis uerbis testamenti. lege non est ferendum. & lege de iis. ff. de transactionibus. Vnde ex mente eiusdem & Rippæ hic determinatur quod per clausulam generalem simplicem uidetur esse remissum fideicommissum purum si diuidentes habebant notitiam fideicommissi, secus si non habebant notitiam, quod etiam ego supra approbaui, sed Raphael tenet intellectum hic, quod imo fuit bene iudicatum, reprehenditur ab omnibus, quia hic non fuit fideicommissum purū, cum textus dicat, egit post mortem alterius, item decisio textus esset de indubitabili. nec ualet quod hic erant uariæ opiniones, quia istud non est uerum ut dicemus infra super sexta oppositione Bartoli.

78 Quinto † loco Bar. hic opponit contra decisionem principalem tex. quæ uult quod pœna sit commissa per sententiam iniquam, & ideo præsupponit quod exceptio opposita in iudicio de petitione fideicōmissi (quod illud sit remissum) discussa in illo iudicio non potest amplius refricari in dubiū in secundo iudicio pœnali. nam in contrariū facit lex uendicantem. cum l. sequenti. sup. de euictio. ubi dicitur quod si debitor euincit, & emptor opponat exceptionem (tu uendidisti) teneris de euictione, poterit agere ex stipulatione duplæ siue etiam quod fuerit reiecta, ergo apparet quod quamuis in primo iudicio sit

discussum de illa exceptione reiiciendo eã, nihilominus poterit postea agẽdo ad stipulationem duplæ dicere quod tenetur de euictione, & sic decisum per exceptionem in uno iudicio potest refricari in dubium in alio iudicio. Soluit Bart. ex mente antiquorum, quod ibi fuit pronuntiatum contra excipientem in fauorem actoris, hic uero fuit pronuntiatum in fauorem excipientis contra actorem, & sic diuersificat casum utrum sit pronuntiatum pro exceptione uel contra exceptionem reiiciendo, tamen non posuit rationem diuersitatis, ideo ut ea appareat ponit theoricã generalem, an quando discussum in uno iudicio per exceptionem potest refricari in dubium in sequenti iudicio, & considerat quatuor casus, Primus est, quando super exceptione cognoscitur summarie, nam tunc non fit præiudicium in plenario iudicio. argumento legis a Diuo Pio §. si super rebus. de re iudicata. & ita intelligit dictum Innocentii in capitulo super spoliatione. de ordine cognitionum. Secundus casus est, quando plenarie fuit discussum super iudicio principali, & tunc non potest amplius refricari in dubium super iudicio accessorio pœnali, ut in textu nostro. sed si esset sequens iudicium æquale uel principalius, tunc posset refricari in dubium. per legem sed si ante. digest. de exceptionibus. Tertius casus est, quando pronuntiatum fuit contra exceptionem in fauorem actoris, & tunc si est causa status seruatur in alio iudicio. lege prima. C. de ordine cognitionũ, ubi glosa nota. dicens esse speciale quando iudicatur in fauorem status, sed si non agitur de fauore status, si sequens iudicium tendit ad idem tunc etiam quod discussum est in primo seruatur in secundo. lege quod in diem. §. primo. ff. de compensationibus. ubi si iudicatum fuit compensationem non obstare quia debitum non est uerum seruatur in secundo iudicio, & amplius non discutitur. Quartus casus est, quando est pronuntiatum super exceptione quæ tendit ad alium effectum, & tunc in secundo iudicio potest de nouo examinari, per dictam legem uindicantem. cum lege sequenti. supra de euictionibus. & sic in effectu reuertendo ad oppositionem soluit contrarium, quod dicta lex uindicantem procedit in diuersis terminis ex tribus qualitatibus. nam hic fuit pronuntiatum in fauorem excipientis, ibi contra excipientem, item hic agitur de iudicio pœnali accessorio, ibi erat æque principale. Tertio hic tendit ad eundem effectum, ibi tendit ad diuersos effectus, per quam solutionem apparet quod solum diuersificat casum non autem ponit rationem diuersitatis, ita quod in effectu solutio sua reducitur ad refugium miserorum, licet docto. non ita plene considerauerint.

79 Nam dum † ipse posuit differentiam, utrum sit pronuntiatum contra excipientem uel in fauorem excipientis, hæc diuersitas non habet rationem differentiæ, neque ipse demonstrat quare propter hanc diuersitatem sententiæ aliud fit in eis, & propterea dicendum est, quod non interest utrum pronuntietur pro excipiente uel contra excipientem, ut est tex. in d. l. quod si in diem. §. 1. de compensationib. ubi lata est sententia cõtra excipientem, & tamen saluatur in secundo iudicio, & idem procedit in l. 1. C. de ordine cogn. quæ non se fundat in spetialitate sed in ratione ordinaria, & est refugium dicere ibi esse spetiale, idem probatur in tex. nostro, quia non fit uis quod fuerit in fauorem rei pronuntiatum, quia imo si fuisset in fauorem actoris pronuntiatum, & reus uellet agere ad pœnam actor se defenderet uirtute rei iudicatæ, & apparet ratio manifesta, quoniam sententia facit ius inter easdem partes contra quemcunque sententia sit prolata, & res iudicata indistincte pro ueritate habetur, & semper militat ratio, quod sententia est altera natura faciens uerum esse quod non est uerum. dicta l. ingenuum. ff. de statu hominum. ideo hæc ex hoc capite non dicitur esse uera.

80 Secundo † Bar. diuersificabat dictam. l. uindicantem. a tex. nostro. quia hic est iudicium pœnale, ibi principale, & quia hic agitur de iudicio pœnali. ibi de principali. nam istud non est uerum, quoniam ibi agitur super iudicio accessorio, cũ stipulatio de dupla sit stipulatio pœnalis & contineat interesse ut ibidem dicitur, sed saluabat Besutius, quod agens ad duplum non contradicebat sententiæ, quia per eam non fuerat dictum quod non teneretur de euictione, sed solum fuit dictum quod non impediret uindicationem rei uenditæ, unde secutus fuit effectus quod res euinceretur, & sic non fuit sublatum fundamentum actionis imo inductum, & ideo concordat sed hæc solutio quamuis sit uera in se non saluat Bartol. & propterea remanet quod hæc differentia non est uera, quoniam hic fuit iudicium pœnale accessorium, & ibi fuit iudicium pœnale etiã accessorium, & sic solutio neque ex hoc capite est uera.

81 Tertio Bartolus † diuersificabat dictam legem uindicantem ab hoc textu, quia ibi agitur ad diuersos effectus hic ad eundem effectum, quæ differentia etiam non est uera, neque ipse declarat qui sint isti effectus diuersi, & in primo iudicio agebatur ad rem, & in secundo ad pœnam, hic etiam in primo agebatur ad rem, & in secundo ad pœnam. unde neque ex isto capite solutio Bartoli est bona, & remanet plena contradictio.

82 Propterea † tu melius & clarius soluas contrarium ex theorica generali sup. tradita in quæstione de arbitrio, ut iste tex. procedat quando super exceptione est clare pronuntiatum declarando ius plenũ habere reũ, quia trãsactũ fuit, sed si sententia non fuisset ita clara & plena nõ procederet iste tex, ut si fuisset absolutus reus simpliciter, uel solũ dictũ fuisset actorẽ nõ potuisse petere, nam tunc quoniam non esset plene discussum super iure exceptionis in alio iudicio iterum posset examinari, & fuit distinctio eiusdem met Bart. in l. Iulianus utrum debitorem. ff. de condictio. inde.

indeb. & sequti fuere communiter docto. ad leg. igitur uendicantem respondetur quod loquitur quando non fuit pronuntiatum super iure exceptionis, sed tantummodo dictum fuit exceptionem non impedire agentem, & non fuit processum ad ulteriora dicendo non tenebatur de euictione, ideo cum super iure exceptionis non esset pronuntiatum, nimirum si potest in alio iudicio refricari, quoniam idem esset in hoc textu si in iis terminis lata fuisset sententia, & ideo sequitur quod si ibi pronuntiatum fuisset actorem non teneri de euictione, & ideo reiecta fuisset exceptio, faceret fidem in alio iudicio, & amplius non admitteretur ad stipulationem duplæ, & hæc fuit intentio Besutii, licet Iason plene non declarauerit.

83 Propterea † apparet quod nulla debet fieri differentia utrum pronuntietur in fauorem excipientis uel contra, uel utrum secundum iudiciũ sit principale uel accessorium, neque an tendat ad diuersos effectus, sed solum debet considerari an super iure exceptionis directo & plene fuerit pronuntiatum, & tunc facit fidem in quocunque iudicio inter easdem personas, an uero non fuerit pronuntiatum super iure exceptionis, sed adhuc illud remaneat indecisum, & tunc in quocunque iudicio sequenti poterit uentilari, & hæc distinctio de directo probatur in dicta lege quod in diem. ubi si reiecta fuit exceptio compensationis remanet debitum super quo nouum iudicium fieri potest, si uero dictum fuit quod non sit admittenda compensatio quia nullum debitum extabat, tunc seruabitur in quocunque iudicio, quoniam pronuntiatum fuit super iure exceptionis, quod no.

84 Circa autem † theoricam Bartoli adhuc etiam insistendum est, & prima est eius cõclusio, quod ubicunq; summarie est pronuntiatum super exceptione de nouo potest cognosci super iudicio secundo per dictum. §. super rebus. & Innocenc. in cap. super stipulatione. de ordine cognition. & sequuntur omnes* quia non plene constat de iure exceptionis, & ampliatur procedere siue sit proununtiatum siue non sit pronuntiatum super exceptione, ut quia non fuit admissum. lege penultima. digest. qui sunt sui uel alieni iuris, & lege si quis alteri. §. siue parens. ff. de liberis agnoscend. & Bartolus in lege prima. C. de ordi. iudi. & hic per Rippam, declarando tamen quando præcessit summaria cognitio respectu ꝓbationum, secus si respectu modi probandi, ut in causis summariis, in quibus fit plena probatio, iuxta clemen. sæpe. de uerborum significatione, secundum Barto. in dicta lege penultima. & Abbas consilio 50. libro primo. & Decium consilio 96. uiso puncto, & quomodo cognoscatur causa summaria tam respectu procedendi, quam probandi declarat Barto. in extrauaganti ad reprimendũ in uerbo summarie. & hæc coclusio omnimodo est uera, quia concordat cum præcedenti theorica statim tradita, & non distinguitur an sit in fauorem excipientis uel contra eum pronuntiatum.

85 Secunda est conclusio † Bartol. quod quando pronuntiatum fuit plenarie in fauorem excipientis quod seruatur in iudicio accessorio per istum textum. & lege ex diuerso. §. primo. de rei uendicatione. sed huic conclusioni dicunt doctor. obstare dictam legem uendicantem. super solutione laborant, tu dicas obstare omnia quæ posuerunt doctor. in dicta quæstione de arbitro, & concludas quod hæc resolutio est uera quando super iure exceptionis directo fuit pronuntiatum, secus autem quando directo non fuit super iure exceptionis pronuntiatum, sed tamen hæc conclusio ampliatur procedere etiam quod sit iudicatum pro excipiente. dicta lege quod in diem. §. primo. de comp. & dicta lege prima. Codic. de ordine cognition. Item ampliatur procedere etiam quod tendat ad diuersos effectus, quicquid dicant inuolute hic Rippa & alii.

86 Tertia † est conclusio, quod ubicunq; iudicatũ fuit in fauorem excipientis & sequitur iudiciũ æque principale uel principalius, & tunc cognoscitur in alio iudicio. lege sed si ante. ff. de exceptionibus. per quam conclusionem uidetur limitare Bartol. textum nostrum ut non procedat quando sequeretur aliud iudicium principale, quod tamen falsum est, & habetur in dicta lege si ante. totum contrarium, quia si primo est discussum de proprietate postea discuteretur de seruitute non possit amplius tractari de dominio, & sic sua distinctio non est uera, ideo responde ad illum textum, quod ibi in primo iudicio non fuit plene discussum de dominio, quia cum illud dominium ueniret incidẽter sufficiebat probare dominium per solam possessionem, ut ibi dixit Bart. & habetur per glo. in l. sicuti. §. si quæratur. ff. si serui. uendi. & propterea sequitur quod ibi nõ fuit plene discussum de dominio, nimirum si postea cognoscit de nouo plenario iudicio, & sic continetur sub generali limitatione sup. data ad istum textum. ideo secus esset si plenarie esset cognitum de dominio. l. fundum. ff. de euictionibus. & hic etiam sentit Rippa, unde apparet quod Barto. in tota hac theorica nõ penetrauit medulã difficultatis.

87 Quarta † est conclusio, quod ubicunque iudicatur contra excipientẽ in causa status tunc facit fidem in alio iudicio. dicta. l. prima. C. de ordine cognitio. & facit exceptionem rei iudicatæ in iudicio pœnali, & accessorio & etiam principali per legem ingenuum. ff. de statu hominũ. & l. 1. & quarta. ff. de libe. agnoscend. & rationem assignant docto. ibi quos uide si placet. Tamen ego puto quod ille text. procedat generaliter, quia non se fundat in aliqua ratione spetialitatis, & ideo generaliter ex illo tex. colligitur, ꝙ quando opponitur aliqua exceptio præiudicialis actioni intentatæ non est necessarium iudicare sup illa exceptione sed sufficit iudicare in causa principali, quia tacite uidetur pronuntiatum super exceptione & in consequentiam, quæ tamẽ

conclusio procedit quando aliter actio intentata sine reiectione exceptionis non posset habere effectum, quoniam tunc uidetur pronuntiatum tanquam sit necessarium antecedens, & seruatur in alio iudicio, & ideo uidetur colligi ex illo textu una magna ampliatio ad textum nostrum, quod tacita sententia lata super exceptione in consequentiam principalis causæ facit fidem in alio iudicio æque principali uel accessorio ut amplius non debeat examinari, nisi dicamus ꝙ sit spetiale in causa status ut hæc sentētia tacita faciat fidem in alio iudicio ut non posit amplius refricari in dubium quando principalis sententia transiuit in rem iudicatam, sed in aliis casib. non sufficit illa tacita sententia quamuis principalis transiuerit in rem iudicatam, quoniam poterit in alio iudicio refricari in dubium, & hoc satis placet ut sit spetiale in causa status super illa sententia tacita prout proprie loquitur materia illius legis, sed si esset pronuntiatum per uerba clara faceret fidem in quocunque iudicio non habita distinctione an in fauorem excipientis uel contra excipientem esset pronuntiatum, & hoc modo potes saluare glo. ibi, quæ faciet ampliationem ad textum nostrum de sententia tacita in causa status.

88 Quinta † est conclusio quod quando sententia fertur contra excipientem parit exceptionem rei iudicatæ in alio iudicio intentato per excipientem ad eundem finem, secundum Bartolum hic, per legem quod si in diem. ff. de compensationibus. sed in contrarium facit secundum Rippam, quia in dicta lege quod si in diem. non uidetur quod agatur ad eundem finem, quia in primo iudicio excipiens agebat ut excluderet actorem, in secundo ut consequeretur solutionem debiti, sed ipsemet respondet quod dicitur agi ad eundem finem quando tractatur de eodem facto licet per diuersa media. lege duobus. ff. de exceptio. rei iudicatæ. sed in lege quod in diem. in utroque iudicio agebatur ut debitum solueretur nam qui petit compensationem dicitur petere solutionem. leg. amplius non peti. ff. rem ratam haberi. Sed hæc consideratio non est bona, quia ibidem in primo & secundo dicto idem esset, sed textus ibi constituit differentiam an sit reiecta exceptio uel sit iudicatum super debito, ergo agitur ad diuersum finem, & propterea dicendum est quod ille textus declarat totam hāc materiam, & legem nostram, ut procedat quando pronuntiatur directo super meritis & iure exceptionis, quia tunc in quocunque alio iudicio seruatur, sed si non pronuntiatur super iure, sed tantummodo reiiciatur exceptio, uel alia ratione sententia non sit certa, tunc non facit fidem in quocunque iudicio quin posit in alio principali uel accessorio de nouo discuti & examinari, & hanc opinionem sensit Bartolus in lege siue autem. §. primo. ff. de negotiis gestis. & habetur etiam in lege prima. & secunda. C. de falsis instrumentis cap. suborta. extra de re iudicata. & declarat Abb. in cap. fin. colum. 6. de iuramento calumniæ. Sed si eueniat quod exceptio debiti liquidi sit reiecta de ipsa autem exceptione in sententia nulla fuerit habita mentio ex eo quod compensatio debiti liquidi fit in sententia ipso iure. lege si constat. C. de compensationibus. dubitat hic Rippa an debeat seruari in alio iudicio, & allegat Bartolum quod sic, in dicta lege siue autem. §. primo. ff. de negotiis gestis. sed ipse tenet contrarium, per regulam quod nō expressa in sententia non transeunt in rem iudicatam ut non posint de nouo cognosci, sed uirtus dependet ab iis quæ ponunt doctor. in dicta lege prima. C. de ordin. cognitio. an sit spetiale in illo tex. in causa status ut sententia tacita transeat in rem iudicatam, uel potius seruari debeat in aliis exceptionibus quę sunt tanquam necessarium antecedens ad principalem causam, sed tutior est opinio quod non debeat seruari in alio iudicio nisi sit sententia certa & expressa.

89 Sexta † colligitur conclusio, quod quando sententia fertur contra exceptionem res iudicata in alio iudicio intentato ad diuersum finem non facit fidem, per dictam. l. uendicantem. cum leg. sequenti. ff. de euictionibus. quam conclusionem ubique tenet Barto. & sequuntur communiter alii. Sed Rippa hic eam reprehendit, quia ibi per secundum iudicium non impugnatur prima sententia, merito illa non potest parere exceptionem rei iudicatæ, & contra eam allegat etiam Alexandrum in dicta lege sæpe. columna 20. de re iudica. per plura ibi allegata per ipsum, qui etiam loquitur de sententia absolutoria, & per hæc decidit Imol. consil. 130. in casu præmisso. & consi. 146. in causa. colum. 3. & ego etiam supra reprobaui hanc conclusionem, quia ibi sententia non fuit lata super iure exceptionis declarando an ille teneretur de euictione, sed solum reiecta seu non admissa fuit exceptio, ut clare dicit ille tex.

90 Propterea † ex omnibus prædictis habes declaratam hanc materiam quam cum tot capitibus inuoluerunt Bartol. & doctor. ubique, sed tamen uere non habet nisi duo capita, & primum est, quando sententia super exceptione lata expresse pronuntiauit super iure exceptionis dicendo partem habere uel non habere illud ius, & tunc seruatur in quocunque iudicio sequenti, siue accessorio, siue principali, siue tendat ad eundem effectum uel diuersum, & ratio est generalis, quia res iudicata pro ueritate habetur, & inter easdem personas facit ius & legem, per nota. in dicta lege ingenuum, & ampliatur procedere etiam in sententia tacita in causa status, per dictam legem primam. C. de ordine iudicio. cum sua glo. Secundum caput est, quando sententia super exceptione non pronuntiauit de iure ipsius non declarando an haberet uel non haberet ius, & tunc semper potest refricari in dubium in alio iudicio tam accessorio quam principali, & hoc potest contingere uariis modis, primo reiiciendo eam simpliciter, ut in dicta lege uendicantem. cum lege sequenti. & in dicta

dicta leg.quod si in diem. in primo responso.Secundo simpliciter absoluendo a petitis, uel pronuntiando super principali tantum,ut in exemplis supra traditis ad tex.nostrum.Tertio quando ius principale ut dominium ex natura causæ uenit in consequentiam, & sufficiunt probationes præsumptiue, iuxta legem sed si ante. ff. de exceptionib.Quarto, quando summarie cognoscitur de dicta exceptione, quia semper in alio iudicio refricari potest in dubium dict.l.a,Diuo Pio.§.si super rebus. Cum aliis supra adductis. plus etiam dicunt doctores, quod probationes factæ in iudicio summario non faciunt fidem in plenario. cap.ueniens.& cap.causam quæ, & ibi Abbas.& glo. ex.de testibus.Bar.in l.secunda. infra ui bonorum raptorum. intelligendo tamen quod sit causa summaria respectu probationum non respectu modi probandi, Bartolus in dicta leg.penul.& Abb in consi. 50. uolum. primo. & Alex.late in dicta.l.sæpe.colum.20. ff.de re iudi. cum similibus & sequitur hic Crotus nume. 26. inferrendo ut per eum.

91 Sexto† contra tex. opponit Bart. quia uidetur quod sententia ista non possit facere committi pœnam,neque seruanda sit cum sit ipso iure nulla tãquam lata ex falsa causa, cũ in iure notoriũ sit,& in facto falsum esset quod esset remissum fideicommissum. per l. 2.C.quando prouo.non est necesse.&.l.qui testamento.ff,de excusatio. tuto. glo.hic uidetur fateri contrarium, & dicit quod sententia elidetur per uiam replicationis,& hoc uidetur tenere glo.hic circa finem.&.l. apud celsum.§.item quæritur.ff.de exceptio.doli. in uerbo profuturam. in fin. sed quia hoc est destruere istum tex.& illa glo.præsupponit sententiam hic esse nullam,postea dicit quod nõ placet,quia sententia ex falsa causa regulariter ualet,& quando est contra ius partis.fallit tantummodo quando interuenit dolus partis.l.si prætor.§. Marcellus. sup.de iudi,ideo Bar. soluit, primo negando ꝙ sic fuerit expressus error,quia tex. non exprimit quod transactum fuerit per diuisionem. Secũdo soluit quod sententia lata contra ius legis ualet quando in aliquo passu sunt opiniones doctor. per legem cum prolatis.supra de re iudica. cum ibi nota. & opiniones docto.faciunt rem dubiã, ut nota.in l.non possunt. supra de legibus. & lege cum de nouo. C.de legibus. & in §. quibus.§. cæteras. in prima constitu. C. & ita residet non bene explicando intentionem suam, ex eo quia ipse non apperit an hic sententia sit lata contra ius legis uel contra ius partis, in principio uidetur sentire quod sit contra ius partis, in fine uero uidetur sentire quod fuerit contra ius legis. & doct. hic non bene apperiunt tamen ego puto quod solutio Bartoli non sit uera, quia illa regula quod propter opiniones sententia fit nulla, ꝓcedit tantummodo quando ipsa est contra ius legis,nam contra ius partis non habetur in consideratione,

92 †In tex.autem nostro non potest dici quod sit cõtra ius legis, quia nulla lex dicebat ꝙ remissum sit fideicommissum quando diuisio fit cum illa clausula, imo potius præsupponitur cõtrarium,attento quod tunc opporteret ut præcise lex diceret quod transactio omnimodo sit facta quando apposita sit clausula nihil se facturos,& ubicunque non essent hæc uerba præcisa semper dicitur esse contra ius partis, ut probat tex.in dicta l.2.dum uult si iudicatum fuerit Sempronium posse facere testamentum qui uere erat minor & probabatur in processu nihilominus si hoc non dixit in sententia dicitur esse contra ius partis, & si dicatur, imo si ius partis dependet a lege ergo semper est contra ius legis,respõdetur non tenere consequentiam, quia quando iudicatur contra ius partis uariatur factum, unde succedit aliud ius,& dum uariatur factũ pronuntiatur contra ius partis, & ideo sequitur, ꝙ solutio Bar. procedere non potest propter uarias opiniones quæ non est considerabilis in ualidanda sententia contra ius partis.cap.cum inter,& cap.suborta.extra de re iudicata. ideo planior est solutio quod hic sententia ualuit, quia fnit lata contra ius partis,& ideo ualuit,dicto c. cum inter.& cap. suborta.& dicta lege res iudicata. de regulis iuris dum dicitur quod habetur pro ueritate ergo non fuit uerum quod est pronuntiatum,& hoc erat notum apud Scæuolam, & ideo fecit decisionem quod sit commissa pœna non obstante iniquitate sententiæ.

93 Circa† uero articulum,an sententia lata ex falsa causa ueleat,constituas duas regulas, una est, quod sententia lata contra ius legis est ipso iure nulla. dicta.l.2.& l.qui testamento.& l.1.§.item contra sacras constitutiones.ff.que sententiæ sine appellatio. rescindan. Ampliatur procedere etiam quando est contra ius municipale. Bar.in dicta l.cum prolatis. Ampliatur secundo procedere etiam quod illa lex habeat aliquas fallentias,quia si casus non continetur in fallentiis dicitur esse contra regulam legis.Matthesi.nota.2. Decius consil. 16. columna prima.& hic Rippa. Ampliatur tertio procedere etiam quando causa falsa sit per relationem ad aliud, Bar.in l.j. C. de errore calculi.Corneus consi.53.pro decisione.lib.1.&in consi.71.super 1.dubio.eodem lib. Quarto ampliatur procedere etiam quod sit cõtra mentem iuris claram.Ias.hic, & est simile in sti.de legitima.patro.tutel.§.1.

94 Limitatur uero† non procedere quando sunt opiniones doctorum circa intellectum illius legis an comprehendat aliquos casus, nam tũc sententia ualebit per iura allegata hic per Barto. & glo.in prohemio.C.in uerbo certas.& no.in cap. cum Bertoldus.de re iudicat. unde sententia cõtra communem opinionem ualet Felyn. in cap. primo.de consti.& contra l.quæ habet uarios intellectus.Bar.in l.in ambiguo.ff.de rebus dub.& l.prima. C.de erro. aduo. quod tamen intellige quando opinio contra communem esset multum ualida, sed si esset intellectus unius tantum seu multum clare hæc opinio esset reiecta tunc non posset dici legem esse dubiam. argumento insti.de hære.insti.ibi, secundũ Attilicini sentẽtiã

quæ necessario approbatur.

95 Secunda est † regula contraria, quod sententia contra ius partis lata ualet, & continens expressum errorem in facto, ut probatur in l. nostra secundum communem intellectum, & in d. ca. cum inter. & c. suborta. de re iudi. & d. l. res iudica. & l. ex diuerso. §. 1. supra de rei uendi. & l. ingenuum. ff. de statu homin. Ampliatur procedere etiam quod ius partis dependeat a lege. dicta. l. cū pro latis. nam uere non dicitur contra legem secundum alium intellectum. & est ratio, quia (ut dixi) uariatur factum, & ex uarietate facti nascitur uarium ius. l. si ex plagiis. §. in cliuo capitolino. ff. ad legem Aquiliam. & probatur in terminis in dicta. l. secunda. C. quand. prouo. non est neces. & dicta. l. 1. §. item contra sacras. Limitatur non ꝓcedere quando falsa causa contra ius partis esset expressa a iudice ptopter dolum aduersarii, nam tunc erit nulla, uel saltem annullanda per exceptionem doli. dicta. l. si prætor. § Marcellus. ff. de iudi. facit lex Diuus. ff. de re iudica. & l. 3. C. si ex falsis instrumentis. ista autem fallentia sublimitatur nisi cum falsa causa esset expressa alia legitima, quia tunc sustineretur ex legitima, quasi illa falsa non fuerit causa finalis. c. per tuas. & ibi Abba. & alii. qui filii sint legitimi. Innoc. in cap. in præsentia. de renuntia. Alexand. hic. Bal. in cō sil. 304. prima ratio. lib. quarto. per tex. in l. fi. ff. quod cum eo. Socci. consi. 164. col. 2. lib. secundo. & Rippa hic, & ista sublimitatio ampliatur procedere etiam quod illa bona ratio implicite cō tineretur etiam quod esset cōtra ius litigatoris, secundum Imo. & Cardinalem in dicto cap. in præsentia. de renuntiatio. & Fely. in cap. 1. & cap. sicut. de re iudica. per quæ apparet quod Rippa hic & etiam Crotus confundunt post Barto. has duas regulas.

96 Septimo † opponit Bar. contra secundum notabile glo. quod hic pœna exigatur, de lege rescripto. §. si pacto. supra de pact. glo. fatetur contrarium, & dicit quod hic obstat exceptio, & non negauit Scæuola. qui solum dixit quod committitur. pœna. Secundo soluit Bartol. quod hic fuit clausula (rato manente pacto) iuxta legem qui fidem. ff. de transactio. Tertio soluit, quod hic pęna excedebat ipsam rem. iux. legem si quis a socio. supra pro socio. & l. prædium. ff. de actionib. emp. quæ omnes solutiones uidentur dubiæ, quoniam continent diuinationem, nam quod hic obstet exceptio est diuinare, quoniam uerba intelliguntur cum effectu. leg. 3. §. hæc uerba. ff. quod quisque iur. Secunda solutio etiam est diuinatiua, quia dependet a facto, & facta non præsumuntur. Tertia similiter est diuinatiua, quia tex. simpliciter loquitur, & cum effectu debet intelligi, dicto. §. hæc uerba. tamen omnes istæ solutiones ex alio capite possunt saluari, ex eo, quia clarum est quod si uere esset contrauentum non possunt habere & rem & pœnam simul, per nota. in dicto. §. rescripto. cum materia. ergo sequitur quod sicut quando est uere contrauentum non posset utrunque haberi, eodem modo nec quando est ficte contrauentum, quoniam plus non operatur ueritas, quam fictio. lege filio quem pater. supra de liberis & posthumis & uidetur quod prima solutio neglecta a Barto. sit uerior quod obstabit exceptio, & probatur in leg. uendicantem. ff. de exceptio. ubi textus uult quod alternatiue competat retentio rei per exceptionem elisa intentione, uel competat actio ad stipulationem duplæ, utrunque autem simul habere non potest, ergo eodem modo si utitur exceptione non poterit habere actionem ad pœnam tantummodo electio dabitur, unde succedit postea quod non competet actio ad pœnam nisi sit clausula (rato manente pacto) uel quod pœna excedat rem, ita quod solutiones Bartol. sunt portio primæ solutionis & dependent ab ea quæ uerior uidetur.

97 Potest tamen † dici quod hæc difficultas non militat in hoc text. quia hic non tractamus de retentione rei & pœnæ, sed de stipulatione amplius non peti uel amplius non agi quæ concurrit cum retentione ipsius rei, cum pœna exigi possit ex hoc solo quod sit lis contestata. leg. amplius non peti. ff. rem ratam haberi. & pœna in dicta stipulatione apponitur propter solam inquietudinem ut non moueatur controuersia, & cogatur ire ad præsidem prouinciæ, & ideo facta molestatione desinit habere quietem, & per consequens exigere poterit integram pœnam, de quo tamen plene habetur per docto. in lege quarta. §. Cato. supra eodem. dum tractant de stipulatione amplius non agi, ubi ego in specie examinaui, quia non defuerunt qui dicerent regulam. §. rescripto. habere locum etiam in stipulatione (amplius non agi) & glosa in dicto. §. rescripto. uidetur sentire. Ideo si tu tenes opinionem quam ibi firmaui iste textus procedit sine difficultate. si uero tenes aliam partem, tunc recurras ad solutionem supra traditam. summa tamen omnium hæc est, quod iste textus intelligitur ut procedat in omnibus casibus in quibus si uere fuisset contrauentum possit agi ad pœnam, quod non curauit exprimere Scæuola tanquam notum, & a subiecta materia dependeret.

98 Octauo † opponit Bartolus, quod iste textus non potuerit procedere, neque potuerit ferri sententia super exceptione, quoniam statim quod facta fuit litis contestatio nouatum fuit ipsum ius excipiendi & remansit sola actio ad pœnam, per legem obligationum fere. §. finali. supra de re iudica. & l. ita stipulatus. in fine. supra eodem. ad istud contrarium Bar. respōdet remissiue ad dicta per eum in dicta. l. ita stipulatus. in contrariis ultimæ partis, ibi autem ipse in oppositione ultimæ partis per tres columnas prosequitur hanc materiam, & dicit quod non fit nouatio obligationis, & iuris principalis, quando est ex causa onerosa ut ibi per eum, uersicul. & erit octaua, & uersiculo quarto oppono. dicit quod hæc exceptio, & obligatio est ex causa onerosa. unde non fit nouatio, & utrun-

& utrunque haberi poteſt. Tu autem adde tex.in terminis in dic.l. uendicantem. qui expreſſe uult quod competat exceptio plene uſque ad ſententiam,&poſt ſententiam cum habeat electionem, & nihilominus poſsit agere ad ſtipulationem duplæ quæ eſt loco pœnæ, ideo tu uides quod in dicta l.uendicantem. ponitur ſolutio ad hæc duo ultima contraria Bar.

99 Vltimo † poſtea glo.colligit ex hoc text.quod cauſa eſt exprimenda in ſententia, ſed uere non probatur,quia licet hoc faceret iudex, tamen nõ ſequitur,ergo tenebatur,& regula conſtituitur in contrarium,quod non ſit exprimenda,capit.cum inter & c. ſicut nos. de re iudica.Bar.poſt glo.in l.2.§.Ignominiæ.ff.de iis qui not.inf. imo fatuus reputatur iudex qui exprimit cauſam,quia poſſet faciliter annullare ſententiam ut hic per Iaſ. Rippam & Crotum in ultimo no.late examinantem. ſolum autem erit neceſſaria expreſsio ad alium finem, ut ſententia reddatur certa, ita ꝙ poſsit dici iudicatum fuiſſe ſuper iure exceptionis,cum ſi non eſſet expreſſa cauſa non diceretur proprie iudicatum ſuper iure propter dubietatem,& ideo remaneret ut poſſet in ſecundo iudicio refricari in dubio,ſecundum theoricam traditam ſupra in quin. oppoſitione. & hac de cauſa poteſt dici quod hic de neceſsitate fuit expreſſa cauſa,& data fuit hæc forma ſatis ſupra in præmiſsis & in declaratione gloſſ.& hæc de contrariis ſufficiant.

Reſolutis contrariis cognoſcens Bartol.quod materia remanebat inuoluta ipſe formauit treſdecim quæſtiones ordinate materiam declarando.
100 & Primo quærit † an per ſimplicem diuiſionem ſeu ex ſolo actu diuiſionis ſit remiſſum fideicommiſſum, & ponit duas opiniones, unam negatiuam, quod nullo modo ſit remiſſum. Aliam refert quod non ſit remiſſum uere ſeu directo,ſed uideatur pro parte per indirectum remiſſum, quia in parte quam ſuperueniens petit tenetur de euictione, & refert totam opinionem Azo. circa effectum diuiſionis fundatam in mero rigore iuris, quam ſupra ſæpius retulimus, & in ea Azo. facit quinque præſuppoſita, quæ omnia ſunt falſa. Primo præſupponit,quod hic ſit remiſſum fideicommiſſum pro parte, quia tenetur de euictione, hoc autem eſt contra text,qui dicit quod eſt remiſſum in totum, & quod ſimpliciter eſt remiſſum, non autem quia teneatur de euictione. Secundo præſupponit quod cohæredes facta diuiſione res ſibi obuentas partim habent iure alieno ex titulo diuiſionis, quod etiam Bar. dicit eſſe falſum, quia imo facta diuiſione cohęredes totam portionem ſuam habent iure pro-
101 prio, quia res ſibi date ſubrogantur loco rerum datarũ per ipſum & fit compenſatio. † Quia in uniuerſalibus una res ſuccedit loco alterius.l. imperator.§.fi.& l.ſequenti.ſupra de leg.ſecundo.& l.ſi rem & pretium.ff. de petitio.hæredita.maxime in quotis.l.quid ergo. la ſecunda.de leg.primo.& l.deducta.§.numis ſupra ad trebellia. cum glo.magna in fin.& l.1.§.penul.cum ſequenti.ſupra ſi pars hæreditatis petat. & hoc confirmat,
102 quia nedum hoc procedit in uniuerſalibus. † Sed etiam in particularibus, ut per diuiſionem illa pars habita ſubrogetur loco alterius partis traditæ in obligatione perſonali, ut dicit tex.in le. apud Iulianum.§.ſi conſtat.ff.de actio. empt. ſed in fideicommiſſo eſt actio perſonalis tempore diuiſionis donec ſit facta reſtitutio.l.Reſtituta,& l.facta.ſupra ad trebelli. ergo res data a cohærede ſubrogatur loco rei traditæ, & propterea remanet quod unuſquiſque frater poſt diuiſionem dicitur omnia bona ſua obtenta in diuiſione habere iure proprio, & omnes obligationes deſcendentes ex teſtamento dicuntur remanere in illis rebus ſibi obuentis in diuiſione,& per conſequẽs omnia bona in diuiſione obuenta remanẽt obligata fideicommiſſo,non autem aliæ partes cohęredibus traditæ,

103 Quarto † etiam præſupponit Azo. quod frater tradens partes ſuas in diuiſione teneatur de euictione ut non poſsit petere amplius ipſas res iure fideicommiſsi, nam etiam iſtud eſt falſum, ex eo quia procedit tantummodo de dependentibus a facto proprio, non autem de dependentibus a teſtatore, quia nullus eorum tenetur de euictione, quoniam adeundo hæreditatem uidentur inter ſe quaſi contrahere. & inuicem promittere obſeruare.§.hæres.inſti.de obligatio.quæ ex quaſi cõtractu naſcuntur.& habetur. in l.ſi a me. ſupra ad l.falci.quod etiam procedit in particularibus, ut non teneatur de euictione cauſata a facto authoris ſui.l. fundum. ſupra de euictionibus. & l. licet placeat. ſupra de dote prælega.

104 Quinto † præſupponit Azo.quod frater ſuperuiuens non poſsit petere integras res cohæredis grauati, ſed debeat petere æſtimationem rerum ſibi obuentarum in diuiſione. iuxta.l. ſi uendideris.de euictio.quod ſimiliter falſum eſt, quia partes obuentæ fratri creditori liberantur ab illa obligatione,& partes traditæ cohæredi debitoris ſubrogantur loco aliarum, & incipiunt eſſe obligatæ,ut ſolæ res obuentæ fratri debitori dicantur eſſe obligatæ. item etiam & aliud præſupponit Azo. quod per diuiſionem remiſſum ſit fideicommiſſum pro parte, quod eſt contra eius uerba, qui imo uult quod totum fideicommiſſum hæres creditor poſsit petere, licet ſuppleret per eſtimationem partis ſibi obuentæ, quas omnes reprobationes confirmant & ſequuntur communiter docto.&poſuit Iaſo.ſupra ſuper declaratione glo.ideo Barto.facit duas concluſiones notabiles, unam quod frater creditor agit contra fratrem ſuper bonis ei obuentis tantum, & ſufficit una actio & non duæ ut præſupponebat Azo. Secunda quod fratres inter ſe diuidentes non tenentur de euictione circa ea quæ ſunt a teſtatore diſpoſita,ut hic per eum.

105 Propterea † ex prædictis habes reſolutionem principalis dubitationis,quod per ſimplicem diuiſionem non remittitur fideicommiſſum per iſtum textum ſecundum communem intellectũ a fortiori, & per tex.in l.cum pater.§. hæredita-

tem.2.ff.de leg.2. & l. si a substituto. in principio.ff.de leg.primo.& l.4. ff.ad l.falci.ubi emens uel alio modo accipiens rem sibi relictam sub cõditione sibi nõ præiudicat, & addit Paulus, quia actus unus non infert ultrã seipsum nisi ex necessitate sequatur.l.fin.C.ne uxor pro marito.hęc tamen iura possent euitari, quia tex.noster recipit alium intellectum quod sit facta remissio,& tex. in dicto.§. hæreditatum . loquitur de fideicommisso relicto extraneo, cuius actionem non potuerunt hæredes per diuisionem aufferre. le. Stichum.in fin.ff.de nouationib.& ita tenent ibi Raphael. & Albericus,& dicunt esse meliorem intellectum.similiter tex.in di.l.si a substituto.loquitur de emente per ignorantiam. & l. huiusmodi. §. qui seruum eod.tit. & illa ratio Pauli non concludit,cum diuisio sit actus perpetuo dans dominium & possessionem , & uidetur inferre remissionem iuris impedientis perpetuam retentionem.arg.l.si uendideris,& l.Titius.ff.quib. mod. pig.uel hyp. solui.

Tamen omnes doctor. tenent dictam conclusionem Barto.per istum tex.recte intellectum, & per tex.in dict.l.a substituto.iuncta glos.quæ dicit non interesse an scienter uel ignorãter emat, & probatur in d.l.4.ff. ad l.falci. ubi erat sciens, & ratio Pauli de Castro concludit, quia diuisio dat perpetuum dominium ex iure institutionis, & non se extendit ad alia iura,& pro hac opinione consuluerunt multi docto.quos refert hic Rippa, & ampliatur per Alexand. in consil.21. uiso compromisso.lib.5. procedere etiam in iure emphyteutico & feudali competenti iure inuestituræ ut non uideatur esse remissum,per tex. in c.1. de na.succes.feud.& c.1.§.si Titius.si de feud.fuer.contro.& tenuit Cur.in consi. 68. antiquissima, col.19.& hic Rippa.

106 Ampliatur † secundo & notabilius procedere etiam quantum ad fideicommissum purum ut illud non uideatur remissum secundum Decium licet dubitatiue in cons.79.mouet dubitationem. lib.2. quia in dubio non est capienda coniectura donationis.l.cum de indebito.ff.de probatio. & l.Proculo.eodem tit.cum gloss.in l. liberti.§.1.ff. de adim.leg. quæ declarat dictam l.Proculo procedere tribus concurrentibus,& sequitur hic Rippa, quia diuisio non fit ut augeat ius diuidentiũ sed solum ut recedatur a cõmunione. l.si non sortem.§.si centum.ff.de condi.ind.

Limitatur non procedere quando est dictum quod diuidentes retineãt bona pleno iure, quia uidetur remissum fideicommissum secundũ quosdam adducentes no.per Ang.&Paulum in l.si mater.C.ad tertulianum. sed Crotus reprehendit, quia illa uerba, pleno iure, non concludunt ius conditionale.l.generaliter.§.fi.ff.qui& a quibus. ubi seruus legatus sub conditione dicitur pleno iure spectare ad hæredem, significat enim quod pertineat res quantum ad dominium & usumfructũ.l.fi.§.similiq; modo. C.de bonis quæ lib.& auth.hæc usus præstatio.C.de sacr. sanct. ecclesi. Putarem tamen quod si esset dictum, nihil iuris sibi reseruantes,quod tunc uideretur remissum fideicommissum purum, cum perpetuo nec ad tẽpus posset retinere. argum.§.actio.insti.de loca. posset etiam dici quod uerbum, pleno iure,comprehendat fideicommissum purum, cum text. in d.l.generaliter.§.fi. loquatur de iure conditionali non de presenti iure,& si hodie potest cõueniri ad fideicõmissum nõ uidetur pleno iure habere.

Secundo limitatur quando diuidentes inuicẽ promiserunt de euictione, quia uideretur remissum fideicommissum. per dictam l. uendicantẽ. ff.de euictionibus. Sed Crotus merito reprehendit, quia illa euictio uidetur promissa secundum naturam actus, ut si euincatur ex facto ipsorum cohæredum extra hæreditatem secus per hæreditatem,ut hic per Barto.per l.si ante. ff. ad l.falcid.& probatur in dicta.l. hæredes.ff.famili. herciscun.§.penul. ubi omnes diuidentes semper debent promittere de euictione,& tamen non fit remissio per istum textum per quem limitatur dict.l.uendicantem.Aliam ponit Alex.cons.109. uiso processu.col.2.lib. 4.per tex.in l.si tibi.C.de euict. Aliam posuit Aretin. consil.30. Cur. consilio 60.col.6.& alia habetur in l.fi.C. de euict. & hic per Rippam.

107 Alia † colligitur conclusio, quod grauatus de restituendo si est extraneus retinet trebellianicam, & si est filius retinet duas quartas, legitimam & trebellianicam, sed Bartol. dicit forte, quia si est fideicommissum purum non detrahitur nisi una quarta, ut habetur in di.l.leg.filium quem habentem.C.famili.herciscund. & l. Papinianus.§. meminisse.ff. de inoffi. testament.& le. quamquam. C. ad l.falcidi.& habes etiam unum aliud,quod filius non potest grauari in legitima per fideicommissum reciprocum, & tenent Iaso. Bald.Barto.& Salyc.in l.si pater puellæ.C.de inoffic.testament. & est bona ampliatio ad l. quoniam in prioribus.eodem titulo. Nunquid autem ascendentes possint detrahere duas quartas uariauerunt doctor. & communis * est opinio quod non, quia non reperitur iure decisum & tex.in c.Raynaldus & c.Raynutius de test.nõ loquitur de ascendentibus. & uoluit Alex.in l.in ratione.§.quod uulgo.ff.ad l.falcid. Ang. autem & Cro. hic tenuerunt contrariũ per rationes hic adductas. sed tu uideas latissime per Mod. & nouissimos in dict. c.Raynutius.& c.Raynaldus de testam.quia nihil ad nos.

108 Secundo † quærit Barto. an per diuisionem super qua diuidentes apposuerunt clausulam uniuersalem simplicem, nihil se facturos contra diuisionem, uel promittẽtes eam ratam,& firmam habere & in nullo contrafacere uel uenire,uideatur remissũ fideicommissum, & ipse refert duas opiniones Rog.&Hugoli.quæ fecerunt duos intellectus ad tex.nostrum,& una fuit affirmatiua, quod sit remissum, & per consequens quod hic fuit bene iudicatum,Alia fuit negatiua,quod nõ fuerit remissum, & quod hic fuerit male iudicatum.Barto.tamen tenet hanc ultimam, quod nõ sit remissum fideicommissum, & quod hic fuerit male

male iudicatum, & eam probat per septem rationes quæ tamē debiles sunt & possunt euitari.

Nam primo probat per regulam, quod stipulatio apposita super actu uel contractu regulatur secundum naturam ipsius. l. si stipulatus. de usur. & l.si legati serui nomine.ff. de leg.1.& l.j. §.bellissime,& §.sub conditione.sup. ut leg. nomine cauea.& l.damni infecti quidam.ff.de dān. inf.cum multis aliis cumulatis per Ias.in rub.supra eodem.col.fin. sed ad istam rationem potest responderi, quod procedit quando actus est iam perfectus,ubicunque uero actus non est perfectus regulatur secundum naturam propriam l. lecta. ff.si cert.pet. & est articulus dubius difuse examinatus ab utraque parte in dicta Rubr. ubi multi casus referuntur in quibus seruat naturam propriam, & hæc interpretatio debet fieri in isto casu,quia fideicommissum est reciprocum & continet uotum captandæ mortis,& faciliter remittitur.l.de fideicommisso.C.de transactionibus. & nemo potest decipi.l.si pater puellæ.C. de inoff. testam.facit tex.in l.si quis in graui.§. utrum.uer si.si quoque. supra ad Sylleianum.& l.hoc modo. ff.de cond.& demonstr.

Secundo adducit Barto. quod de proprietate sermonis hæc uerba; non uenire contra diuisionem, non continent fideicommissum, quoniam tantummodo respiciunt actum illum diuisionis, & separationis bonorum, & non trahuntur ad fideicommissum quod differt ab illo actu separationis,ergo non uenit.argument.l.damni infecti quidam. in principio, & §. cum parietem.ff. de damno infect.sed respondetur negando quod de proprietate uerborum illius clausulæ generalis non includatur remissio fideicommissi, attento quod non inspiciunt partes illum actum naturalem diuisionis & separationis, sed respiciunt retentionem perpetuam ut non impediatur ex aliqua causa retinere,quæ prohibitio nō potest fieri nisi per actiones & iura petendi, ergo uidentur promittere non uti actionibus uel petitionibus quæ impediāt retentionem bonorum perpetuam, & per consequens uidetur esse remissum fideicommissum tam de proprietate quam intentione partium.

Tertio Bartolus adducit text.in l.fina.§. idem quæsitum. ff.de condi.ind.sed respondetur quod ille tex.loquitur de iure non cogitato neque cogitabili, quia soluens non dubitabat se esse debitorem,& non cogitabat posse habere condictionem indebiti,ideo non uenit,per not.in l.cum aquiliana.ff.de transactioni. in casu autem nostro fideicommissum erat cogitabile,&partes sciebāt esse relictum, merito clausula ad illum poterit trahi,& dictus.§.quæsitum non probat.

Quarto adducit Barto.l.si de certa.C. de transact.ubi transactio facta de re certa non extenditur ad alias res quamuis sit apposita clausula generalis, & probat etiam in simili de diuisione, cum diuisio restringatur ad res communes.l.1.in fi.& l.secunda.ff. famil. herciscund. sicut transactio ad res litigiosas, sed respondetur, ut etiam ibi dixi, quod ille text. procedit in transactione facta super lite, & omnia contenta in ea restringuntur ad ipsam litem,secus in aliis dispositionibus non restrictis ad litem, quia generaliter intelliguntur.l.1.§. generaliter.ff.de leg.præstād. & l.fi.C.de pact.conue.unde glo.in l.emptor.§.fi. ff.de pact.dicebat, quod omnis dispositio generaliter intelligitur excepta transanctione quę restringitur ad contenta in lite tantum,quia fit de lite incerta,ut per glo. magnam ibi in fin. & ego ibi dixi num.18.& postea num.25. disputaui late an trahatur ad omnes causas per quas potest illa res pertinere ad actorem, in diuisione autē non tractatur de restrictione ad res, quoniam omnes diuiduntur, sed solum agitur ut perpetuo firma, & rata sit & non impediatur per aliquam petitionem uel actionem, & ideo sensus est, ꝙ promittunt non intentare aliquam actionem, uel petitionem per quam dicta diuisio firmitatē habere impediatur.

Quinto adducebat Barto. quod clausula generalis restringitur ad specificata si fieri potest salua ratione recti sermonis. l. si pluribus. de solutioni.sed se restringunt ad actum diuisionis ergo non extenditur clausula ad fideicommissa. Sed respondetur quod hic partes fecerunt actum diuisionis, & restrictio tantummodo fuit circa res hæreditarias, non autem circa modos impediendi firmitatem diuisionis,ut perpetuo res pœnes partes remanerent, & illa clausula impediēs uenire contra, includit omnia iura per quæ ille actus diuisionis possit impediri habere firmitatem,& retentionem perpetuam, & facit text. in l.Aurelius.§.Titius.ff.de lib.leg. & tanto magis, quia hæc coniectura est exclusiua odii & uoti captandæ mortis.

Sexto adducebat Barto.glo. in l. tres fratres. ff.de pac.quæ uoluit quod actus non trahatur ad ea quæ dependent a testamento. Sed respondetur quod procedit inter ignorantes,& quoniam requiritur inspectio uerborum testamenti. l. de iis.ff.de transactioni. Sed nos loquimur quando fratres faciunt actum de iure dependente a testamento,nam tunc demonstrant intentionem esse de aliis dependentibus a testamento, & cum diuisionem uelint esse firmam ex iure institutionis præsenti, & postea promittant non uenire contra iam habentes notitiam testamenti, uidentur remisisse etiam fideicommissa impedientia firmitatem & retentionem perpetuam.

Septimo Barto.adducebat. l. Paulo Callimacho.§.1.de leg.tertio. sed respondetur quod ille tex.probat contrarium,quia uult tale fideicommissum esse remissum de proprietate uerborum; sed tamen humanitatis causa ne extranei hæredes præferrantur filię fit ibi illa interpretatio cōtra proprietatem uerborum,sed hic sumus in casu contrario, quia est fauorabile quod fiat interpretatio, ut tollatur uotum captandæ mortis, ideo uidetur remissum fideicommissum, item ille tex. loquitur in testatore antequam ius hæredibus esset quæsitum, hic in hæredibus post adi-

tionem diuidentibus.

Octauo aducebat Alex. rationem, quia clausula generalis apposita ad executionem dispositionis nunquam alterat naturam promissorum. clem. 1. de præbend. Felin. in c. licet in corrigendis. de officio ordin. sed respondetur, quod hic stipulatio non est accessoria sed principalis, quia incontinenti ponitur promittentes nihil se facturos, quæ generalis est, & tendit ad finem ut firma & perpetua talis ratio habeatur, & sic apparet quod fundamenta pro opinione Bar. nõ stringunt, & etiam examinauit Ias. licet aliqualiter cõfuse supra in tertia carta, uersic. pro clara intelligentia.

109 Quare † Rogerius Dyn. Guili. & Angel. tenuerunt quod sit remissum fideicommissum, & mouetur primo per tex. in l. stipulatio ista. uersi. sed quatenus, & uersi. quæsitum. supra eodem. ubi generalis clausula porrigitur ad ius superueniens de futuro. Sed respondet Alex. hic, & per docto. ibi, uersic. sed si forte, quod ibi illa clausula nihil operaretur si non traheretur ad ius futurum, & ideo est casus spetialis ibi. secus autem in casu nostro.

Secundo adducebat istum textum non uiolando literam, & tollendo absurdum, quod iniqua fuerit sententia, nec ualet quod casus esset de indubitabili, quia imo erat dubium propter uarias opiniones docto. Sed respondetur quod imo alius intellectus est uerior & necessarius, quia si uere esset transactum nulla poterat antiquitus esse dubitatio an esset commissa pœna, cum nunquam & olim & hodie dubitatum fuerit quod cõtraueniens promissioni incidat in pœnam, ut late dictum fuit in §. item si in facto. & in §. Cato, & in l. stipulationes. & in l. si insulam. supra eodem. & est plus quam absurdum dicere quod super hoc dubitabatur inter docto. ideo opportet dicere quod non erat transactũ, & sententia fuit iniqua, ut esset probabilis dubitatio.

Tertio adducebatur, quod nisi ista clausula operaretur remissionem fideicommissi esset inutilis & elusoria, ideo non est dicendum, arg. l. si quando. ff. de leg. primo. cum simi. sed respondetur quod satis operatur inducendo remissionem omnium iurium de præsenti quæ possent impedire firmitatem, sicut etiam dicitur in l. si a colono. ideo argumentatio non tenet.

Quarto adducitur fauor remissionis, quia cũ istud fideicommissum sit odiosum debet admitti hæc interpretatio remissionis ut tollatur uotum captandæ mortis. dict. l. si pater puellæ. C. de inoffi. testam. sed respondetur quod per hoc non tollitur quin sit ius de futuro quod non compræhenditur de proprietate sermonis in quantitate uerborum, dic. l. si a colono, & l. cum stipulamur, & sic apparet quod nec etiam fundamenta adducta hanc partem probant, & articulus est disputabilis.

110 Resolutiue † tamen loquendo non est recedẽdum a communi * opinione, per istum text. qui nullum alium bonum intellectum recipere potest, & licet per illam clausulam habuerint respectum ad confirmationem & retentionem rerum diuisarum, tamen intelligitur ex eadẽ causa institutionis per quam posset impediri retentio, & de alio iure de præsenti, non autem potest trahi ad ius de futuro, ut per Decium consil. 86. col. 3. & Cur. consil. 93. & confirmatur ex illa ratione, quia petendo fideicommissum postquam cessit dies non uenit contra diuisionem neq; aliquid facit contra eam, sed dicit eam ratam & firmam esse debere in retentione dictorum bonorũ ex dicta causa, tamen potesta dicit quod superuenit nouum ius propter quod ipse est debitor dare dictas res, nec est repugnantia aliqua tradere rem & possesionem iure diuisionis ex titulo institutionis, & postea illa bona petere ex iure superuenienti.

Vnde constituitur regula, quod per clausulam uniuersalem simplicem non remittitur fideicõmissum conditionale, Ampliatur a fortiori procedere quando est ignotum partibus. item & quãdo illud est fideicommissum ab una parte tantũ, ut hic dicebat Barto. & ampliatur ultra eum procedere etiam quod esset dictum de non contraueniendo ullo unquam tempore, secundum Bar. in dicto. §. hæreditatem. quia non rescindit diuisionem sed petit illam rẽ quæ successit loco partis sibi traditæ quæ subiecta erat, & idem quando est dictum aliqua ratione uel causa. Bald. consilio 92. quia dubia. col. 1. Quinto ampliatur procedere etiam si alter alteri renuntiauerit iura sibi competentia in parte alterius, quia intelligitur de præsenti. Bald. in c. 1. imperator lotha. Sexto ampliatur etiam si nulla alia causa contrauenienda subsit nisi causa fideicommissi, secundum Imo. hic. col. quarta. & licet in contrarium adducatur lex. secunda. ff. de lib. & posthu. & l. fundus qui locatus. ff. de fund. instru. & gl. in l. quamuis. C. de fideicommiss. tamen Rippa hic defendit, quia non dicitur contrauenire diuisioni, ut hic per Barto. & Bald. in dicto. §. hæreditatem, & nõ compræhenditur in uerbis de proprietate, ut per eum. sed tu dicas ut infra super quarta quæstione, ubi post Ias. plenius tangam. Septimo amplaitur etiam quod clausula referratur ad omnia iura in genere, ut per Barto. in dicta l. Paulo Callimacho, & licet illa lex parum faciat, tamen militat ratio quod iura de futuro nõ includuntur in dicta clausula, ut etiam tangetur in dicta 4. quæstione.

111 Limitatur † primo non procedere quando esset aditum quod non posit uenire contra aliqua ratione uel causa quæ excogitari posit de iure uel de facto, secundum Ioan. And. in addit. Speculi. in titu. de testam. §. in primis. uersi. quid si duobus, ut hic per Alex. sed Rippa dubitat, Crotus uero sequitur ex not. per Cyn. in l. si ex maiore. C. de exceptio. ubi uoluit quod soluens partem debiti consequatur liberationem ex toto debito si dixit non uenire occasione alicuius debiti uel cuiuscunque debiti, quia non patiuntur aliquam restrictionem, & confirmat per dictum

ctum Bald. in l. sub prætextu. C. de transactionibus col. fi. qui ponit similem clausulam prægnantem. nam cauendum est a tam profuso sermone. l. fin. in fi. C. de dot. promissio. facit, quia illa uerba, nulla ratione uel causa, excedunt causam diuisionis quæ consistit in sola institutione, & apparet quod considerauerunt alias causas, & per consequens etiam causam fideicommissi, & idem potest dici si sit apposita clausula, nihil iuris sibi reseruantes, quia cum sit dictum aliqua ratione, uel causa, ex talibus uerbis erit etiam compræhensum fideicommissum.

Limitatur secundo non procedere secundum Aret. quando notarius est solitus apponere clausulam etiam ratione fideicommissi præsentis, uel futuri, secundum glo. in l. fin. C. de fideicommissis, per l. quod si nolit. §. qui assidua. ff. de edi lit. edicto. sed Rippa hic repræhendit, quia clausulæ alterantes seu supplentes factum principale nunquam habentur pro appositis. Bald. in rubr. C. de iis quæ in fraud. credito. Barto. in l. illa institutio. ff. de hæredibus insti. item tex. in l. quod si nolit. loquitur de iis quæ solét apponi per partes uniformiter non autem difformiter, quia solennitas difformis seu uariabilis nunquam præsumitur, Bartol. in l. sciendum. supra eodem. ubi late dixi. Alexand. consi. 5. col. 4. uol. 5. & hoc procedit sine dubio quando notarius non apposuit dictionem &c. sed si apposuisset dictionem &c. posset magis dubitari si esset solitus in talib. diuisionibus apponere dicta uerba, etiam iure fideicommissi, tamen puto quod nec etiam contineatur, quoniam consuetudo notarii non potest induci contra uoluntatem partium, & ista renuntiatio depédet a sola uoluntate, & secundum uaria subiecta.

112 Limitatur † & tertio non procedere quando reseruauerunt sibi unum ius fideicommissi, & plura sibi competerent, nam excipiendo de uno uidentur renuntiare de aliis. arg. l. si maritus. C. de procurato. & l. cum prætor. ff. de iudi. & exceptio firmat regulam, & auget in casibus non exceptuatis. l. nam quod liquide. de pen. leg. & no. in l. 1. de reg. iur. ita dicit Crotus se consuluisse in ardua quæstione per dicta iura, & l. Lutius. §. pluribus. ff. ad trebellianum, & confirmat per dictum Dominici & Lapi in cap. qui ad agendum. de procurato in vi. qui uoluerunt ꝙ excipiendo unū de casibus reseruatis uideatur concedere alios similes casus. simile posuit Bald. in l. 1. §. excipiuntur. ff. de feriis. ubi statutum inducens ferias, & excipiens tres casus, uidetur etiā impedire alios casus priuilegiatos. in contrarium tamen ipse adducit tex. fortem in l. generali. §. uxori. de usufructu legato. ubi exceptio quæ fit de re aliqua non ampliat regulam ut compræhendat ea quæ alias non compræhenderentur. facit similis text. in c. in nostra. & ibi Abb. de sepultu. Petrus de Ancha. in c. 2. de off. uic. in 6. qui uoluit quod uicario in commissione generali non concedantur ea quæ solent uenire iuxta capitulum penul. & fi. co. lib. licet excipiat solam collationem beneficiorum.

Idem tenet Areti. consi. 8. abunde. in fi. per l. pen. iuncta glo. ff. quod quis. iur. facit etiam quod uoluit Alex. consi. 31. uisis & acurate ponderatis. in fi. lib. 2. ubi colonus excipiendo unum casum formatum non uidetur renuntiasse aliis casibus insolitis, per l. fistulas. §. frumēta. ff. de contrahend. emp. ipse tamen postea resoluendo determinat, quod uideatur remissum, quia si alios casus uoluisset reseruare expressisset. arg. l. unicæ. §. sinautem ad deficientis. C. de caduc. tollend. & cap. ad audientiam. ex. de decim.

Facit dictum Ioan. de Anania in consil. 22. ad probandum & roborandum. ubi uoluit quod si testator in duobus locis dixit de filiis masculis & in alio simpliciter dixit de filiis, intelligitur uoluisse includere etiam filias fœminas, quia expressisset de masculis. arg. dict. c. ad audientiam. & dic. §. sinautem ad deficientis, ut hic per eum. sed alia opinio uidetur magis rationabilis, ut non uideatur renuntiasse iis quæ non expræssit. arg. l. sed & si quis. s. quæsitum. ff. si quis cautio.

Præterea exceptio compræhendit casus similes. l. ob. es. cum glos. C. de prædi. mino. etiam ꝙ sit taxatiua, tantum, ut ibi per Docto. ergo excipiendo fideicommissum certum uidebitur etiā excepisse similia alia fideicommissa quæ de iure non solent uenire in illa clausula de nihil faciendo, & uidetur magis probabile ut fiat extēsio de exceptione quam quod fiat alteratio in regula contra communem significationem, & hic non tantum non poterit dici remissum, sed potius exceptuatum in uerbis, quod nota pro principio consultationis suæ.

113 Tertio † quærit Bartol. an hæredes diuidentes hæreditatem præsumantur habere notitiam fideicommissi & aliorum contentorum in testamento, attento quod supra conclusum fuit fideicommissum non uideri remissum inter ignorantes, & refert Dyn. tenere quod præsumatur ignorantia, per l. uerius. ff. de probatio. sed in contrarium dicit facere duas glos. una posita in l. cum hæres. in uerbo apertas. & alia posita in l. quidā ita. §. si quis filium. ff. ad trebellia. in glos. magna circa medium, quæ dicit quod ibi erat hæres qui repræsentat personam defuncti, & præsumitur scire ea quæ ipse sciebat, tamen postea ipse ponit tres casus. unus est quando sunt sui hæredes, in quibus dicit præsumi ignorantiam. l. eius qui in prouintia. §. penul. ff. si cer. pet. & arg. l. quæsitum in uerbo si non ignorent. ff. de acqui. rerum domin. & in l. seruus testamento. in uerbo, si sciuerint, de stipul. seruo. quæ uerba demonstrant a contrario quod hæredes possunt ignorare, & intelliguntur quando sunt sui hæredes. Secundus casus est, quando diuidentes sunt hæredes extranei, qui præsumuntur scire, per l. sed & si de sua. de acquir. hæredita.

Tertius casus est, quando fideicommissum fuit relictum in codicillis, nam omnes hæredes tam sui quam extranei præsumuntur ignorare. l. non est ferendus. ff. de transactio. & l. si seruum. §. de illo sup. eo. & hęc fuit sua prima determinatio, quę

tamen erat nimis resoluta & imperfecta, & ideo omnes dictos casus distinxit & limitauit. unde in suis hæredibus dixit regulam esse quod ipsi præsumuntur ignorare testamentum, dicta l. eius qui. §. penultim. Fallit ubicunque se asserunt hæredes ex testamento quia nõ potuerunt adire ni si certi essent de eo. dicta. l. sed & si de sua. quæ etiam loquitur in suo hærede, iungendo cum l. eũ bonis. eodem titulo. Fallit secundo quando fecerunt negotia quæ non possunt expediri nisi inspectis & cognitis uerbis testamenti, ut si soluerunt legata. arg. l. 1. §. primo. ff. quemadm. testam. apperi. uel si fecerunt trãsactionem, arg. l. de iis. ff. de transactionibus. uel si diuiserunt hæreditatem paternam in partes inæquales, quod non potuit fieri nisi per testamentum patris, si non apparet quod inuicem sibi donauerint. Tertio limitatur quando ex aliqua causa extrinseca potuerunt scire, ut quia fuerunt præsentes testamento, uel quia erat fama in uicinia quod erat factũ testamentum in quo ipsi erant instituti hæredes, uel quia erat eis denuntiatum testamentum, quæ tria exempla posuit gl. in l. si tutor peritus. C. de periculo tuto.

In secundo casu de extraneis hæredibus ponit regulam, quod præsumuntur scire, quoniam aliter non possunt esse hæredes. Fallit quando infantes fuissent instituti, & eorum pater adiuisset hæreditatẽ. iuxta. l. si infanti. C. de iur. delib. quæ ignorantia durabit etiam usque ad maiorem etatem nisi aliqua fecerit demonstrantia scientiam. in pupillis uero institutis præsumitur scientia, quia ipsi corpore suo adeunt cum authoritate tutoris. l. potuit. C. de iur. delib. & licet tunc sit parua scientia, tamen postea augetur quando efficiũtur maiores, & ideo adultus potest deponere de iis quæ uidit in pupillari etate. glo. in l. ad testiũ. §. 1. supra de testam. & leg. 3. §. l. Iulia. supra de testibus. & l. notionum. §. instrumentorum. ff. de uerbor. significatio.

In tertio casu de codicillis ponit regulã, quod præsumitur ignorantia ab omni hærede tam suo quam extraneo. dicta l. non est ferrendus. & dic. §. de libello. Fallit quando codicilli sunt uniti cum testamento propter clausulam codicillarẽ. iuxta. l. fi. C. de iur. codicillo. quoniam est necessarium ut uideat testamentum ut sit certus, an ualeat uel non, ergo etiam est certus per eandẽ scripturam de iis quæ continentur in codicillis, & idem etiam esset in casu. l. asse toto. ff. de hæredibus insti. igitur dicit ipse, in suis hæredibus diuidentibus non præsumetur remissum fideicommissum quoniam præsumuntur ignorare, ut in prima regula, Fallit in casibus supra limitatis, dummodo probetur quod ante diuisionem illa negotia fuere gesta inducentia silentium. in hæredibus uero extraneis per diuisionem erit remissum fideicommissum, quia præsumitur scientia. Fallit in infantibus institutis. dicta l. si infanti. sed si agitur de fideicommisso relicto in codicillis, tunc non uidebitur remissum, quia omnes hæredes præsumuntur ignorare. Fallit quando codicilli sunt uniti cum testamento, quia uidebitur remissum ab omnibus illis qui præsumuntur sciuisse testamentum, generaliter tamen præsumitur remissum fideicommissum ab omnibus illis qui fecerunt negotia quæ non possunt expediri nisi inspectis & uisis uerbis testamenti, & hæc fuit sua determinatio communiter in omnibus approbata, tamen aliqua obiiciuntur quæ hic separatim referuntur per Ias.

114 Et prima † est regula, quod in suis hæredibus præsumitur ignorantia, per quam regulam etiã addebat hic Iaso. idem debere dici in aliis coniunctis qui imediate successerunt ab intestato, cũ non sit necessarium quod fiat uel uideant testamentum ut possint succedere, cum semper poterunt allegare se hæredes ab intestato nisi interueniant coniecturæ quæ faciunt præsumi scientiam in suis hæredibus, & hæc conclusio probatur in dicta. l. eius qui. §. penul. dum dicit quod est in necessariis, nam intelligitur de suis qui & necessarii appellantur. §. primo. insti. de hæredum quali. & differt. & licet aliqui uolentes euitare illum tex. dicant quod loquitur de seruis institutis, tamen hoc non potest procedere, quia necessarii non possunt esse hæredes sine testamento, ideo etiam ipsi debent habere notitiam testamenti, ut posint habere hæreditatem & eam diuidere.

Secundo postea Bartol. constituit differrentiã inter suos & extraneos quam differrentiam repræhendit Bald. in dicta l. eius qui. col. penul. dicens quod debet constitui differrentia an sit adita hæreditas uel non, cum ante aditam hæreditatem in extraneo & in suo pręsumatur ignorantia contentorum in testamento, ut habetur in dicta. l. eius qui. sed post aditionem uel immistionem quilibet hæres præsumitur scire contenta in testamento, ut ibi per eum, & tenuit etiam in l. cætera. §. fi. ff. de leg. primo. Alex. consil. 4. uideretur inspectis. lib. 2. item etiam hanc differrentiã inter extraneos & suos reprobant Fulgo. & Paulus in dicta l. eius qui. col. fi. & latius in consilio. 10. quod incipit clarum est in iure, quia extranei hę redes poterant olim adire hæreditatẽ ante apertas tabulas. l. 1. in fi. supra. de iur. & fact. ignor. & hoc generaliter procedit in omnibus institutis tam in totum quam pro parte. l. 1. §. in nouissimo. C. de caducis tollend. ergo non est necessaria scientia, & per cõsequens non præsumitur scire testamentum, & illud non apparet tum uidisse, & sui hæredes antequam immisceant præsumuntur ignorare, & postquam se immiscuerunt habent scientiã sicut extranei, quia redacti sunt ad similitudinem extraneorum. l. nam nec emancipatus. ff. de leg. primo.

Ale. hic defendendo Bar. dicebat ꝙ licet ante apertas tabulas posit extraneus adire, tamẽ nõ impedit eius conclusionem, quia non se fundat in apertura testamenti, sed dicit, ut per aditionẽ posit fieri hæres requiritur ꝙ prius habeat sciẽtiam testamenti per famam, uel per testes testamentarios, uel alium modum, ut sic intelligat se esse hæredem institutum in certa parte pure uel

sub

sub conditione, ut probat glo. in l. is potest. ff. de acquir. hæredita. Iaso. uero dicit quod opiniones contra Barto. sunt ueriores, nam contra eum facit, quia sufficit habere scientiam testamenti, uel per famam in uicinia, uel per testes, uel per literas amicorum. arg. l. de etate. §. fi. de interrogatoriis actionibus. & tenet Bartol. in dicta leg. is potest. col. 9. & comprobat Iaso. per le. cum quidam. §. quod dicitur. uersi. quid enim si solus. ff. de acquir. hæredi. dum ibi fit mentio de uehementi opinione, & ita residet contra Bar.

115 Sed ego puto † distinctionem Bartol. ueriorem esse in terminis suis de diuisione, nã sui hæredes semper inuiti & ignorantes efficiuntur hæredes tam ab intestato. §. sui insti. de hæredita. ab intesta. quam etiam ex testamento. §. sui. insti. de hæredum quali. & differren. unde ad hoc ut efficiantur hæredes non est necessarium scire testamentum esse factum neq; partem institutionis, cũ ipso iure semper efficiantur hæredes, ideo sufficit quod dicant se hæredes, extranei uero non possunt asserere se hæredes neque adire nisi allegent testamentum, & sciant testamentum esse factum, cum sine eo nihil possint prætendere, ideo est opus quod habeant generalem notitiam testamenti ut possint adire, ꝙ non requiritur in suis hæredibus, & cum postea adiuerunt hæreditatẽ, cum sunt effecti domini testamenti, præsumitur quod illud perquisiuerunt, & inspexerunt sine quo nihil habere potuissent, ideo administrando bona hæreditaria & faciendo diuisionem pręsumuntur uidisse ut sint certi de partibus institutionum & aliis necessariis ad plenam diuisionẽ, & sic apparet quod ratio Bart. est uera, & differentia militat, nec obstat dictum Bald. quia ante aditionem bene dixit ut omnes præsumantur ignorare, ut probatur in dicta leg. cum hæres. de lib. leg. nos loquimur post aditionem quando administrant bona, non obstat ratio Raphaelis, quia illa procedit quantum ad actum aditionis, quia in extraneis sufficit generalis notitia testamenti ad adeundum propter finem ut possint transmittere, sed tamen postea quando administrauit præsumitur scientia, ut perquisiuerit & uiderit testamentum, & omnimodo ante diuisionem, quod non requiritur in suis hæredibus.

116 Propterea † dicas quod ante aditionem ignorantia æqualiter præsumitur inter suos, & extraneos, tempore uero aditionis ignorantia præsumitur in suis generalis & spetialis, & in extraneis requiritur generalis notitia, sed spetialis non præsumitur, post uero aditionem quando administrant bona & diuidunt, in suis omnis ignorantia testamenti præsumitur, in extraneis uero omnis scientia tam particularis quam generalis nisi contrarium probetur, ut in suis per illa signa tradita hic per Barto. & in extraneis probetur quod nunquam fuit apertum testamentum, & nunquam habuerunt a notario, nam tunc præsumeretur ignorantia spetialis in extraneis, & scientia in suis.

117 In agnatis † uero dicas quod si asserunt se hæredes ex testamento præsumuntur scire testamentum, quoniam aliter adire non possunt. l. si is ad quem. ibi, agnatus proximus. ff. de acqui. hæredi. sed si asserunt se hæredes ab intestato possunt ignorare testamentum, sed tamen postea eo apparente demonstrabitur administrationem fuisse nullam, quoniam non fuerunt hæredes quamuis fuissent instituti, dict. l. si is ad quem. de acq. hæredit. prope finem, necessarii autem hæredes antequam administrent præsumuntur ignorare testamentum quamuis sint ueri hæredes, quoniã inuiti, & ignorantes efficiuntur hæredes ipso iure. §. necessarii. insti. de hæredum quali. & differrentia. & hoc modo potest procedere text. in dicta l. eius qui. §. pe. ff. si cert. peta. secundum intellectum, quod loquatur de uere necessariis, sed si ipsi administrant hæreditatem præsumũtur semper scire testamentum, quoniam sine eo illam habere non possunt. dicto. §. necessarii. & arg. dictæ. l. si is ad quẽ. & de istis non potest intelligi text. in di. l. eius qui in prouintia. §. penul. sed necessario intelligitᵭ de suis & necessariis, quatenus præsupponit quod ipsi administrabant hæreditatẽ, licet ille seruus ignoraret, & hic uidetur esse uerus intellectus ad illum tex. qui probat tria, quod necessarii hæredes non administrantes præsumuntur ignorare, item quod sui & necessarii ante & post administrationem præsumuntur ignorare, necessarii uero tantum post administrationem præsumuntur scire.

118 Sed contra † omnes dictas conclusiones facit glo. in dict. l. quidam. §. si quis filium. quæ uult ꝙ hæredes præsumuntur scire ea quæ sciebat defunctus, ut in §. sed si quidem. in authentico de iure iur. a morien. præstito. & plus dicit quod nõ permittitur ei ignorare quod defunctus sciuit, sed illa glo. non uidetur uera & contradicit. l. qui in alterius. ff. de reg. iur. & l. uerius. ff. de probationib. quæ dicit quod hæres habet iustam causam ignorantiæ an sit debitum, sed Barto. ibi dicit ꝙ est uerum in iis quæ dependent a testamento, secus in aliis, dicta l. qui in alterius. & nõ semper.

Secundo obstat, quia coniunctus præsumitur scire facta coniuncti, l. de tutela. C. de in integrũ resti. mino. & l. octaui. ff. unde cognati. no. in l. 1. ff. si cer. peta. ut in illa ratione testis sit quia consanguineus est uel uicinus, ergo ex consanguinitate uel uicinitate præsumitur scire testamentum factum & contenta in eo. soluit Alexandr. quod præsumitur scire iura sanguinis & processum naturę, non facta in testamento. uel secundum Rippã præsumitur scire ea quæ habent causam continuam, non autem ea quæ fiunt unico modo, ut no. in dict. l. 1. ff. si cer. petat. uel tertio præsumitur scire ea quæ fiunt palam, non autem ea quæ fiunt oculte, cum testamenta plærunque fiant absentibus hæredibus, & sæpissime eis ignorantibus propter suspitionem. §. ne tamen. insti. de pupill. sub. & sæpe ne prouocent in iram uxores uel alios quibus nihil relinquere uolunt, ut per Bal. in consil. 293. lib. 3. qui dixit quod filius præsumitur ignorare testamentum patris etiam

quod habitet in domo, nisi probetur cōtrarium, uel quod fuerit præsens.

119 Tertio contra † istam cōclusionem facit, quia filii propter abstinentiam efficiuntur tanquam emancipati. l. nam emācipatus. ff. de leg. primo, & l. pro hærede. §. Papinianus. ff. de acquir. hære dita. quoniam immistio tantum operatur in suis quantum aditio in extraneis. l. eū bonis. ff. de acquir. hæredita. ergo sicut in extraneo præsumitur scientia eodem modo & in suo hærede. Respondet Alex. ꝙ sui æquiparantur emancipatis quantum ad hoc ut teneantur adire, & creditorib. satisfacere, sed quantum ad scientiam differrentia est inter suum, & extraneum, quæ respōsio ut hic per Crotum & Rippam non euacuat cōtrarium, unde Crotus respondet per multa uerba, tamen tu responde utsupra quod extraneus præsumitur scire testamentum in genere tempore aditionis, & post administrationem in spetie, sed suus non præsumitur neq; scire in genere neque in spetie, cum ipso iure inuitus & ignorans efficiatur hæres nisi asserat se hæredem ex testamento, quia opportet quod illud sciat, iuxta dictam leg. si is ad quem. ut statim dicetur.

120 Limitatur † hæc conclusio de suo hærede procedere quādo simpliciter asserit se hæredem, sed si asserit se hæredem ex testamento præsumitur scientia secundum Bar. quia est eadem ratio per dictam l. si is ad quem. coniuncta l. sed si de suo. ff. de acquir. hæred. sed contra istam limitationē facit, quia ipsemet Bart. uoluit quod sufficiat esse famam in uicinia quod testator fecerit testamentum, ut per gl. in d. l. si tutor petitus. C. de pericul. tuto. & faciunt no. per Bar. in l. is potest. de acquir. hæred. col. 7. uersi. aut sic fuit certificatus, ubi pōt esse certificatus per literas authorū, sed tu responde quod ibi Bar. non uoluit filium præsumi scire contenta in testamento ex hoc solo ꝙ sit publica uox & fama factum esse testamentū, sed uoluit stante illa fama præsumi quod perquisierit testamentum & uoluerit illud uidere secuta administratione, nec est credibile quod nō fecerit diligentem perquisitionem ut potuerit informari plene de iuribus suis, & una præsumptio tollit aliam. c. afferte. de præsumptio. & Bart. consentit, & inf. dicetur.

Secundo facit secundum Roma. in consi. 404. alias 103. pro decisione propositæ consultationis, in ult. dubio, & Paul. de Cast. consi. 10. dicens quod olim poterat adiri hæreditas clausis tabulis. l. 1. §. fi. ff. de iur. & fact. ignorantia. & gl. in dicta l. eius qui. in uerbo recitatum. & hodie indistincte. l. 1. §. innouisimo. C. de caduc. toll. ergo non erat necessaria illa exquisita scientia ut dicit hic Bar. & sic potest suus prætendere se hæredem, & ignorare contenta in testamento.

Tertio facit tex. in dicta l. eius qui. §. penul. secundum eū. quia in necessariis præsumitur ignorantia post aditam hæreditatem, & tamen non possunt esse hæredes nisi ex testamento. d. §. primo. insti. de hæredum quali. & diff. Ripp. hic defendendo Bar. respondet ad d. l. eius qui in prouintia, quod in necessariis præsumitur ignorantia, quia uelint nolint sunt hæredes & sustinent onera hæreditaria, unde non est opus se informare subtiliter de testamento, quod non est in suis hæredibus qui habent ius abstinendi, quæ respōsio non euacuat totum contrarium, cum requiratur ut sciat pro qua parte est hæres si uult facere diuisionem, & cætera negotia hæreditaria. l. post diuisionem. C. de iuris & facti ignorantia. secundo responde ꝙ Bar. loquitur de testamento nuncupatiuo uel de testamento in scriptis post aperturam, quod præsumitur, si uero testamentum est clausum ante apertas tabulas non præsumitur scire, Crotus uero respondet utsupra.

121 Tu plenius † potes distinguere sicut supra ēt dixi, ꝙ ante aditam hæreditatē, & tpe aditæ hęreditatis præsumitur ignorantia spetialis cōtentorū in testō, & solū præsumitur scientia factū esse testamentum, post uero administrationem præsumitur scientia, quia credēdū est ꝙ ipse pquisierit diligenter testm̄, & uoluit se informare de cōtentis in eo, ut per Bar. in d. l. is potest. de acq. hęreditate. col. 7. uersi. aut hic fuit certificatus, & in effectu uidetur æquiparari extraneo cum hac diffinitione quæ etiam cadit in extraneo.

122 Secundo † limitatur non procedere quando filius soluit legata uel fecit transactionē de legatis, quia pręsumitur sciētia per l. de iis. ff. de trāsac. & l. 1. §. 1. ff. quemadmodum testam. aperiantur. sed in contrarium facit d. l. fi. C. de iureiurā. quæ retorquetur contra Bar. qm̄ aliquando hæres facit transactionē non inspectis uerbis testamenti & licet possit retractari, tn̄ non tollitur quin possit fieri, & sic per d. l. de iis. non infertur scientia ocularis testamenti, nisi per famam uel per literas uel assertionem testium, & facit gl. in d. l. si tutor petitus, ubi præsumitur illa scientia particularis quod sit datus tutor per famam in uicinia, ideo responde aliter, & dicas quod ibi non est necessaria scientia sufficiens nisi probetur ocularis inspectio, ut dicetur infra in sequenti quęstione, cum uerba, inspectis & uisis uerbis testamenti, præsupponant testamentum oculariter uisum & lectum aliquo tpe ut possit haberi cognitio plena eorum quæ ibi disponuntur, & licet sufficiat intellectualis uisura tempore transactionis, tamen opportet quod prius perfecte uisum fuerit testamentum, ut plene ibi dicetur. item text. in d. l. fi. loquitur de transactione facta ab eo qui fatebatur se ignorare testamentum, & ut exoneraret conscientiam testatoris dedit ei iuramentum, tamen quicquid sit, apparet quod scientia testamenti est necessaria ut sit ualida transactio, & habeat perfectionem iuris, & nisi deferatur iuramentū afferendo se ignorare præsumetur semper scire faciendo transactionem.

123 Limitatur † tertio non procedere qn̄ quis per literas uel per famam potest habere notitiam testamenti, quia tunc pręsumitur in suis hæredibus scientia, per gloss. in dicta lege si tutor petitus. Cod. de periculo tutorum. sed resolutio data fuit in præcedentibus, quod hæc fama facit præsum-

præsumptionem de generali scientia testamenti ab initio tempore aditionis, post uero aditioné præsumitur specialis scientia, quia credendũ est quod hæres perquisierit scripturam testamenti, ut plene informetur de iure suo, ut per Barto. in dicta l.is potest. cum quilibet bonus pater familias istud faceret, & in d.l. fina.C. de iureiurand. demonstratur quod solum prodest ad generalé scientiam, & si dicit se ignorare præsumitur quã do defert iuramentum ut exoneret conscientiã.

Quarto limitatur non procedere quando ipsi filii fecerunt diuisionem inæqualem, nam tunc præsumuntur scire contenta in testamento, quia ab intestato æqualiter succedunt, & hæc præsumptio facit ut specialis sit scientia, dummodo non appareat alia causa, ut si renuntiauerunt inter se uel aliquod aliud ostendens ignorantiam, ut delatio iuramenti, d.l.fi.C.de iureiurand.

124 Quinto † limitatur secundum Alexan.& Rippam hic non procedere quando testamẽtum est penes filios, quia præsumuntur habere notitiã, secundum Bal.in auth.qui semel.per illum text.C. de probationib.& in corpore unde sumitur. Rippa intelligit quando filii sunt maiores & administrant, minores uero non præsumerentur legisse. l.quisquis.C.de rescind.uendi. dummodo sit pupillus, adultus uero præsumitur scire, ut hic per Bar.& sequitur Abb.in consi. 19 facti contingentia.in fi.lib.2.& consi.54.in fi.lib.2. Decius in cõsil.767.non excedit.col.1.& hic Rippa. Alias etiam limitationes potes per te addere considerando casus occurrentes per quos quis præsumitur habuisse notitiam testamenti, item etiam considerã do negotia facta per istos hæredes quæ sine cognitione testamenti & plena informatione fieri non solent, & hæc quantum ad suos hæredes.

Secunda est principalis conclusio Barto. quod extranei hæredes præsumuntur scire contenta in testamento si sunt maiores, & idem quando pupilli adiuerunt hæreditatem, ex eo quia non possunt ex alio capite prætendere se hæredes, ideo opportet quod se informent de uiribus testamẽti.l.sed si de sua.ff.de acquir.hæredita.tamen cõtrarium facit, quia omnes agnati & cognati sunt extranei.§.extranei, insti.de hæredum qualita. & differrentia.& possunt prætendere se hæredes ab intestato.toto titul.de legitimis hæredibus, & de successione cognatorũ, & insti.in eisdem titulis; ergo & ipsi debent præsumi ignorare sicut filii. Sed respondetur quod conclusio Barol.procedit in hæredibus non successuris ab intestato, secus in iis qui successuri sunt, quia debet distingui ut supra dictum fuit per l. si is ad quem.ff. de acq. hæreditate.

125 Sed adhuc † contra conclusionem de extraneis uidetur tex.in dicta l.is qui. §.fin.ubi serui instituti post aditam hæreditatem præsumũtur ignorare testamentum, & tamen non possunt succedere nisi ex testamento. Soluit Rippa quod illa diligens requisitio non requiritur in necessariis, quia sciunt se omnimodo obstrictos esse hæreditati quandocunque sint instituti. §.necessarii.insti.de hæredum quali. & differrentia. quæ solutio non est tuta, quia ad hoc ut teneantur ad onera opportet ut sciant ualiditatem testamenti. l. Papinianus.§.fi.ff.de ino.testam.cum gloss. ergo militat ratio dictæ l.sed si de sua, unde melior est solutio quod ille tex. intelligitur quando illi serui non administrabãt, si autem administrassent tunc præsumitur scientia, cum alias iura sua exercere non possint, ut etiam supra dixi. Iterum instatur, quia extranei possunt adire clausis tabulis, uel quando testamentum probatur per famã tantum.d.l.fi.C.de iureiurand. & l.1.§.in nouissimo.C.de caducis tollen. sed responde etiam ut supra dictum fuit, quod in extraneis tẽpore aditionis præsumitur scientia generalis testamenti, tamen postquam administrauerunt præsumitur scientia specialis ut perquisierint testamentũ ut possent habere scientiam plenam iurium suorũ, ut dixit Bar.in d.l.is potest.

126 Propterea † tu facias regulam, quod extranei hæredes post administrationem præsumuntur habere notitiam contentorum in testamento, Ampliatur procedere etiam quod fuerit pupillus tẽpore aditionis.l.potuit.C. de iur.delib. Limitatur non procedere ante aditionem. d.l.cum hæres.de lib.leg.& habetur in dicta l.is qui.§.penul. Limitatur non procedere tẽpore aditionis quantum ad spetialem notitiam, quia solum generalem præsumitur habere. Limitatur non procedere in infante adeunte, quia eius ignorantia præsumitur etiam post aditionem, quoniam nõ habet principium scientiæ, & in hoc differt a pupillo qui habuit principium sciendi aditionem ex testamento.dic. l. potuit. tamen uidetur quod nec etiam ipse præsumatur scire, quia subtilia iuris præsumuntur ignorare sicut & falsam monetam. l.1.C.de fal.mon.sed tamen potest responderi ꝙ ista procederent quando amplius non se immiscerẽt in illo actu, sed postquam ipse pupillus administrauit hæreditatem, & maior factus eam prosecutus fuit propter perseuerantiam præsumitur recordari de aditione, & per consequens scire se esse hæredem ex testamento, & ideo post ea perquisierit diligenter ipsum testamentũ, ut haberet plenam eius notitiam, sicut dixit Barto. in dicta l.is potest col.7.quod tamen intellige & declara ut hic latius per Rippam.

127 Quarta † est conclusio, ꝙ oẽs hr̃des tam extranei q̃ sui p̃sumuntur ignorare cõtenta in codicillis p tex.in l.non est ferrendus.ff. de trans.& l. ferũ.§.de illo.sup. eod.nisi sint codicilli cum testõ connexi, ut qñ in testamento est apposita clausula codicillaris.iuxt.l.fi.C.de iur. codicillorum. nam tunc est necessarium præscire an ualeat ut testamentum uel ut codicilli, dict.l.fi.& uidendo testamentum dicitur propter clausulam uidere codicillos, & acceptando ex codicillis uidetur renũtiare successioni ex testõ, ideo utrunq; p̃sumitur scire, & ratio primi dicti est, quia põt adire hæreditatem, & plene disponere de ea anteq̃ uideat codicillos, & aliunde põt se gerere tanq̃ hr̃s.§.fi.inst.de codicillis.facit tex.in l.fi.§.fi.ff.de

leg.secundo & l. quidam ita.§.si filium.ff.ad tre-
bell.dicebat tamen Iaso. quod dicta lex non est
ferrendus, non probat, quia loquitur in legata-
rio,sed tu dicas quod imo probat per argumen-
tum arguendo a separata scriptura, nam dicit
quod qui uidit partem scripturæ non potest præ
tendere ignorantiam alterius partis connexæ,
sed bene potest prætendere ignorantiam scriptu
ræ separatæ, eodem modo & hæredes quando ui
derint testamentū non possunt prætendere igno
rantiam fideicommissi in eo impositi, sed bene
possunt prætendere ignorantiam fideicommissi
in codicillis positi, quia non habent aliquam cō
nexitatem,dictis iuribus, nisi forsan de eis testa-
tor faceret mentionem in testamento.iuxta.l.as-
se toto. supra de hæredibus insti. fallit in omni-
bus casibus in quibus sui hæredes præsumuntur
scire contenta in testamēto supra late positis, &
ultra eos addit etiam Rippa aliam fallentiam
quod præsumuntur scire contenta in codicillis
quando idem notarius fuit rogatus etiam de co
dicillis,nam est uerisimile quod notarius hæredi
notificauerit codicillos fuisse factos, & propter-
ea præsumitur scientia, tamen hæc præsumptio
est multum debilis, quia facit tantummodo sciē
tiam generalem non autem spetialem prout re-
quiritur in remissione fideicōmissi,& potest esse
quod hæres noluerit accipere neque uidere,præ-
tendens non esse necessarium,& sufficiat sibi testa
mentum ad disponendum de hæreditate,ideo re
quiruntur aliæ coniecturæ supra traditæ.

128 Alius est † etiam casus generalis in quo potest
præsumi ignorantia testamenti inter omnes hæ-
redes, ut quando est testamentum antiquorum
in quo relinquuntur fideicommissa perpetua in
familia, & hæredes alienauerunt bona subiecta fi
deicommisso, uel alio modo sunt fideicommissa
perpetua, uel quādo testator substituit filiis suis
qui moriuntur sine liberis aliquos de agnatio-
ne uel cognatione,& eueniat quod isti diuiden-
tes bona de illis subiectis fideicommisso aliqua
posidebant aliquo titulo, & posita fuit clausula
prædicta, nam per eam non uidebitur remissum
fideicōmissum,sicut nec in aliis casib. ignoratis.

129 Quarto †quærit Bar.hic,quid si clausula de nō
ueniendo contra diuisionem fuerit facta per uer
ba prægnantia,& in ea sit facta mentio de fidei-
commisso debito uel debendo, utrum tunc uidea
tur remissum fideicommissum, in qua quæstione
primo ipse dicit uerba posse formari tribus mo-
dis. Primo dicendo, promiserunt non uenire cō
tra ratione fideicommissi debiti. Secundo dicen
do ratione fideicōmissi debiti uel debendi. Ter
tio habendo testamentum spetiale, ut ratione fi-
deicommi debiti uel debendi ex testamento pa-
terno. In primo casu dicit ipse quod non uenit fi
deicommissum de futuro, quoniam uerbum de-
biti præsentis temporis non trahitur ad futura.
in secundo uero casu potest clausula trahi ad fi-
deicommissum futurum.utrunque ꝓbatur in d.l.
si ita scripsisset.de le.2.& l.si a colono.sup.eod.&
l.si stipulatus fuerim.§.cum stipulamur.eod, titu.
in tertio modo remissio fideicommissi futuri cō
tinetur sed cum maiori efficacia propter certitu
dinem, secus quando non est appositum certum
testamentū, ut ipse declarat in sequenti quæst. q̄
in hoc solo differt ab ista, ideo thema præsentis
quæstionis est quod partes promiserunt non ue-
nire contra etiam ratione fideicommissi debiti
uel debendi ex testamento paterno, & dubitatur
an fideicōmissum sit remissum,quæ dubitatio nō
causatur a ꝓprietate uerborum quoniā fideicom
missum conditionale in eis recte continetur.

130 Sed dubitatio † causatur propter extrinsecā
qualitatem necessariam ad dictam renuntiatio-
nem, ut quod fiat inspectis & cognitis uerbis te-
stamenti, quomodo intelligatur dicta qualitas,
an eodem instanti debeat oculariter uideri testa
stamentum,uel potius sufficiat per intellectū ui-
dere,& Barto.hic argumentatur primo quod sit
necessarium ut tempore diuisionis per oculū cor
poris inspiciatur & cognoscatur,per dictam l.de
iis.de transaction.& l.1.§.1. quemadmodum te-
stamen. apper. in tantum quod si fiat transactio
non uiso testamento eo tempore,ut quia sit dela
tum iuramentum retractabitur talis transactio
per l.fi.C.de iureiurand.& quod requiratur incō
tinenti inspectio probatur arg.l.2.in princ.con-
iūcto.§.si qs hoīes.ff.ui bon.rap.ut opporteat ad
hunc finem diuisionis fuisse inspectum testamen
tum, & quoniam conditionaliter lex permittit
illam remissionem si inspiciantur uerba testamē
ti.propter ablatiuos absolutos,ergo debet adim
pleri in forma specifica.l.Mæuius.ff. de conditi.
& demonstrati. & requiritur quod adimpleatur
ex præcisa intentione, non autem casu fortuito.
lege secunda. in fin. de conditio. & demonstra-
tio. ideo non uidetur sufficere si retro decies uel
centum uicibus uidisset testamentum, nisi ho-
die tempore diuisionis uideatur. Iis tamen non
obstantibus Bartol,determinat contrarium, di-
cens sufficere retro oculariter uidisse, & hodier-
no die per oculum intellectus inspicere, quoniā
iura simpliciter dicunt remissionem fideicom-
missi fieri posse per pactum.l.1.& l.cum propo-
nas.C.de pact.& l.de fideicommisso.C.de transa
ctio.nam & perspici dicitur quod uidetur oculo
intellectus.l. inciuile.in uerbo nisi perspecta,cō-
iuncta.l.scire leges,ibi, non uerba sed institutio-
nē hr̄e.ff.de legibus,& addit postea secus esse si ꝑ
statutū disponeret ut fieret lectis uerbis testamē
ti.p l.j.§.legi.ff.de iis q̄ in testam.delē.&hic ꝑ eū.

131 Ex cuius dictis† colliguntur aliquæ conclusio
nes,& prima est,quod quando est apposita clau-
sula per illa uerba,occasione debiti,non contine
tur fideicōmissum conditionale,& sequūtur cōi-
* ter * Docto.per iura allegata per ipsum, concor
dat glo.fi.in l.fi.C.de hæredi.uel actio.uendi.quę
uult quod si cedo actionem competentem intel-
ligitur de præsenti & non de futura, nisi adda-
tur & competitura,facit etiam, quia debitum est
quod ab inuito exigi potest. l.debitor.ff.de reg.
iur. & debitum conditionale non dicitur pro-
prie debitum,ut late no.in l.1.ubi etiam.dixi.ff.
si cer.

si certum petatur. col. penul. Bartol. & maxime in renuntiatione quæ est stricti iuris.l.postquam liti.C.de pact.& uoluit in simili Alexand. in consil.106. uisis. lib. primo. sed in contrarium allegat Crotus quod in credito conditionali est ius, & ius probabile, ut per Bart.in l.is potest.de acquir.hæredita.& cum de præsenti competat satis uidetur debitum fideicommissum licet sit complendum per conditionem & sit ius ad rem.argument.cap.quamuis.de rescrip.in 6. & per Barto. in l.si constante.ff.solut. matrimo. sed hæc obiectio parum stringit quia solum concludit quod de præsenti est spes non autem quod competat ius firmum, & ideo non continetur, dictis iuribus allegatis per Bar.

132 Limitabat † tamen Iaso. hic procedere quando essent fideicommissa pura & conditionalia, quia tunc uerbum,debitum, uerificari potest, secus autem si non sint fideicommissa debita in illo testamento, sed tantummodo futura,nam tūc in illis uerbis continebuntur futura,quoniam superflua esset illa clausula, & uerba impropriantur ut comprehendant alios casus, ne inutilis sit dispositio.l.si tam angusti. ff.de serui.& no. in l. si quando.ff.de le.primo.Secundo adducit l.fundus qui locatus.ff. de fund. instru. Tertio legem cum glos. no.in l.pediculis.§.item cum quæreretur.in uerbo non uideri.ff. de auro & argent.leg. Quarto ad idem adducit doctrinam Bald. in l.liberti libertæque.in penul.colum.C. de oper.lib. Quinto adducit dictum Bal. in l. quibus diebus. §.dominus.ff. de condi. & demonstra. Sexto dictum Bald.in terminis in dicta l.si ita scripsisset, qui uult quod sub uerbo,debitum,præsentis temporis contineatur etiam conditionale si non est aliud. Septimo adducit dictum Bartol. infra in sexta quæstione, dum allegat l.2.de lib. & posth. & sequitur Rippa hic simpliciter, tamen ipse nō recordatur quod contrarium tenuit supra in secunda quæstione, in 6 ampliatione ex mente Angel.& in contrarium facit, quia iura sunt clara ꝙ sub uerbo præsentis temporis non continētur futura seu conditionalia, & sumus in odiosis, cum renuntiatio sit odiosa, quæ non est ampliāda sed restringenda.l.post quam liti.C. de pact. & l. cū quidam.ff.de lib. & posthum.& est stricti iuris,& non dicitur fieri nisi exprimatur. Cardinal.consil. 30. in lite dubia, & renuntiatio est facti, & non præsumitur nisi appareat per uerba, ut not. Bald. in lege prima. in ultimo not. C. de ædicto diui Adrian. tollend. Imo.in consilio 48. in casu præmisso.in fi. & Card. consil. 5. Non obstant allegata per Iaso. quia unica sufficit responsio quod non loquuntur de iure de futuro, ea enim quæ in dictis casibus continentur contra proprietatem erant præsentia & non futura.& optime procedunt in casibus suis sed nos loquimur in alio casu.an sub uerbo præsentis temporis contineantur futura, in quo habemus iura clara, & non debemus ab eis recedere, & solum dictum Baldi in dicta lege si ita scripsisset. loquitur in terminis, tamen non probat per bonum textum, quia allegat dictam legem fundus qui locatus, qui loquitur de iure præsenti.

Ex alio tamen puto hanc limitationem sustineri posse, præsupponendo quod fuerint posita illa uerba, ex testamento paterno, restringentia dispositionem ad actum certum, ideo cum in dicto testamento non sit nisi fideicommissum conditionale, illud erit remissum, nam uerba impropriantur ne sint elusoria quando res demonstratur, ut per gloss. in lege quarta. ff. de legat. primo in exemplo quando testator dixit, relinquo illum bouem qui erat equus, & idem dixit gloss. in contractibus in le.quid quid astringendæ. §. primo. supra eodem. quando dicitur, promitto illum bouem qui erat equus, & stipulatio ualet, & facit lex certum. ff. si certum petatur. & in certis non curamus de falsa demonstratione. lege prima. in fin. ff. de dot. prælegata. & in terminis, quod futurum tempus contineatur sub præsenti, est text. & ibi not. Alexan. in le. stipulatio ista. §. sed quatenus.& §. sequenti. supra eodem titulo nostro. ubi doctor. assignant rationem, quia alias dispositio esset inutilis, nec obstat quod debitum conditionale nō sit proprie debitum, quia sufficit quod largo modo sit debitum, & cum habeat causam de præsenti satis continetur, & in hac limitatione possunt saluari ea quæ Crotus allegauit contra principalem conclusionem, nam optime concludunt in hac limitatione, & propterea limita conclusionem Bartol. non procedere quando in testamento nominato non reperiebatur nisi fideicommissum conditionale, quia illud per solum uerbum debitum uidebitur esse remissum.

133 Secunda † est conclusio Bartoli principalis, quod quando sunt apposita illa uerba, occasione fideicommissi debiti uel debendi, uenit fideicommissum conditionale etiam quod non sit uisum testamentum ocularitor de præsenti,dando intellectum ad l. de iis. & dictam legem primam. ut uerificetur in inspectione intellectuali, & sequuntur communiter * Docto. hic, & in dicta lege de iis. & Alexand. consil. 11. uiso & ut opportet.libro secundo columna quinta. & Bartol.in lege quarta per illum textum in uerbo non serui. de optione leg. et quia statur assertioni partium, sufficit quod notarius in instrumento dicat, fratres asseruerunt se habere plenam notitiam dicti testamenti, secundum Ang. & Bal. in dicta lege de iis. de transactionibus. sed in contrarium, quod imo requiritur præsens ocularis inspectio faciunt omnes ponderationes ad ductæ hic per Bartol.quibus ipse non respondet, & solum uiolat uerba legum allegatarum, & quod ocularis inspectio requiratur, probat Iaso.hic, quia text.requirit duo,ut uerba testamenti sint cognita, & quod sint inspecta, uerbum, cognita, denotat intellectualem inspectionem, ergo ne sit superfluum uerbum, inspectis, opportet quod requiratur etiam ocularis inspectio, & confirmatur, quia copulatiue utrunque ponit, & copula ponitur inter diuersa, ut not.

in rubric.C. de iur. & facti ignor. ergo inspectio fit per oculum corporis, cum cognitio uerificetur in oculo intellectus. Tertio etiam facit ratio quod illa iura resoluūtur in conditionem, & ideo sunt duæ conditiones, una si cognoscētur uerba, Alia si inspiciantur, ergo utraque adimpleri debet l. si hæredi plures. ff. de condi. insti. itē debent adimpleri in forma specifica. d. l. qui hæredi & l. Mæuius. item debent adimpleri cū præcisa intentione non per casum fortuitū, d. l. 2. de cōdi. & demon. & ideo non sufficit decies retro uidisse, & uidentur multum stringere, & nulla bona responsio tradita fuit per Bartol. & quod inspectio intelligatur de oculo corporis probatur efficacissime, quoniam nunquam oculo intellectus potest bene uideri illud quod prius non fuit oculis corporis inspectum, & si quis inspiciat per centum dies literam nunquam poterit intelligere eam neque cognoscere sensum nisi oculariter legat, ideo ad cognitionem inspectio ocularis est necessarium antecedens sine quo non potest deueniri ad cognitionem uerborum, unde cum ratione aditum fuit uerbum, inspectis, ut sensu corporis cognoscat, sicut dicitur in l. 1. supra eodem, quod contrahentes in stipulatione debent se audire & intelligere per sensum corporis non per communem sensum intellectus, & ibi in spetie notaui.

134 Saluando † tamen Barto. potes dicere, quod ipse prædicta non negauit, imo & omnia interuenire uoluit, attento quod ipse præsupposuit quod diuidentes haberent notitiam testamenti spetialem, quæ notitia requirit quod ipsi diuidentes retro oculariter uiderint testamentum, & a sensu corporis acceperint cognitionem eorum quæ ibi scribuntur. sed tamen dicit quod hodie non est necessarium quod oculariter uideāt, sed sufficit quod retro hoc fecerint, & propterea utrunq; uerum est, & quod requiritur ocularis inspectio, & quod sufficiat intellectualis. nam ocularis omnino precedere debet, & si non habuisset notitiam testamenti nisi per relationem testium uel notarii non uerificarentur illa uerba, quod hodie essent inspecta & uisa uerba testamenti, sed si probabitur diuidentes habuisse pœnes se testamentum, uel oculariter uidisse, tunc postea uerificari poterit quod hodie oculo intellectus uiderint, & ideo non est oppugnatio ad conclusionem Barto. sed suppletio & declaratio ut intelligatur quod appareat alias retro interuenisse inspectionem ocularem cum lectura, quæ in dubio præsumetur stante alia præsumptione quod habuerint notitiam spetialem testamenti. Nec obst. quod inspectio debet fieri ad hoc, quia respōdet quod satis fit ad hoc quoniam hoc per intellectū inspiciunt & cognoscūt uerba testamenti quam tamen assumpserunt ab oculari inspectione retro facta. Nec obstat quod casu non sufficiat fieri, quia dicitur quod fit cum intentione præcise, ut hodie fiat illa præcisa inspectio intētione præcisa, licet sumatur a præcedenti oculari, & illa iura non requirunt illam ocularem hodie factam esse, neque exprimunt.

135 Item dum † Barto. limitabat suam conclusionem nō procedere in uerbo, lectis, requisito a statuto, Iaso. recte repræhendit, quia tantum est dicere inspectis quantum est dicere lectis, per l. 1. in prin. & §. 1. ff. quemadmod. testam. aperi. & l. 2. §. inspectio. eod. tit. & quia uis uocabuli, inspicere, hoc significat, idest intus aspicere, & in literis omnino ego puto esse uerissimum, quoniam inspectio per centum dies facta de literis nisi illas legas nunquam tibi poterit dare aliquam cognitionem, & solum uidebis caracterem & picturam, & ideo est necessarium quod sub uerbo, inspicere, sit inclusum uerbum, lectis, & ista æquiparantur, uel dicendo lectis & cognitis, uel dicēdo inspectis & cognitis, ideo limitatio Bart. non est uera, & stante tali statuto opportebit quod retro per oculum corporis sint lecte tabulæ, & hoc sufficiet quod legantur per intellectum, & æqualis erit decisio siue exprimatur uerbum lectis uel uerbum inspectis.

136 In testamento † autem nuncupatiuo adhuc regula procedit hodie secundum consuetudinem Italiæ, quoniam testamenta nuncupatiua semper scribuntur per notarium, item procedebat de iure antiquo quādo erāt post mortē testatoris examinati testes iudicialiter & publicatū testamentū, iuxt. formā positā in l. publicati. cū gl. C. de testamenti. in testamento uero scripto in lingua latina uel in alia lingua q̄ nō intelligunt hǣrdes, adhuc p̄dicta cōclusio, p̄cedere pōt, dummō interueniat interpres q. oculariter legat & interprætet, iux. forma positā in l. 1. §. fi. supr. eo. & tūc p ipsos hǣrdes adhuc uidebuntur inspecta & uisa uerba.

137 Sed subintrat † dubitatio, quid si fratres diuidentes uel transigentes sint rustici, uel mulieres, uel aliæ personæ quæ nesciunt legere, & faciliter decipi possunt, an ualeat eorum transactio, & ad hoc clarum est quod si constat per aliquem interpretem inspecta & lecta fuisse uerba testamenti fideliter ut ipsi plenam possint habere notitiam quod adhuc erit seruata formata, ex mente dictæ l. de iis. & transactio poterit ualere, si uero hoc non apparet legitime, dubium est an talis transactio ualeat, uel si notarius referat se certiorasse, tamen cōtrariū appareat ex inspectione testamēti. Ang. in facti cōtingētia relata hic per Ias. in ciuitate Paduæ cōsuluit q̄ nō sufficit, sed quod dēt notarius dicere se eam certiorasse, & uulgarizasse tenorē d. testamenti, quia ipsa ignara literarū nō potuit inspicere & cognoscere sensum uerborū.

Sed Imo. Alex. & alii tenuerunt contrarium, quia standum est scripturæ notarii donec probetur cōtrarium, & præsumitur quod ipse notarius inspexerit & cognouerit uerba testamenti, & fideliter uulgarizauerit contrahentibus, & hoc modo per interpretem dicatur seruata forma legis de iis. ff. de transactio. quoniam in iis quæ pertinent ad notarium standum est assertioni ipsius, quia fideliter iurauit gerere officium suum. cap. ad audientiam. de præscriptionib. not. in le. sciendum. supra eodem. ubi etiam ego dixi de no-

de notario certiorante mulierem de Velleiano, & intelligitur de cognitione uera.l.diem profer re.§.coram.ff.de arbi.l.coram.ff.de uerbo.signifi. & in terminis consuluit Cald. consil. 11. de quo per Alex.

Rippa hic distinguit, aut constat impeditos contrahentes errasse quia factum est contra formam testamenti, uel asseritur aliquod falsum apparens ex forma testamenti, & tunc transactio erit ipso iure nulla.arg.l.fi.C.de iureiurando.quia constat in consequentiam quod non est seruata forma specifica, & non inspecta, & cognita uerba testamenti, & confessio erronea non ualidat transactionem neque excludit a iure suo.l.legitimã. ff.de peti.hæredi.& per Bar.in l.Claudius.ff. de acquir.hæredi.si uero non apparet de errore, & tunc standum est scripturæ notarii, & creditur formam seruatam fuisse.l.cum præcibus. Co. de probatio.& intelligitur secundum modum habilem, ut hic per Imol.uel saltem probabitur per scripturam partes asseruisse habuisse alias notitiã testamenti, & si notarius dixit per me lectis, intelligitur modo conuenienti uulgarizando, sicut & & totum testamentum intelligitur coram partibus eodem modo legisse, in terminis autem quæstionis Ang. Paduæ contingentis placet opinio sua contra Imo.ex capite quod illa filia fuerat decepta, & ex scriptura instrumenti & testamenti simul iunctis apparebat falsitas & deceptio, & ideo apparebat nulla, uel saltem reuocanda. argum.leg.post diuisionem.C.de iur.& facti ignorantia.& l.fi.C.de iureiurando.& etiam sequitur hic Crotus.

138 Quinto quærit†Bar. quid si in diuisione posita fuit clausula prægnans ualde, sed indeffinita, idest non se restringens ad aliquod certum testamentum, & propterea differt à præcedenti, in qua præsuppositum fuit quod partes se restrinxerunt ad certum testamentum, hic uero dixerunt, remiserunt omne ius alter alteri in partem alterius præsens in diemue competens & competiturum occasione cuiuscunq; fideicommissi uel substitutionis uel cuiuscunque alterius iuris, in quibus uerbis continetur fideicommissum ex testamento paterno, & ex testamento auito, uel aliorum extraneorum facientium fideicõmissa perpetua, & prohibitiones alienationis bonorum, & bona diuisa inter fratres possunt esse subiecta omnibus prædictis fideicommissis, ideo dubitatur an remissio omnium fideicommissorum facta uideatur, quæ quæstio quantum ad significationem uerborum nullam habet difficultatem, ut omnia prædicta fideicommissa non continneantur.sed solum difficultas causatur an in tanta generalitate testamentorum potuerit esse uerificata dicta forma.l.de iis.ff.de transact. & Bar. hic resoluendo dicit, quod si sunt de personis quæ præsumuntur ignorare testamenta, quod transactio nõ ualebit ex duplici capite, quia inter ignorantes non dicitur facta remissio ut supra dictũ fuit.per legem mater decedens.de inoffi.testam. & ex alia causa, quia nõ potuit uerificari illa forma dictæ.l.de iis.sed si contrahentes sunt de personis quæ præsumũtur scire, & tunc uidentur partes se retulisse ad illa testamenta quæ uiderunt, & cognouerunt, ideo uidetur seruata forma dictæ.l.de iis.per ocularem intellectum, quod probat per casum tex.in l.& uno.§. primo. infra de acceptilatio.in uerbo persequtio, iuncta glo.dũmodo sint uerba futuri temporis inclusa, ut dictum fuit in themate quæstionis, cum alias nõ uenirent futura, & quantum ad testamenta non cognita non ualebit per dictas duas rationes ut hic per eum.

139 Prima†est conclusio, quod per clausulam prægnantem etiam iuris de futuro non inducitur remissio fideicommissi in illis personis quæ præsumuntur ignorare, quia non est seruata forma dictæ.l.de iis.& sequuntur communiter docto. Ange.uero hic in secunda quæstione tentauit tenere contrarium, uolens quod sufficiat expressio generalis, & clausula prægnans quæ uirtualiter implicet in se omnem formam necessariam etiã dictæ.l.de iis.de transact.argum.l. qui iure militari.ff.de milit.testamen.Secundo adducit text. in l.si tu ex parte.ff.de acqui. hæredita.ubi institutus licet non sit certus in spetie de quota in qua est institutus tamen ualet aditio, quia quæcunque sit quota ipse uult eam adire. Tertio adducit l.eum qui duobus.ff. de acquiren. hæredi.ubi quis potest adire ignorans quod testamentũ naleat dummodo habeat intentionem acceptandi hæreditatem ex quocunque ius sibi competat. Sed istis fundamentis respondebant Alex. hic, & Ias.& ad dictam leg.qui iure militari responde-

140 bat†quod procedit quando non requiritur sciẽtia spetialis, hic autem requiritur certa forma scientiæ spetialis per inspectionem ocularem acceptæ.sed replicabat Ias.quod imo & in dicta l. qui iure militari requiritur pro forma quod miles instituat uel exhæredet, aut sciẽter prætereat filium, alias testamentum milites est nullum.l.e.sicut certi.& l.si cum in utero.C.de milita.testam. & tamen sufficit militem in genere cogitasse.dicta.l.qui iure militari.& sic solutio communis nõ est uera.Item nec etiam alium assumptum commune uidetur uerum, cum ipsemet Bart. dixerit sufficere inspectionem intellectualem quæ potest in genere haberi & fieri.

Tu uero potes duplicare, quod imo dicta lex qui iure militari.non facit in proposito nostro, quoniam sufficit quod miles habeat scientiam filii, & præteritio est ualida, dictis iuribus, & non datur forma in eis quomodo debeat habere istã scientiam, & ideo sufficit quod habeatur quocũque modo, hic uero requiritur quod scientia habeatur per ueram & ocularem inspectionem testamenti a, qua descẽdit intellectualis, & nisi prę cedat illa naturalis, hæc intellectualis sufficiens haberi non potest, & quamuis non sit necessariũ ut tempore transactionis interueniat illa ocularis, tamen est necessarium quod aliquo tempore præcesserit & habuerit primordium ueritatis naturale ut supra dixi, quæ intellectualis dependẽs

ab oculari præcedenti non potest haberi per cognitionem generalem in dicta l. qui iure militari cogitatam, & sic non probat contra Bar. ad l. si tu ex parte. respõdent Alex. & Ias. quod ibi apparebat clare quod erat institutus in certa parte, merito aditio ualuit, quæ tamen responsio nõ tollit contrarium, attento quod text. uult institutionem uideri factam de parte conditionali quã uis incerta, quia omnimodo eam uolebat acceptare, unde tu potes aliter respondere, quod ibi tex. non dicit aditionem ualere de parte conditionali, sed dicit quod applicabitur iure accrescendi, & sine aditione efficietur hæres, & pars quam adiuit remansit certa, præterea ille tex. loquitur de tẽpore aditionis in quo sufficit generalis cognitio, nos uero de tẽpore diuisionis quo requiritur spetialis, ut etiam supra dictum fuit, ad tex. in dicta l. cum duobus. respondent Alex. & Ias. quod tex. probat contrarium, quia uult aditionem non ualere, quæ responsio nec tollit contrarium, quoniam ille declaratur per. le. quod si dubitet. eodem tit. Ideo potes respondere quod loquitur de tempore aditionis, sed tempore diuisionis requiratur spetialis cognitio.

Et sic remanet conclusio Bar. defensata quam tenent communiter docto. quam comprobat Ias. per glo. no. in ca. concertationi. in uersic. sciuit. de appella. in 6. & comendat Alex. in consil. 114. ponderatis iis. lib. primo. colum. penu. & Fely. in cap. quo ad consultationem. de re iudi. tamen cõtra eam Ias. hic adducit, quia uidetur quod cum isti filii diuidunt hæreditatem patris & sic certi testatoris, & in diuisione apponunt clausulã plenam, satis in spetie uidentur cogitare de certo testamento patris & ad illud se referre, & ita seruare formam. Et hanc opinionẽ uidetur tenere hic Rippa. num. 69. per rationem, quod qui omne dicit nihil excludit. l. de procuratore. C. mãdati. & renuntiatio generalis omnia comprehendit. leg. pluribus ff. de excep. ideo caueant renuntiantes ne effuso sermone se iactent. l. fi. in fi. C. de dotis promiss. Alex. consi. 42. super præmissis. libro. 1. sed tu responde quod non obstant, quia Bar. præsupponit quod præsumuntur ignorare testamentum, & quod nunquam uiderint illud, & non dubitatur de significatione uerborũ, sed de forma non seruata, & ideo nullo modo potest uerificari forma dictæ. l. de iis. & propterea omnino teneas conclusionem Bar. ex duplici capite, tã ignorantiæ, quam quod non interuenit forma dictæ. legis de iis. a qua dependet tota resolutio istius quæstionis.

141 Secunda est† conclusio Bar. quod quando diuidentes præsumuntur scire testamentum quod remissio ualet de fideicommisso dependẽte a testamento quod sciuerunt, & ideo potest uerificari in illo solemnitas requisita per dictam le. de iis. quam conclusionem sequuntur communiter docto. & procedere potest per rationem supra firmatam quod sufficiat intellectualis cognitio tẽpore transactionis, dummodo habeatur ab oculari inspectione præcedenti quæ præsumetur interuenisse, quoniam non est credendum quod hæredes non perquisierint testamentum per quod asserunt se hæredes, & uoluerint certificari de iure suo, & ideo oculariter inspexerint, & interuenerit hoc primordium ueritatis, per ea quæ dixit Bar. in dicta l. is potest. col. septima. de acqu. hæredi. uersic. aut fuit certificatus. unde sequitur quod si probaretur nunquam uidisse testamentum, sed solum habuisse notitiam per testes, uel per notarium, uel per famam, non ualeret remissio, quia illa principia non sufficiunt ad faciendam ocularem inspectionẽ per quam intellectualis fieri possit, & cum istis declarationibus conclusio Bartoli tenenda est, quicquid dicat hic Rippa.

142 Tertia est† conclusio respiciens intellectum. l. & si unum. §. 1. ff. de acceptilati. quod ibi uerbum (persequtio) intelligitur de fideicommisso, & ad hoc ut decisio illius tex. procedat est necessariũ subintelligere quod ibi illi stipulantes habebant notitiam testamenti seu præsumebantur habere, & ideo interuenit solemnitas. leg. de iis ff. de transactio. alioquin si non interuenisset stipulatio aquiliana non mutaret actionem competentem ex fideicommisso, qui intellectus est ualde notabilis si uerus est, tamen est magna uiolatio ad illum tex. qui simpliciter loquitur, & præsupponit quod omnis forma necessaria fuerit expressa a Gallo Aquilio, & si hæc qualitas necessaria nõ fuisset expressa ualde deffectiuus fuisset, quod nõ est credendum, & sicut apposuit uerba illa, præsens in diemue, ut complecteretur actiones futuras & præsentes, ita etiam addidisset uerbum in spectis & uisis uerbis testamenti, & cum non expresserit noluit apponere, & præsupposuit nõ esse necessarium, per legem primam. §. sinautem ad deficientis. in fi. C. de caduc. tollend. unde uarii propter hoc dantur intellectus ad illum textum, & aliqui intelligunt de persequtione alia quę nõ comprehendat fideicommissum, & ut cesset contrariũ, alii uero generaliter intelligentes dicunt quod propter generalitatem uerborum non est necessaria illa forma ocularis, sed propter generalitatem ualeat remissio, dicta. l. Aquiliana. & l. cum Aquiliana iuncta. l. de iis. ff. de transf. quæ tamen ultima opinio sup. reprobata fuit, & in sequenti quæstione repetetur.

143 Vnde ego† puto alium intellectum debere dari illi tex. ut intelligatur procedere in casu suo in stipulatione nouante, nam quando fit nouatio licet extinguatur prima actio quantũ ad nomen tamen remanet effectus, quia per secundam actionem ex stipulatu debetur totum illud quod debebatur per actionem de fideicõmisso seu eius ualorem, unde appellatur transfusio proprie nõ autem extinctio. l. 1. ff. de nouatio. & facilius permittitur nouatio actionis de fideicommisso quã quod permittatur remissio seu extinctio, & text. in dicta. l. de iis. loquitur tantummodo in transactione, & non potest neque debet trahi ad illam nouationem seu transfusionem, ideo sequitur quod licet in transactione requiratur solemnitas illa

tradita

tradita in dicta.l.de iis. de transactio. tamen in nouatione illa uel transfusione non requiritur, quoniam tractatur de paruo præiudicio, & propterea sequitur quod datur unus modus facilior ad extinguendum omnia fideicommissa præsentia futura,& antiqua ex simplici conuentione sine aliqua solemnitate inspectionis uerborum testamenti,ut per formam traditam in dicta. le. & uno.§.primo.transfundantur prius omnia fideicommissa in aquilianam stipulationem,& postea illa stipulatio per acceptilationem extinguatur nec est mirum ut hic modus sit permissus per indirectum qui directo fieri non potest,quoniã per acceptilationem nõ poterant extingui actiones iurisgentium neque actiones dependentes a testamento,quia acceptilatio uerbis contracta nõ poterat tollere nisi obligationes uerbis contractas,ut dicitur in.§.per acceptilationem. in secũdo responso.insti.quib.mod.tolli. obligatio. & tamen per indirectum tolli permittuntur deducendo prius in aquilianam stipulationem,& postea eam per acceptilationem tollendo, & sic uidetur esse uerior & magis probabilis intellectus ad illum tex.unde nihil facit pro opinione Bar. imo potius probaret contrarium illius quod uoluit in prima conclusione,decisio tamen Bar.supra posita uera est ex aliis rationibus sed nõ per illum textum.

144 Contra† tamen prædictas conclusiones instatur secundum Alexandrum hic, quod imo generaliter remissio possit ualere etiam non seruata forma.l.de iis.ff.de trans. si appositum fuit iuramentum quando fratres diuiserunt bona sua, qa iuramentum habet uim clausulæ (omni meliori modo) & ideo ualebit actus perinde acsi omnis solemnitas interuenisset.per textum in.l.cum pater.§.filius matrem.ff.de leg.secundo.Alex.hic fatetur contrarium, & dicit quod conclusio prima Bar.debet limitari non procedere quando in diuisione & remissione esset appositum iuramentũ per illam rationem,quia habet uim spetialis dispositionis.dicto.§.filius matrem.Sed hæc limitatio dubitabilis est,cum ratio sua nõ uideatur sufficiens,quoniam iuramentum non facit diuidentes posse habere notitiam testamentorum, neq; potest supplere ea quæ sunt facti, neque consensum,neque cogitationem, imo regulatur secundum naturam actus.l.fi.C.de non num. pecunia. & ibi no.& faciunt ea quæ dicta fuerunt in l.1.§.si quis ita. supra eodem. quod per iuramentum stipulatio sine uerbis ualidari non potest,& iuramentum non potest supplere interrogationem, & responsionem & aliam solemnitatem necessariam ad actum,& repetitum etiam fuit in l.si insulam.in 5.q.Bar.sup.eo.

145 Nec obstat† tex.in dicto. §.filius matrem,quia per iuramentum suppletur illa clausula quæ dependet a sola uoluntate disponentis, non autem ea quæ sunt de facto & pro forma interuenire debent,& non sufficiet testatorem uoluisse testamẽtum esse sine solemnitate etiam quod apposuerit iuramentum nisi interueniat institutio &alia solemnitas facti necessaria, & propterea neque etiam in casu nostro per iuramentum poterit fieri quod prius oculariter fuerit uisum testamentum,& hodie intellectualis dependeat ab illa naturali,simile habetur in l.cum aquiliana.ff.de trãsactio.ubi iuramentum solum nõ facit quod porrigatur transactio ad incogitata,licet uerba sint generalia.Crotus tamen hic num.55.in fine pro opinione Alex.adducebat quod illa solemnitas est de iure positiuo,& potest tolli simplici iuramento,secundum Saly.in auth. sacramenta puberum.in fi.C.si aduersus uenditionem.& Alex.late in consi.125.uisis.colum.penul.Areti.cons.54 & respondet argum.de defectu consensus, sed tamen non eneruat præcedentes ponderationes. Rippa etiam generaliter uidetur ita tenere, tamen non respondet motiuis prædictis,solum igitur saluari potest communis opinio ut remissio sustineri possit per exceptionem,quia iuramentum seruari debet, quando potest sine interitu salutis æternæ,& licet actus remissionis non sit ualidus,tamẽ iuramentum obseruatur,ut in multis exemplis dicitur per docto.in cap.cum cõtingat. de iureiurando. ideo sequetur quod petita absolutione a iuramento non seruabitur remissio,ut hic per eundem Ale.per no.in l.si quis pro eo.ff.de fideiuss.in quarto membro.

146 Sed maior† est dubitatio, utrum remissio ualere possit quando partes dixerunt non obstante. l.de iis,uolunt remissionem ualere,legi de iis expresse renuntiantes, Alex. hic tenet ualere, & Imol.& communiter docto.in cap. cum contingat de iureiurando.maxime si est appositum iuramentum,quia cum iuramento potest dictæ legi de iis renunciari. & in consi.xi. uiso. & ut oportet considerato. lib.2. & communiter doc.

Sed in contrarium adducitur, quia dispositio legis de iis est prohibitiua & cum iuramento legi prohibitiuæ renuntiari non potest.Bart.in le. cum ii.in princip.& ibi Fulgo.ff.de trans.Bal. in l.pactum quod dotali.quæstio.xi.C.de colla. Defendendo communem potest responderi negando assumptum,quia imo legi prohibitiuæ potest renuntiari quando non inducuntur mali mores naturales,ut per Bar. in l.si quis pro eo.in octauo membro.ff.de fideiuss.& ibi Paul.de Castr. colum.3.& in consi.170. cum tempore contractus. ubi in statuto requirente solemnitatem formalẽ tempore actus uult quod sufficiat iuramentum. Secundo respondet hic Rippa, quod saltem ualebit in uim pacti de non petendo, & licet renuntiatio non ualeat tamen non poterit petere amplius,quoniam illud pactum suppletur per iuramentum quod facit præsumi clausulas ualidantes dependentes a sola uoluntate. dicto. §. filius matrem.Tertio respondetur negando quod illa solemnitas sit de forma remissionis,quia potius est de solemnitate quæ differt a forma,ut dixi in dicta l.sciendum.in præmissis. cum forma sit intrinsecum accidens,& Alex. dicit quod est quædam solemnitas iuris ciuilis quæ potest suppleri per iuramentum,&cum non sit de forma non est

opus quod tunc interueniat stante iuramento. l. obligari.§.tutor.de author. tutorum.hoc tamen ultimum non stringit, quia ocularis inspectio quæ est facti non potest suppleri per iuramentũ.

147 Secundo adducitur,†quia dispositio dictæ. le. de iis emanauit odio occultantium testamenta, ut no.in dicta.l.de iis. sed per iuramentum non tollitur solemnitas inducta in odium alterius,ut per Bar.in dicta.l.si quis pro eo.de fideiusso. tamen respondetur quod contrarium procedit qñ odium est causa finalis illius dispositionis ut in exemplo Bar.in quarto membro. secus autem, quando odium non est causa finalis dispositionis, sed in dicta.l.de iis odium fuit causa impulsiua,cum etiam procedat nulla facta occultatione per aliquem, quinimo potest dici quod nec etiam odium consideratur sed solum ignorãtia propria quæ sæpe solet interuenire in testamentis,& uerba possunt esse ambigua, & consideratur mens disponentis,iuxta no.in l. cum auus. ff. de condi.& demonst.& l.præcibus.C. de impub. & aliis substitutionib.Item secundum Rippã cũ iuramento potest renuntiari prohibitioni in odium introductæ.per tex.in cap. significante. de pigno. præcedens tamen est tutior.

148 Tertio adducitur† quia dicta lex de iis resistit transactioni,ergo illi non potest renuntiari secũdum Bar.in dicta l.cum ii.ff.de transactio.& dicta l.si quis pro eo.in tertio membro. sed respondetur similiter negando,quia imo legi resistenti actui potest renũtiari,ut probatur in l. lex Iulia. ff.de fundo dotali.coniuncto ca.cum contingat. de iureiurando.& in l.pactum quod dotale.C.de colla.coniuncto cap.quamuis.de pact.in 6.& expresse tenet Io.And.in titu.de instrumento. editio.§.postea.in additione magna,& Alex.in le.si constante.§.quotiens.in 3.colum.ff.solu.matrim. & plus dixit Alex.in dicto consi.11.lib.secundo. quod per generalem clausulam(renuntiantes omni legum auxilio) uidetur diuidentes renuntiare dictæ l.de iis.adducens no.per Bar.in auth.matri & auiæ.Co. quando mulier tute. officio fung. poss.& l.si quis sub conditione.ff.de testam.tute. uersi,quid si renuntiauit.

149 Quarto † adducitur, quia dispositio legis de iis est introducta fauore publico ut uoluntates testãtium sortiantur effectum.l.uel negare.ff.quẽ admodum testam.apperiantur. ergo renuntiari non potest.l.ius publicum.ff.de pact. sed respondetur etiam negãdo, quia alias sequeretur quod nec etiam possent cũ solemnitate renuntiare habentes scientiam testamenti ut hic per eum,concludas igitur cum communi, quod renuntiatio facta cum iuramento dictæ legi de iis operatur ut renuntiatio generalis indistincte ualeat, etiã quod non fuerint inspecta nec uisa uerba testamenti,sed si renuntiatio fieret sine iuramẽto tũc non ualeret,quia non tantum paciscuntur quam decipiuntur.l.qui cum tutoribus.§.secundo.ff.de transa.secundum Bartolum & doctor. in dict. l. de iis,& pro ista opinione cõcludunt omnia fundamenta allegata supra,quia licet per iuramentum possunt tolli,tamen non interueniente iuramento operantur effectum annullandi & prohibendi actum.Rippa tamen hic conatur defendere opinionem contrariam in fideicommisso reciproco,ut etiam sine iuramento remissio ualeat, cum ipsa sit fauorabilis,& fideicommissum odiosum inducens uotum captandæ mortis.l.de fideicommisso.C.de trans.& l.si pater puellæ.C. de in offi.testam.sed replicari potest,quod imo in substantia remissionis potest interuenire deceptio, quia negari non potest quin ammittat ius suum, & ille non potest amplius succedere, & habebit magnum præiudicium, maxime si essent aliquæ coniecturæ probabiles quod esset inæqualitas,& unus facilius posset decedere sine liberis, item saltem aliæ rationes probant communẽ opinionem,quia ibi solemnitati propter quatuor causas supra adductas renuntiari non potest.arg. nota.in l.nemo potest.ff.de leg.1.

150 Quare†remanet conclusio, quod inter ignorãtes omnino uel quando præsumitur ignorantia non ualet renuntiatio fideicommissi. Fallit autẽ quãdo iuramentum est appositum, quia tunc seruabitur conuentio ex ui iuramenti ne incidant in periurium,sed petita absolutione remissio iudicialiter annullari poterit. Secundo fallit quando primo per aquilianam stipulationem transfusum fuit fideicommissum in cõuentionem uerbis contractam,quia tunc potesit tolli per acceptilationem,dicta l.& uno.§.primo. de acceptil. secundum intellectum supra per me traditum. Tertio fallit quando est renuntiatum.l.de iis.ff. de trans.expresse & cum iuramento. Si tamen interueniret sola renuntiatio generalis putarẽ nõ sufficere propter rationes supra adductas. nullo autem interueniente iuramẽto tutior est opinio quod renuntiatio non ualeat etiam in fideicommisso reciproco.Quãdo uero interuenit præsumptio scientiæ tunc remissio ualebit quoniã præsumetur ocularem inspectionem interuenisse a qua possit procedere intellectualis inspectio inducens solemnitatem dictæ l. de iis, dummodo non appareat per aliquas probationes concludẽtes quod nulla ocularis inspectio interuenire poterit,ut supra dictum fuit.

151 Sexto†quærit Bar.quid si in diuisione dictum fuit,remiserunt omne ius quod habent uel habere sperant,seu omne ius quod habent uel habere possunt,an uideatur remittere fideicommissum, quæ clausula differt a præcedenti, quia ibi facta fuit mentio spetialis de fideicommisso debito, uel debendo,in hac autem non fit mentio de aliquo iure spetiali,& sic appellatur clausula generalis & indefinita,dubitat igitur Bar.an per eam uideatur remissum fideicommissum,&distinguit duos casus,unus est,quando ignorant testamentum,seu præsumuntur ignorare,&tunc pro absoluto ponit quod non sit remissum per supradicta.Secundus casus est,quando sciunt uel præsumuntur scire,& tunc dubitatur an uideantur remittere,quoniam obstat regula posita per glo.in l.tres fratres.supra de pact.quod transactio generanera-

neralis non trahitur ad ea quæ dependent a testamento, & quia per uerba generalia non uidetur posse inferri solemnitas.l.de iis,& antequam decidat præmittit quod ista uerba(habent uel habere sperant)trahuntur ad ius de futuro ex causa de præsenti,ut probatur in l.secunda.ff. de statulibe.ubi spes non est probabilis de libertate relicta sub conditione nisi sit adita hæreditas & inducta firmitas ex causa de præsenti,idem est in clausula(habent uel habere possunt) quia uerbũ (potest)est extensiuum.l.si quis ita.ff.de legat. 2. tamen nec ipsum trahitur nisi ad ius de futuro fundatum in causa de præsenti.le.quod Seruius, cum glo.magna.ff.de condi.ob causam.unde sequitur quod per illas duas clausulas non dicitur esse remissum ius de futuro ex causa de futuro,ut successio ab intestato,& aliud simile ius, quo stãte postea decidit quod si sunt iura competentia ex contractibus uel alia causa non est remissum fideicommissum,per glo.in dicta.l. tres fratres. ff.de pact.si uero non reperitur nisi fideicommissum,tunc illud uidetur esse remissum, quoniam sermo generalis qui non potest uerificari nisi in uno habet uim nominis proprii.l.1.& 2.ff.de li be.& posthum.

152 Ex cuius † dictis habes aliquas conclusiones, Prima est,quod uerbum(sperat) significat tantũ modo spem habentem fundamentum de præsenti,& sequuntur communiter doct.sed debes declarare ut in prima oppositione, quod successio ab intestato & aliud ius de futura est uera spes, cum permittatur a lege, tamen est debilis, & ideo tres sunt spes.Spes firma ex causa de præsenti.Spes probabilis,ut in successione filii in bonis patris,& alterius habentis legitimam,&Spes debilis,ut in successione ab intestato. quas omnes spes uerbum(sperat)de proprietate sermonis cõprehendit,sed tamen nõ uenit in dubio nisi spes ex causa de præsenti,quia uerba intelliguntur in potentiori significatione,ut habetur in leg. 1. §. qui imperpetuum.ff.si ager uectigal.uel. emphy. petat.& §.sed quotiens.insti.de iur.naturali gentium.& ciuili.

153 Secunda† est conclusio,quod uerbum(potest) est extensiuum & trahitur ad futurum,dicta.le. si ita quis.idem dicit Bar.in l.si quis ita.de aur. & argen.lega.& leg.1.ff. de iure codicillorum.& in auth.ex causa.C.de lib.præteri. inferens quod illa clausula (si non potest ualere iure testamenti ualeat iure codicillorum) refertur ad causam de nouo superueniẽtem, ut quia rumpatur natiuitate posthumi,de quo tamen dic ut plene posui in dicta anth.ex causa.post alios. Prædictis addas tamen quod uerbum(sperat)præsupponit intentionem,quia spes est desiderium,sed quomodocunq; eueniat trahitur ad futurum tempus.

154 Tertia est conclusio,† quod istæ duæ clausulæ non comprehendunt successionem ab intestato neque aliud ius habens causam de nouo superuenientem,quæ conclusio procedit etiam in renuntiatione iurata.per tex.in cap.cum inter.de renũtiatione.per quem tex.Antonius & Abb. & alii dicunt quod si licentiatus iurauerit non summere alibi gradum doctoratus intelligitur ex causa eiusdem examinis siue licentiæ, sed prætextu noui examinis poterit absque periurio alibi doctorari,& si inimicus fecerit pactum cum inimico promittens nunquam eum offendere sub pœna intelligitur ex causa præsentis inimiciciæ,sed ex noua inimicicia poterit offendere absque metu pœnæ,ut uoluit Bar.per illum textum in le. aut facta.§.causa.inf.de pœnis.per illum textum, & in l.qui seruum.ubi Paulus de Castro.sup eo.cum simili.allega.hic per Rippam,nu.77.per quæ apparet esse communem opinionem.

155 Quarta est cõclusio,†quod si in diuisione promittentes per illa uerba non uenire contra renũtiantes ius quod habẽt uel habere sperant & sunt de illis qui præsumuntur ignorare, & tunc non ualet remissio, & ratio est duplex, quia nemo ignorans remittit.l.mater decedens.ff.de inoffi. testam.Secundo, quia ignorans non potuit inspectis oculariter uerbis testamenti remittere. dicta l.de iis.Tertio,quia clausula generalis non trahitur ad ea quæ ueniunt ex testamento.In cõtrarium tamen adducebat Raphael ut hic dicit Ias.quia uerba generalia uidentur sufficere ad renuntiationem.arg.l.qui iure militari.de mili. testam.quia licet non soleat remitti ab ignorante per uiam spetialis pacti uel transactionis,tamen bene remittitur uia generalis remissionis. per no.per Bar.in l.cum Aquiliana.ff.de transact. & confirmat Ias.quia uerba generalia debent generaliter præiudicare.l.fi.C.de dot. promiss.in fine Bal.in l.pactum.in princ.in 16.q.C. de collatio. & sequitur ipse hic & in præcedenti quæstione.

156 Sed† tamen neque ibi neque hic bene loquitur, ex eo quia uerba generalia præiudicant, & sufficit generalis cognitio quando non requiritur aliqua actualis solemnitas,sed in remissione fideicommissi requiritur spetialis solemnitas quod oculariter uiderint testamentum,&non potest ꝓdesse intellectualis uisio nisi præcesserit actualis & uera uisio scripturæ,& plene dictum fuit supr. unde conclusio Bar.remanet generaliter uera nisi fuisset renuntiatum.l.de iis de transactionibus in spetie,quia tunc demonstraretur quædam spetialis cogitatio fideicommissi sufficiens ad remissionem.

157 Quinta est conclusio,† quod ubicunque scientes testamentum posuerunt dictam clausulam, si competunt iura ex contractibus uel alia causa non ueniunt dependentia ex testamẽto,per glo. in dicta l.tres fratres. sed tamen non adducitur ratio quare non trahatur ad fideicommissum, & de proprietate uerborum omnia iura comprehẽduntur,ideo opportet dicere quod hæc conclusio est fundata super sola ratione,quia non interuenit solemnitas dictæ.l.de iis.quoniam per uerba generalia non apparet quod cogitauerint de testamento ut potuerit esse uisura illa actualis a qua dependeat intellectualis, & ideo sequitur ꝙ si in instrumento diuisionis in aliquo loco reperirentur uerba demonstrantia quod habuerunt

cognitionem de fideicommisso, tunc induceretur remissio, quia uerbum (sperat) de proprietate sermonis comprehendit omnia iura cogitata, & est de mente Rippæ hic, num. 79. per ea quæ statim subiicit Bar. dum uoluit quod si non esser aliud ius nisi fideicommissum quod ualeret remissio quia præsumeretur illa cogitatio, & quod præcessisset actualis uisura.
158 † quasi expresse nominatum fuerit fideicommissum, dicta. l. 2. ff. de lib. & posthum. & est glo. in l. quamuis. C. de fideicom. Alex. consi. 11. col. 3. lib. 2. & Decius. consil. 282. col. fi. Addit Rippa hic, quid si fratres discordantes in diuisione fecernnt compromissum in arbitros super controuersia diuisionis & omnibus aliis quæ uerti possent inter eos tã occasione testamẽti q̃ ex alia causa, & postea arbitri liberauerunt partes hinc inde ab omnibus quæ petere inuicem possent etiam occasione testamenti, dubitatur an per talem sententiam uideatur remissum fideicommissum, & argumentatur quod sic, quia inter scientes expressio de testamento operatur remissionem fideicommissi, ut uoluit sup. in quarta quæstione, & quia etiam si non esset dictum (occasione testamenti) tamen illa uerba (quæ petere possunt) q̃n non suberat alia causa id operãtur, secundũ Bar. hic. Contrarium tñ ipse determinat, quia arbitri non præsumuntur uoluisse per illa uerba generalia quæ in spetie non potuissent arbitrari, leg. Lutius. §. imperatores. ff. ad municip. & quod non potuerint arbitrari probat, quia potestas ipsorum dependet a compromisso. l. non distinguemus. §. de officio. ff. de arbi. & in compromisso erat data potestas super controuersiis quæ uerti possent, non tamen censetur data potestas pronuntiandi antequam lites essent subortæ, quia solum uidetur data super controuersiis natis. l. licet. C. de iudi. & le. de iis rebus. ff. de arbi. & super futuris nullum potest esse iudicium. l. nõ quemadmodum. ff. de iudiciis. ergo nec arbitrium. l. 1. ff. de arbi. & ita in spetie consuluit Bald. in consi. incipiente in testamento. lib. 2. Roma. consi. 403. in primo dubio. & Socci. consi. 251. quoniam in præcedenti. col. 15. lib. 2. & satis placet.

159 Septimo † quærit Bar. an sub illa clausula generali (remisit ius quod habet uel habere sperat) uideatur remissa substitutio, & concludit quod ex uirtute uerborum poterit esse remissa, quia est ius de futuro ex causa de præsenti, dicta l. 2. ff. de statulib. sed postea ex alio non inducitur remissio, quoniam per pupillarem substitutionem inducitur successio ipsi pupillo. §. j. insti. de pupill. substi. & causatur pactum de hæreditate uiuentis. unde non debet ualere. l. fi. C. de pact.

160 Prima † est conclusio, quod ex ui uerborũ sub illa clausula continetur remissio pupillaris substitutionis si adita fuit hæreditas, quia est spes ex causa de præsenti, & ideo uidetur esse de proprietate sermonis remissa ipsa successio quod tamen debet intelligi secundum præcedentes qualitates, quod erant scientes de illa substitutione, & quod fuerat facta mentio de ea, uel saltem quod competebat illud solum ius, ut per uerba generalia uideretur esse expressa solemnitas. l. de iis. iux. l. 2. ff. de lib. & posth. & istam conclusionẽ sequuntur hic doct. & magis in sperie posuit Barto. supra in prima opposi.

161 Secunda † postea colligitur conclusio, quod licet ex ui uerborum posit induci remissio, tamẽ ex alio capite non ualet, quia est pactum de hæreditate uiuentis, & eius conclusionem quoq; sequuntur communiter* doct. hic, & confirmant per multa ut hic per Ias. & etiam late per Ripp. & rationem assignat Bar. quia non ualet pactum de hæreditate uiuentis, dicta. l. fi. C. de pact. quæ tamen ratio non est generalis, ex eo quia si sunt ipsi pupilli qui diuidunt simul cum fratribus substitutis hæc remissio est facta cum consensu ipsorum pupillorum quibus est succedendum, unde pactum ualet. per tex. clarum in dicta l. fi. C. de pact. Secundo etiam facit, quia ualet conuentio de hæreditate pupilli in consequentiam facta. l. 2. §. si impuberis. ff. de hæreditate uel actione uẽdi. hæc autem remissio iuris substitutionis uenit in consequentiam in clausulis accessoriis, ergo debet ualere talis conuentio etiam inter extraneos, unde Ias. hic assignabat secundam rationẽ, quia quis non debet esse solicitus de hæreditate pupilli uiuentis, l. 2. §. interdum. ff. de uulg. & pupill. & l. ita tamen. §. a patre. ff. ad Trebellianum. nec ex illa substitutione pupillari est aliqua spes probabilis uiuente pupillo. l. post emancipationem. §. 1. ff. de lib. leg. & Bar. in l. is potest. col. 3. de acqui. hæred. qui respondet ad dictam leg. 2. ff. de statulib. quod loquitur in libertate fauore ipsius, ut hic latius per eum, quæ ratio nec etiam concludit, quoniam imo potest esse solicitus de hæreditate uiuentis interueniente consensu ipsius. dicta. l. fi. C. de pact. uel etiam quando uenit in consequentiam, dicta l. 2. §. illud quæri potest. de hæredita. uel actio. uendi. nec etiam dictum Ias. est uerum quod non sit spes probabilis in substitutione, quoniam contrarium tenuerunt doct. in dicta prima oppositione, & probatur per rationem quæ militat in fideicommisso, quoniam per aditionem est confirmatum testamentũ pupillare, ideo non potest alterari per hæredem, & solum dependet a conditione quod moriatur in pupillari ætate, sicut contingit in fideicommisso, & probatur præcise in dicta l. secunda. ubi nõ attenditur ratio fauoris libertatis, quoniam idẽ esset ante aditam hæreditatem, & cum requirat aditionem hæreditatis demonstratur quod fundatur solũ quia inducitur firmitas causæ de præsenti, & est idem quod in ipso fideicommisso & legatis. Vnde tertiã rationem assignabat Rippa hic, quia tractatur de subuertenda substitutione pupillari quæ est testamentum pupilli. l. e. patris & filii. ff. de uulg. & pupill. testamentum autẽ subuerti non potest nisi per aliam uoluntatem solemnem. l. si non iure. ff. de leg. 3. §. posteriore. insti. quib. mod. infirmatur testamentum, & sicut pacto non datur hęreditas. l. hæreditas. de pact. conuentis. ita nec adimi posse uidetur. §. penul. inst. de co-

de codicillis.quæ ratio nec etiam est bona, quoniam subuersio testamenti potest fieri ex sola uoluntate hæredum renuntiantium hæreditati uel repudiantium.l.si nemo. ff.de testamenta. tutel. ergo etiam per repudiationem substitutorū potest subuerti pupillaris substitutio,& permittetur etiam uiuente pupillo, quoniam hoc potest fieri etiam de hæreditate uiuentis, ut habetur in cap.quamuis.de pact.in 6.

162 Propterea † pro resolutione totius quæstionis constituendi sunt aliqui casus spetiales. Primus casus est, ubicunque ipsi pupilli diuidunt cum substitutis fratribus,& tunc omnino hæc remissio ualebit, quoniam ipsi pupilli consentiunt ut de eorum hæreditate fiat pactū, imo & ipsi quoque faciunt pactum,& tanto magis,quia istud pactum est remissiuum successionis,quæ passim per ius canonicum remittitur cum iuramento. dicto cap.quamuis.de pact.in sexto.& per illam rationem,quia hæc remissio uenit in consequentiam, & permittitur. dicta l.2.§. illud quæri potest.ff. de hæredita. uel actio. uendi. & facit etiam ratio, quia tunc non inducitur uotum captandæ mortis, imo remittitur.leg.de fideicommisso.C. de transactio.

163 Secundus † casus est, ubicunque sunt duo fratres qui diuidunt bona per se & habent ius substitutionis, tamen in illa diuisione non interueniunt pupilli, & tunc potest procedere ratio Bartoli,quod pactum non ualet, quia tractatur de hæreditate uiuentis,& non est consensus pupilli, & licet uideatur esse renuntiatio ab una parte, tamen est acquisitio ab alia parte, ita quod inducitur pactum de hæreditate uiuentis, tamen etiam hoc casu sustineri potest quod ualeat remissio, ex eo quia male potest tractari inter fratres de hac substitutione pupillari nisi interueniant etiam pupilli,& quando fit renuntiatio a substituto ius acquiritur ipsi pupillo qui habet bona libera non autem alteri fratri,& ideo recte considerando semper est pactum de non succedēdo,quod pactū passim hodie permittitur de iure canonico,c.quamuis.de pact.in 6.& etiam aliquando sine iuramento,ut habetur in dicta.l. pactum quod dotali.C.de collatio.& semper militat ratio quod uenit in consequentiam, & conuentio etiam in acquisitione ualet dicta.l.2.§. illud quæri.ff.de hæred. uel actio. uendi.

164 Et ideo † in effectu uidetur quod generaliter opinio Bar.non sit uera,& est multum probabile quod ualeat,quoniam implicat in se odium, & damnū pupillis,ut faciliter possit insidiari morti ipsorum.§.ne tamen.insti.de pupill.subst.& licet Rippa hic uideatur tenere quod nec etiam talis renuntiatio ualeat interueniente iuramento, cum dicat quod remissio facta inter pupillos non potest roborari iuramento, quoniam iuramentum pupillorum nō firmat contractum alias inualidum, authenti. sacramenta. C. si aduers. uendit. nec etiam iuramentum tutoris secundum Ioannem Andre. in capitulo grauis. de depositio. qui uult quod iuramentum prælati, & administratoris non ualidat contractum, & sequitur Baldus in capitulo primo.§. item sacramenta. columna quinta, de pace iuramento firmanda. quod etiam dicit procedere quando substitutio non est reciproca, & substitutus remittens sit maior, quia tunc pactum non firmatur iuramento, quia requiritur consensus illius de cuius hæreditate agitur, secundum Baldum in capitulo ad nostram. de iureiurando. & pupillus non potest consentire sine authoritate tutoris, nam omnia prædicta in proposito nostro non procedunt, quoniam imo hæc remissio firmatur iuramento cum sit fauorabilis ipsis pupillis,& non contineat malos mores naturales,imo eos reiicit, quia remouet uotum captandæ mortis.dicta lege de fideicommisso.C.de transactionibus. & licet loquatur de fideicommisso,tamen eadem ratio est in substitutione, per. §. sinautem quis.insti.de pupilla. substitutione,& propterea dicitur in dicta leg. de fideicommisso, quod contractus ita ualidatur ut non possit peti restitutio in integrum, & idem erit in pupillis proximis pubertati quando interuenit iuramentum, quia fauor causæ facit ut contractus ipse ualidetur, & fortius erit etiam quando pupilli cum authoritate tutoris fecerunt hanc remissionem, cum in effectu nihil aliud sit nisi quod substitutus remittit seu repudiat hæreditatem pupilli, & facit etiam, quia talis remissio ut dixi uenit in consequentiam, & ideo ualet.l. secunda. §. illud.ff.de hæredita.uel actio.uendi.& in lege 3.§. de illo.ff.pro socio. cum multis aliis casibus qui notantur in dicta lege fina.C.de pact.& lege stipulatio hoc modo concepta. supra eodem. ubi plenius diximus.quando autem fit inter tertios, tunc est maior dubitatio, nihilominus pro ualiditate stringit dicta l.2.§.illud.& dicta l.3. §. de illo.sed dic ut supra.

Nec obstat quod substitutio sit alienatio, & in ammissione requiratur iudicis decretum.l.1.§.si pupillorum.ff.de reb.eorum.decretum autem iudicis non potest interponi sine causæ cognitione & uisis uerbis testamenti. l.1.§.1.ff.quemadm. testa.apperiantur.ergo non poterit ualere. Sed responderi potest,negando primo quod requiratur authoritas iudicis propter fauorem causæ, & quia tollitur uotum captandæ mortis,dicta.l. de fideicommisso.& l.si pater puellæ.ff.de inoffi. testam. & procedunt etiam in substitutione, in qua inest etiam uotum captandæ mortis, licet Crotus hic uideatur negare. per textum in dicto §.sinautem formidolosus.instit. de uulga.& pupillari.Secundo etiam potest dici quod non cōueniunt quæstioni nostræ, quoniam isti pupilli non remittunt, sed sunt substituti maiores qui remittunt successionem in bonis pupilli cui possunt ipsi pupilli consentire cū remoueatur uotū captandæ mortis, quæ ratio sufficit ad faciendū ut cum iuramento ualidari possit per capitulum quamuis.de pact. in 6.

165 Octauo † quærit Bartolus quid si alia clausula fuit apposita in diuisione per uerba diuersa

dicendo(concedentes inuicem ius plenum in dictis bonis disponendi uendendi & alienandi, & cætera faciendi sicut ueri domini & patroni)uel alias apponatur clausula quæ solet apponi in omnibus contractibus uenditionis & donationis,uidelicet dedit tradidit & concessit ad habē dum tenendum & possidendum & alienandum, &quicquid sibi placuerit faciendum,constituens eum procuratorem in rem suam, ut possit agere experiri & se tueri, & omnia facere quæ ipse dominus constituens facere possit, quid operetur hæc clausula,& ipse determinat quod si est sequta alienatio præiudicium generatur ipsi fideicōmissario ut non possit agere contra tertium possessorem qui emit a domino& ab habente ius in re seu eius consensu. per legem si fundum per fideicommissum. ff.de legatis primo. & lege si mandato Titii. ff. mandati. quæ secundum Iaso. non probat sed debet esse.lex Lutius Titius. Tu uero dicas quod debet esse lex seruum Titii. supra mandati. ubi alienatio facta a domino de mandato alterius,uel facta a procuratore de mā dato domini etiam ignorantis ualet & reuocari non potest, si uero non est sequta alienatio non præiudicat remittenti, quia ius remanet in primo esse.lege sicut. §. superuacuum. & §. penultimo. supra quibus modis pign. uel hypotheca soluitur, & istam conclusionem Bartoli, ut sonant uerba sequuntur communiter * doctores & Romanus in consilio 403. pro decisione proposita, tenet quod sola potestas alienandi concessa in re non præiudicat alienatione non sequta, sed Bald. consuluit contrarium in consilio 440. factum propositum. in tertio libro, dicens quod dicta tota clausula intelligitur secundum naturam diuisionis,& non ampliat potestatem dispo nendi.leg.per diuersa.§. exceptio. C. mandati, quæ opinio licet sit reiecta a doctor. hic, tamen uidetur esse multum sustentabilis, & uera recte declarata.

166 Vnde tu†aliter ordinando dicas, quod prima est conclusio Bartoli quod in diuisione apponitur clausula(ad habendum tenendum & possidē dumconstituens procuratorem in rem suam) & cætera quæ opinio non uidetur probabilis, quia solum conuenit illis contractibus in quibus rem in totum suam in alium transfert, non autem potest conuenire diuisioni saltem in parte, ex eo quia diuidentes sunt domini pro portionibus eorum in quibus nulla cadit traditio, neque dominii translatio, sed solum simplex retentio, & non potest tertius dare domino potestatem aliénandi & habendi, cum iure suo habeat, iuxta ea quæ dixi in præmissis in lege filius familias. §.Diui. ff. de legatis primo.& minus potest tertius constituere procuratorem in rem suam illum qui dominus est, quamuis ipsa sit obligata, tunc enim mandatum elusorium est,& resoluitur in consilium. lege secunda.§. penultimo.ff.mandati, & solum potest conuenire in parte quam dat frater,qui cum sit dominus transferre potest dominium in fratrem, tamen nec etiam perfecte conuenit, ex eo quia illa traditio non est uera traditio sed est quædam subrogatio quam facit lex in uniuersalibus. iuxta legem imperator.§.finali. ff.de legatis secundo. & lege si rem & pretium. de petitione hæreditatis, ut totum frater uideatur habere iure proprio & iure institutionis, ut dictum fuit in prima quæstione.unde cum uideatur retro dominus non uidetur conuenire hæc potestas data de alienando, & constitutio procuratoris in rem suam sicut nec in alia parte, unde apparet quod hæc clausula est ualde debilis & pauci effectus in diuisione, & propterea parum potest operari ut statim dicam.

167 Secunda est † conclusio Bartol. quod ubicunque sequta fuit alienatio emptor dicitur esse securus in dominio ipsius rei cum habeat uoluntatem dominorum, & fideicommissarius non potest petere rem ipsam ab emptore, sed contra dictam conclusionem faciebat dictum Baldi in dicto consi.supra allegato, nam uidetur quod illa clausula restringatur ad naturam ipsius diuisionis,ut boua uideantur concessa cum oneribus suis & ipsius fideicommissi,per textum in dicto cap.primo.in fine de feud.non hab.propriam naturam. facit lex uectigalis. ff. de pignoribus. & cum dictæ clausulæ sint accessoriæ nō debent ampliare naturam principalis dispositionis,ut per glosam in clemen. prima.de præbend. ita quod uidetur data potestas alienandi secundum naturam diuisionis quousque conditio uel dies fidei commissi euenerit.iuxta legem.finalem.§.finautem sub conditione.C.communia de legat. & est coloratum fundamentum secundum Iaso. qui tamen dicit sibi non placere, ex eo quia alias illa clausula nihil operaretur, contra legem si quando.in principio.ff.de lega.primo.& capitulum si Papa.de priuileg.in 6. sed tamen ego puto opinionem Bald.ueriorem, per ea quæ statim dixi, quoniam ista clausula non conuenit diuisioni,& est debilis ualde, & non potest habere effectum in parte quam habet ipse frater iure institutionis ut dixi, neque etiam in alia parte saltem firmiter, ideo cum sit ita debilis non debet extendi ut præiudicet ipsi fideicommisso per potestatem alienandi, & hoc omnimodo sequendum est tenendo aliam conclusionem statim ponendam, quod per dicta uerba non erit remissum fideicommissum, & propterea eueniet quod ille emptor dicitur esse in puris terminis. lege final.§.finautem auaritiæ.C.communia de lega. & cessabit difficultas an fideicommissarius possit agere ad pretium.

168 Tertia est†conclusio Bar. quod quando nō est sequta alienatio tunc nullum est inductum præiudicium fideicommissario per dictum.§. superuacuum.& §.penulti. qui uidentur fortius probare in terminis fideicommissi, cum ibi agatur de pignore quod est leuis præiudicii, & non præiudicatur ei,ergo tanto minus prēiudicabit in iure fideicommissi,per ea quæ habentur per Bar. in le. quæ dotis.col.penul.ff.soluto matrimo.&sequuntur

tur communiter * docto. Sed tamen ueritas eius dependet a resolutione difficultatis sequentis an uideatur remissum fideicommissum.

169 Magna † igitur est difficultas, utrum per talem clausulam uideatur fideicommissum remissum qnam Bartol.uidetur obliuisci intentus ad extrinseca,& doctor.hic eius mentem uario modo exponunt,nam Ang,intelligit ipsum uoluisse quod per talem clausulam sit concessa plena potestas alienandi, ut in totum sit remissum fideicommissum,& bona uideantur effecta libera, & addit idem esse si concesserit pro se & illis quibus bona prædicta concedere uoluerit, uel quibus dederis,per textum in ca.primo. de feud.nõ habente propriam naturam. ubi not. Iason uero dicit quod Bartol.non habuit hanc mentem, ut uoluerit remissum esse fideicommissum, sed solum sequta alienatione, ex eo quia postea quærit an ipse fideicommissarius possit agere contra alienantem ad æstimationem, ad notata per eum in dicta lege si fundum per fideicommissum. unde doctores sunt in se uarii, & quod nõ sit remissum fideicõmissum facit illa opinio posita supra, quod dictæ clausulæ intelliguntur secundum naturam diuisionis, & non excedunt eam ut uideatur data potestas alienandi tempore fideicommissi, sed concessa sint bona cum iuribus suis.iux.formam positam in l.fi.§.sinautem auaritiæ.C.communia de leg.

Sed communiter * docto.uidentur tenere quod imo sit remissum fideicommissum per textum in dicta lege si fundum per fideicommissum. ubi emptor non potest molestari, sed uere ille text. non probat, cum imo retorqueri possit, dum uult quod licet non possit molestari emptor tamen fideicommissarius potest petere æstimationem ab hæredibus.

Secundo adducitur dicta lex Lutius Titius. ff.mandati.sed ille tex.loquitur in pignore quod facilius remitti potest, ut no.in dicta l.quæ dot. Item ibi est alia ratio,ut patet in eo.

Tertio inducitur tex.in dicta lege seruum Titii. supra mandati. ubi per constitutionem procuratoris ualidatur alienatio facta a non domino,& fortius si fiat a domino,sed nec etiam probat de pleno præiudicio,quia remanet ius in pretio, ut ibi dicitur.

170 Quarto † allegatur textus in lege quotiens ab omnibus. C. de fideicommissis, ubi res prohibita alienari potest alienari consentientibus illis qui prætendunt fideicommissum, & præiudicant sibi in re & pretio, sed ille textus loquitur in eo qui consentit alienationi ad istum finem ut remoueretur fideicommissum, item ibi alienatio est de directo contra prohibitionem, & actus consentientis principaliter inducitur ad ualidandam illam alienationem, hic autem sumus in actu qui sui natura non tendit ad extinctionem fideicommissi, & uerba clausularũ non contradicunt ipsi fideicommisso, & remissio est stricti iuris. lege postquam liti. Co. de pactis. uel tertio respondetur quod ibi fideicommissum ueniebat in pœnam alienationis,& consentiendo necessario inducitur illa remissio.

Quinto inducitur tex.in cap.1.§. Titius.si de feudo fuer.controuer.inter domi.& agna. ubi si quis dedit feudum agnato de consensu illius cui debetur post mortẽ sibi præiudicat, sed ille tex. loquitur de actu contrario & particulari qui nõ poterat uerificari ex alio capite nisi per priuationem, hic autem potest uerificari ex capite diuisionis per multum tempus quousque eueniat cõditio fideicõmissi,& ideo solũ cõueniret qñ fideicõmissarius consentiret specialiter alienationi de re subiecta fideicommisso præsente emptore & uenditore, quo casu etiam posset dici ꝙ non præiudicaret in æstimatione, sed non concludit in terminis quæstionis Bar.quando tẽpore diuisionis datur ista potestas alienandi.

Sexto Angelus adducebat tex.in cap. primo. de feud. non habente propriam naturam, ubi qui concedit feudum pro eo & quibus dederit dat quoque potestatem alienandi & præiudicat sibi in iure reuersionis,sed ille tex.loquitur in eo qui ex proprio titulo rem concedit nullo præcedente alio contractu, hic autem præcessit alius contractus cui deseruiunt dicta uerba, & sunt accessoria ad eum.

Septimo Rippa adducit text. in lege nihil. §. omnibus.ff.de lega.primo.& quod dicit Bald.in dicta l.quotiens ab omnibus. uolens quod dans potestatem testandi uidetur remittere fideicommissum, sed responde ut supra, quia ibi in pœnã alienationis erat inductum in fauorem ipsius cõsentientis,& ideo per cõsensum semetipsum priuat,item ibi ille actus principaliter fit ad tollendum fideicõmissum, hic uero præcessit alius contractus cui distæ clausulæ accedunt, & non alterant dicta clem.1.de præben.

Octauo adducitur,quia illa potestas concessa nihil operaretur si non esset remissum fideicommissum, cum alias ante conditionem res ipsas poterat alienare,dicta l.fi.§.sinautem,C. communia.de legat. & per hoc respondet adductis per Aretin.sed replicatur quod imo sine remissione multum operatur, cum in diuisione quilibet det alteri rem propriam,& inuicem transferunt dominium,saltem pro parte, & pro illa potest præiudicare.

Nono facit tex.in l.codicillis,§.si insulam], ff. de leg.secundo.ubi liberti legatarii consentiendo uenditioni præiudicant sibi in fideicommisso nisi ius reseruauerint,sed potes respondere ꝙ loquitur in casu quo actus alienationis tempore cõsensus fiebat, & incõtinenti cõsenserint,q. consensus nihil operaretur,& ad illũ finẽ fuit præstitus.Itẽ ille tex.loquitur in casu speciali in libertis in qbus facilius præsumitur donatio, per no. in l.cũ quid.ff.si cer.pe.& l.quæ dotis.col. pen.ff. sol.mat.item proprietas ibi erat hæredis,& solũ de fructibus legatum erat factum.

171 Iason autem † concordando ponebat mediam opinionẽ, dicens ꝙ sequta alienatione sit remissum fideicõmissum,& nõ remissa non præiudicat

ex mente Bar. quæ opinio non est uera, nec est de mente Bartol. ut ipse dicit, nec potest procedere, cum remissio sit conditionalis, & dependeat ab effectu alienationis, quod est contra mentem omnium, & est remissio accidentalis, & actus remittentis & intentio est de præsenti, ut in totum remittere uel nihil remittere.

172 Resolutiue† autem loquendo tenenda est opinio Areti, quod non sit remissum fideicommissum per clausulas prædictas, sed durat non obstātibus eis tam facta alienatione quam non sequta alienatione, & solum potest tollerari quantum ad effectum ut non possit emptor molestari pro parte, sed quantum ad æstimationem nullo modo procedit, & si quidem sumus inter ignorantes fideicommissum nulla est dubitatio quod remissio non inducetur per supradicta, tum quia nemo ignorans uidetur renuntiare. lege mater decedens. de inofficioso testamento. tum quia etiam non interuenit solemnitas. lege de iis. digestis de transactionibus. de qua uidentur esse obliti hic doctores perinde acsi nunquam de ea essent loquti, si uero sumus inter scientes uel illos qui præsumuntur scire, tunc nec etiam remissio erit inducta, quia clausula non est habilis ad faciendum talem remissionem, tum quia non est facta mentio fideicommissi quæ multum solet prodesse, ut appareat contrahentes de eo cogitasse. Secundo etiam quia illa clausula (remittens omne ius quod habet uel habere sperat) regulariter non sufficit, ut dictum fuit in alia quæstione, nisi quando non est nisi unicum ius fideicommissi, hic uero adest alia causa ad quam dicta clausula referri possit. Tertio etiam probatur, quia illa uerba nullā habent significationem inducentem remissionem iuris, sed solum concedunt potestatem alienandi quæ generalis est & incerta & non potest demonstrare intentionem ipsorum diuidentium quod inspexerint uerba testamenti actualiter & intellectualiter, & seruauerint formam dictæ legis. de iis. in qua forma uidentur defecisse omnes doctores. & propterea concludas, quod nunquam est remissum fideicommissum neque sequta alienatione neq; non sequta quantum ad æstimationem, & solum sequta alienatione poterit seruari opinio communis pro parte cohæredis, ut fideicōmissarius molestari non possit.

173 Addebat† tamen Crotus unum casum in quo uidetur facta remissio quando clausula esset magis prægnans, ut quia esset additum, & quicquid ipsis fratribus & eorum hæredibus deinceps placeret faciendum, & comprobat late ut per eum, sed nec etiam mihi placet, quia clausula eodem modo solum tendit ad perficiendam diuisionem & transferrendum plene dominium de rebus diuisis ex capite institutionis, sed non ad concedendum ius ex nouo capite superueniente, unde hæc limitatio posset procedere, & forsan communis conclusio quantum ad fideicōmissum purum, ut ei uideatur renuntiatum, quia cum eo non se competunt dicta uerba, sed non quantum ad remissionem futuri fideicommissi, & in præsenti intellige quando esset de corpore rerū diuisarum, secus si esset legatum uel fideicommissum quantitatis, quia nunquam uideretur remissum, cum de manu grauati debeat præstari. lege 1. ff. quorum legatorum. item intellige quod fideicōmissum presens est remissum si fratres præsumebantur scire testamentum, alias potius decipiuntur quam paciscantur. arg. l. qui cum tutoribus. §. primo. ff. de administra. tuto. & dicta. l. de iis. ff. de transactionibus. nisi esset appositum iuramentum uel renuntiatum illi legi, ut supra in præcedenti quæstione.

174 Plus etiam† dicit quod non uidetur remissum fideicommissum si additum fuit (nihil iuris reseruantes in illis bonis) quia intelligitur de præsenti, & ex causa dictæ diuisionis, cum fiut uerba necessaria ad perficiendam diuisionem in rebus propriis traditis cohæredi, & solum possunt inducere remissionem fideicommissi præsentis cōcurrente scientia uel iuramento, ut in aliis uerbis dictum fuit. facit dicta clem. 1. de probationi. & quia remissio est stricti iuris. d. l. postquam liti. C. de pact. & non est capienda coniectura donationis. l. eum de indebito. de probationibus, & per Ias. in l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iure. nec obstat quod bona subiecta fideicōmsso sint prohibita alienari, quia uerum est quantum ad finē sequta conditione, tamen interim alienatio ualet. dicta l. fi. §. finali. C. communia de lega. item per illa uerba satis conceditur quod datur potestas alienandi rem ut nun debeat fieri reuocatio sed non ut remittatur fideicommissum in pretio, dicta l. si fundum per fideicommissum. ubi consensus fuit spetialis super actu immediato, & non præiudicat in legato, minus præiudicabit quando illa potestas seruit perfectioni alterius contractus, item ibi erat legatum purum, & non præiudicatur in prætio, minus quando est conditionale, item illa potestas uidetur solum data in parte quæ inuicem a cohæredibus datur, non autem in re quam unusquisque habet iure suo, & satis conuenit secundum Areti. tamen placet ut in tota habeat potestatem.

175 Limitatur† tamen ista conclusio non procedere in fideicommisso imposito propter pœnam alienationis extra familiam, quia tunc si in diuisione esset data potestas alienandi extra familiam uideretur remissum fideicommissum, quia non compatitur cū fideicommisso, nec bene potest stare fideicommissum in pretio, & hoc casu procedit dicta l. quotiens. C. de fideicommissis. & lex nihil. §. omnibus. ff. de lega. primo. & habes unam pulchram limitationem ad notat. per Bartolum per illum textum in dicta lege si fundum per fideicommissum, ut opinio glo. ibi nō possit saluari in fideicommisso imposito in pœnam alienationis extra familiam, quod consentiendo uel dando potestatem alienandi in totū priuetur fideicommisso. dicta. leg. nihil. §. omnibus. ff. de leg. primo.

176 Nono† quærit Bar. an quando nō est remissum ius

ius fideicommissi nec data licentia de uendendo, & unus ex fratribus post diuisionem uendidit bona sua cuidam extraneo, & postea extitit conditio fideicommissi, an frater superuiuẽs possit petere totum ab emptore, & clara est cõclusio, si hæres esset grauatus dare rem particularem sibi relictam quæ tota semper fuisset sua, quod fideicommissarius in totum eam posset reuocare, sed difficultas est quando frater grauatus post diuisionem habuit rem communem in totum, ut quia essent duo prædia, & obuenisset unicuique unum quod habet hæres debitor partim iure proprio & partim iure diuisionis, & illud alienauit, an tunc fideicommissarius possit reuocare totum prædium, uel potius tantummodo illam partem quam debitor tradidit competentem iure suo, & quod non possit reuocari totum argumentatur: quia illud prædiũ erat hypothecatum ex uirtute fideicommissi tantum pro parte sibi competenti non autem pro parte quam habuit a cohærede, quia ius hypothecæ non mutatur per diuisionem, ut est textus in lege si consensit. §. finali. supra quibus modis pignus uel hypotheca soluit. & lege si qui fundum. supra de usufruc. lega. sed contra tertium possessorem potest fideicommissarius agere tantummodo illa hypothecaria uel actione in rem, dicta lege finali. §. finautem auaritiæ.C. communia de legatis. & notatur in lege penultima. Co. ad Trebellianum. §.finali. ergo uidetur quod nõ possit agi nisi pro illa parte quę ante diuisionem ei competebat iure institutionis. Bartolus tamen determinat contrarium, quoniam licet fratres ab initio haberent prædia communia,& medietas utriusque ante diuisionem esset subiecta fideicommisso, tamen post diuisionem illa pars quæ obuenit subrogata fuit loco partis alterius prædii obligati, & ideo incepit esse obligata & subiecta per hypothecam statim post factam diuisionem, quoniam in uniuersalibus una res in omnibus subrogatur loco alterius. lege licet imperator. §.finali. supra de legatis secundo. & lege si rem & prætium. digestis de petitione hæreditatis. cum similibus. & ideo totum illud prædium erat subiectum hypothecæ & alienatũ per ipsum totum potest reuocari. nec dicta lex is qui fundum, seu dicta lex consensit. §. finali. contradicit, quia loquuntur in particularibus in quibus non fit illa subrogatio plena, secus autem in uniuersalibus in quibus fit illa plena subrogatio, & hoc fuit præsuppositum Bartol. licet extra dentes non expressit, tamen in prima quæstione expressit. Confirmat etiam,quia facta diuisione totum illud prædium obuentum incepit esse subiectum fideicommisso, unde frater possidens si non alienasset per actionem personalem poterat conueniri ad totum prædium actione personali usque ad restitutionem, ergo si postea alienauit dicitur alienasse prædium in totum subiectum fideicommisso, igitur si eueniat postea conditio reuocatur illa alienatio totius prædii, & dominium ipsius transfertur in fideicommissarium, sicut si non facta alienatione ipse restituisset. Confirmat etiam, quia facta diuisione habens ius reale pro indiuiso remanet ius reale in ea parte quæ ex diuisione obuenit. lege communi diuidundo. §. si debitor. supra communi diuidundo. & lege cum in fundo. §. pe.ff.de iur.dot.igitur cũ ipse qui habebat ius fecerat diuisionem in illa parte quæ debitori obuenit remanet ius personale, & reale. Quare ipse concludit, quod quando quis habet ius in re pro indiuiso si erat ius personale facta diuisione remanet in parte obuenta,si uero erat ius reale, &creditor interfuit diuisioni,& similiter ius reale remanet.dicta l.cum in fundo, & in dicto. §.si debitor.sed si non fuit præsens non mutatur, dictis primis iuribus.

177 Sed tu † addas tertiam rationem, quod quando nos sumus in uniuersalibus ius reale indistincte durat in re subrogata, per dictam legem licet imperator. §. finali. ubi omnia bona petuntur iure fideicommissi quæ tunc reperiuntur, & tamen omnia sunt obligata, & si alienarentur in totum per hypothecariam possent reuocari, & per actionem realem, dicto. §. finautem auaritiæ. distinctio ergo Bartol. procedit in particularibus, sed in uniuersalibus indistincte totum quod obuenit dicitur esse subiectum personali, & reali actioni, quamuis alter non interuenerit, unde habes unam conclusionem in practica utilissimam, quod omnia iura quæ competebant in bonis & contra bona unius cohæredis grauati competunt indistincte etiam post diuisionem in illis rebus, & partibus quæ sibi obuenerunt, ut perinde sit acsi testator illum grauasset in spetie de dictis rebus & partibus sibi obuentis.

178 Decimo† quærit Bartolus hic de quæstione simili materiæ nostræ non tamen pertinente proprie ad fideicommissi remissionem, nam in præcedentibus conclusum fuit quod si fratres diuidentes remiserunt omne ius quod habent uel habere sperant uidentur esse remissa omnia iura prouenientia ex contractibus, ideo succedit dubitatio, quid si fratres haberent fundum emphyteuticum concessum patri suo ab ecclesia, & illum fundum diuiserunt cum aliis bonis, an per dictam clausulam uideatur remissum ius successionis quod habent fratres inter se, quoniam uno moriente sine liberis alter succedere debet, & obueniente casu in facto quod fratres diuiserunt omnia bona sua cum dicta clausula, & postea unus frater mortuus est sine liberis ut inceperit esse locus successioni, & frater superuiuens petebat ab hæredibus fratris dictam partem emphyteuticã iure successionis, replicabãt hæredes extranei quod non poterat petere,quia ius successionis remiserat per illa uerba, ius quod habet uel habere sperat,& eis litigantibus super uenit ecclesia pro tertia quæ dixit inter duos litigantes tertius gaudebit, ego emi, debeo habere ab utraque parte totum fundum, nam ambo inciderunt in commissum faciendo diuisionẽ quæ

est alienatio, & ea interueniente cadunt a iure suo.l.fi.C.de iure emphyteuti.

Secundo dicebat, quod cum ille frater remisisset ius succedendi non poterat amplius illā partem petere, quia remittentibus non est dandus regressus, unde fuit dubitatum quid iuris. Barto. autem hic diuidit quæstionem in duos articulos. Vnus est an per diuisionem ipsi fratres inciderint in commissum, & argumentatur quod sic per legem cum ii.§.sed si pluribus. ff. de transactio.sed postea determinat contrarium per cap. primum. §. præterea.de prohibita feudi alienatio.per Federicum, ubi feuda non regalia diuidūtur inter fratres irrequisito domino, ergo & res emphyteuticæ.argumen.eorum quæ habentur in lege ut iusiurandum.§.si liberi.ff.de bonis liberto. Item, & secundo per textum in l. uoluntas. C. de fideicommiss. Item & tertio per rationē, quia extraneus non cognoscitur ab ecclesia neque scit an sit fidelis, neque contra eum habet actionem personalem, ut habetur in dicta leg.finali.quæ ratio cessat quādo sunt fratres ambo uocati, & propterea determinat quod ecclesia ex hoc capite non poterat obtinere.

Secundum caput est, an ex ui renuntiationis possit obtinere, & Bartol.dicit quod non, quoniam illud pactum factū in fauorem fratris possidentis prodest tantummodo illis in quibus est utilitas ipsius, sed si nulla est utilitas nō prodest. lege.& hæredi.§.finali.ff.de pact.ipsi autem possidenti nō prodest quod acquiratur ecclesiæ, imo nocet, quoniam transiret ad eam, & priuarentur hæredes sui quibus posset relinquere. Secundo dicit Bart.ecclesia non potest obtinere, quia ista remissio quam fecit frater superuiuens in diuisione fuit facta adhunc finem ut acquiratur fratri qui consequatur rem ipsam liberam, sed si non potest ei acquiri non habuit intentionem remittendi, & ideo remansit penes ipsum perinde acsi pactum nō fuisset factum. argumento textus in lege nec utilem.in fine. ff. ex quibus causis maiores. ubi non dicitur ammissum quod alteri non est quæsitum, ergo cum fratri hæc remissio non fuerit quæsita neque etiam dicitur esse ammissa in ipso fratre superuiuente, ergo ecclesia non potest occupare illud quod non fuit ammissum, & propterea determinat quod ipsa ecclesia ex nullo capite potest obtinere, neque iure caducitatis propter alienationem, neque uirtute illius pacti seu remissionis.

179 Sed tamen † tu aduertas antequam explicem uerba doctorum, quia Bar.hic præsupponit quod non fuerit acquisita hæc remissio fratri, & nō declarat quomodo, nam imo uidetur quod remissio fuerit acquisita ipsi possidenti ut habeat suā partem liberam ut non teneatur si moriatur sine liberis ei restituere, sicut nec fideicommissum teneretur restituere, & ideo uidetur quod habuerit ex tali remissione utilitatem, ut possit hæredibus extraneis dictam partem suā tanquam liberam relinquere, sed tu dicas quod imo remissio non ualuit, quia non est in potestate ipsius fratris remittentis facere quod res emphyteutica remaneat libera in persona fratris, & oportet uel quod transeat ad alios hæredes uocatos in contractu emphyteutico, uel quod reuertatur ad ipsum dominum, ut habetur in capitulo primo.de eo qui finem fecit agnato. ubi si renuntiauit tertio agnato quem secundus præcedebat, licet ipse priuetur, tamen non acquiritur illi tertio, uel quod ille retineat rem liberam, sed acquiritur illi cui debetur ex forma contractus feudalis, ideo sequetur quod ipsi fratri non potuit remissio acquiri, & est necessarium quod acquiratur alteri successori si reperitur, uel reuertatur ad ecclesiam dominam, & propterea sequitur quod hęredes extranei ipsius fratris etiam ipsi non potuerunt obtinere, & quod in effectu ipsi fratri possidenti nihil iuris fuit acquisitum ex dicta remissione. unde sequitur quod uel remansit penes remittentem ut uult Bart. uel uadat ad ecclesiam.

Confirmatur hęc opinio, quia hæc clausula generalis (remittens omne ius quod habet uel habere sperat) non dicitur continere remissionem istam respectu successionis, & non refertur ad eā, sicut nec etiam comprehenderet ius fideicommissi, ut supra, quia in obligatione generali non ueniunt ea quæ quis spetialiter non esset concessurus, uel per ea incideret in pœnam. l. obligatione generali. cum ibi no. per Bar. & alios. ff. de pignorib. sed si fuissent interrogati fratres, dixissent quod uolebant inuicem sibi prodesse, & si non poterant prodesse non intendebant ius suum remittere, ergo præsumitur ita factum esse, d.l.obligatione generali.& le.nepos Proculo. ff. de uerbo.signifi.& ideo perinde est acsi fuisset expressum.argum.glo.in l.tale pactum.in glo.magna in fin.ff. de pact.& propterea remanet quod frater non uidetur remisisse ius successionis, quoniam fratri possessori acquirere non potuit, & si nō amisit, ergo nec hæredes extranei fratris mortui potuerunt obtinere, neq; etiam ipsa ecclesia. nec obst.d. cap. I. de eo qui finem fecit agnato, quia procedit in eo qui per spetialem contractū renuntiauit iuri suo, hic uero fuit clausula generalis (remittens omne ius suum quod habet uel habere sperat) quæ non trahitur ad ea quæ spetialiter non concessisset.

180 Quibus † sic stantibus ex dictis Bar. habes aliquas conclusiones, & prima est, quod fratres inuicem succedunt in re emphyteutica, in contrariū facit tex. in cap. I. de duob. fratrib. de no. inuest. ubi non succedunt, & notat etiam Barto. in lege si mihi & Titio. ff. de uerborum obligationibus. sed tu solue quod Bar. intellexit de emphyteusi paterna quæ patri erat concessa, & cum omnes sui filii essent in ea uocati inuicem poterant succedere si quis eorum decederet sine liberis, & hæc intentio Bar. demonstratur etiam, quia uult quod ista emphyteusis esset in hæreditate patris, & fratres eam cum aliis bonis diuiserunt, & tex. in d. cap. I. loquitur de concessione facta a principio uni fratri tantum, nam tunc alter frater regula-

regulariter non succedit nisi insolidum fuisset facta concessio ut ibi no.& per Bar.& alios in dicta l.si mihi & Titio. supra eo.

181 Secunda est conclusio, † quod emphyteutæ possunt inter se diuidere rem emphyteuticā irrequisito domino, per tex. in c. 1. §. præterea. de prohibita feudi aliena. per Federi. arguendo de feudo ad emphyteusim, quod argumentū ualet quādo non datur diuersa ratio secundum Speculatorem in tit. de feudis. §. quoniā. circa finem. & Bar. in l. ut iusiurandi. §. si liberis. ff. de oper. liber. Io. And. in Rub. illius tituli de feudis in penul. col. glo. & Barto. in l. communi diuidundo. ff. cōmu. diuid. glo. & Bald. in l. in familiæ. C. famil. herc. & gloss. in c. licet, in gloss. fin. de uoto, & ista est * communis * opinio, ut attestantur hic Alexan. & Areti. & sequuntur Iaso. & Rippa, & idem tenet Barto. in l. cum ii. §. si uni. ff. de transactionib. & in l. & ideo. ff. de condi. furti. cum aliis concord. adductis hic per Alex. & addit Iaso. Antonium de Butrio in consi. 37. uiso puncto, & instrumento, & confirmat Iaso. quia licet diuisio quæ fit inter emphyteutas sit uera alienatio inter ipsos, tamen non requiritur consensus domini, quia non uidentur partes suas aliquo pretio uendere, imo uult unusquisque partem suam retinere, & d. l. fi. non habet locum quando emphyteuta uult alteri donare inter uiuos uel legare, quia non debet requiri consensus an uellit sibi donari uel legari, quia non cadit pretium, ut firmauit in dicta l. fi. C. de iure emphyteuti. & confirmat etiam per glo. & Butrium in c. ex insinuatione, de iur. patronatus, quæ tenet quod duo compatroni possunt ipsismet concedere & renuntiare ius patronatus sine consensu superioris, quia ista nō est propria alienatio, & illam glo. tanquam notabilem sequitur ibi Abb. & etiam confirmat Rippa, quia diuisio est permutatio. l. communi diuidundo. §. si debitor. ff. communi diuidundo. l. si filia. §. si pater. ff. familiæ hercifcun. emphyteutæ autem possunt permutare res emphyteuticas etiam cum extraneis irrequisito domino secundum Areti. & Bal. * in l. si domus. §. fi. de legat. primo. quorum opinio communiter * tenetur ut per Iaso. in dict. l. fi. col. 28. uersi. capio glo. sequitur Abb. consil. 74. duo principalia. col. penul. lib. 1. & Decius consilio 160. in causa monasterii. col. 1.

182 Limitat † tamen istam conclusionem Iaso. in dicta l. fi. ut procedat in diuisione æqualiter facta & pro portione qua quilibet tenetur ad pensionem, secus in diuisione per quam uni soli adiudicetur, & nihil adducit, nisi quia cessant rationes, sed Rippa reprehendit, quia imo non cessant rationes, cum emphyteutæ absque consensu domini possint inter se quocunque titulo alienare, ut statim subiicitur, ergo poterit tota res uni assignari, & ultra ipsum ꝓbatur, quia licita est permutatio per quā emphyteuta priuatur re ut statim dictum fuit, ergo etiā permittetur diuisio, quia est permutatio. Propterea Areti. hic limitat ut non procedat in emphyteusi noua plurib. concessa particulariter, nam isti non possunt alienare totum inter se, ut per Bald. in l. uoluntas. C. de fideicommissis, dicentem quod feudum nouum pluribus concessum non possit inter illos diuidi ita quod feudum remaneat uni & bona allodialia alteri, quia feudum nouū habet diuisum principium quando conceditur pluribus, & sequitur Barto. in c. imperialem, de prohibi. feud. alie. per Feder. in princip. Sed Rippa reprehendit, quia argumentum de feudo ad emphyteusim hoc casu non ualet, quoniam emphyteutæ possunt permutare inuito domino etiam cum extraneis ut supra dictum fuit, sed feudatarii non possunt secundum Speculatorem in tit. de feud. uers. Trigesimo quæro, & ideo remanet quod emphyteutæ possunt quocunque modo diuidere, & quod dictum fuit de emphyteusi noua procedit quātum ad successionem & priuationem totalem, nō autem quantum ad diuisionem. & ideo sequitur quod emphyteutæ possunt diuidere ut unus habeat rem emphyteuticam & alter pretium, quod uerum est secundum Rippam hic quando est emphyteusis paterna, secus si est emphyteusis noua quæ habet diuersum principium.

183 Nunquid † autem pater possit uni ex filiis prælegare totam rem emphyteuticam, discutit late hic Cro. & refert Oldra. in consilio 237. perlectis & diligenter attentis, dicens quod non potest etiam quod alii filii permittāt. Butri. & Bal. in l. item uidendum. §. si quis. de petitio. hæredita. & Bald. in d. c. 1. de prohi. feud. ali. per Federicum. Ioan. And. in rub. de feud. Rom. uero consilio. 36. contrarium tenuit, quia testator potest legare rem suam & rem unius hæredis, quæ ratio concludit in rebus liberis in quibus habetur plenum dominium, non autem in rebus in quibus alter habet dominium directum, ideo Crotus hic considerat quinque casus quos uide si placet, quia nimis egreditur materiam.

184 Tertia † est conclusio, quod plures emphyteutæ possunt inter se quocunque titulo alienare rē emphyteuticam irrequisito domino, per tex. in l. uoluntas. C. de fideicommiss. & l. cū pater. §. quindecim. ff. de leg. 3. quæ tamen iura parum faciūt, quia in eis fuit prohibita alienatio extra familiam, & in consequentiam permissa intra familiam, tex. autem in dicta l. fi. uidetur ꝓhibere simpliciter alienationē tā inter ipsos emphyteutas quam inter extraneos, & secundo adducit rationem, quia quilibet est obligatus ad pensionem, ideo cum non præiudicet domino uidetur quod sit permissa, quæ tamen ratio etiam debilis est, quia licet sit obligatus pro parte sua tamen pro parte quam emit non est obligatus domino. Propterea conclusio est ualde dubia, tamen opinionem Bar. hic sequitur ipsemet in consil. 58. in 2. dubio. & in dicta leg. cum ii. §. si uni. & ibi Paul. de Castro. ff. de transactioni. & idem Bar. in l. & ideo. ff. de condictio. fur. & l. 1. in fin. C. de imponend. lucratiua descrip. cum aliis hic Cumul. p Iaso. & ampliat eam Saly. in l. ea lege. C. de condictio. ob causam. col. penul. uersi. circa idem plures fratres, dicens quod si plures fratres accepe-

runt fundum pro se & filiis & descendentibus & promiserunt nõ alienare irrequisito domino sub certa pœna adhuc poterũt alienare impune, quia sunt eiusdem cõditionis & ex eadem causa pariter obligati domino, per dic.l.§.1.|in uerbo nam personæ conditio.C. de imponend. lucratiua descriptio.lib.10.quod mandat Iaso. ligari bene ad * digitum, & est communis * opinio ut ipse asserit, a qua in iudicando & consulendo non est recedendum.

Nihilominus ipse in contrarium allegat glo. Gai. de Cuneo & Alberi. de Rosato in dicta l.cũ ii.§.si pluribus.ff.de transactionibus. per illũ tex. & l.si pupillorum. in principio. ff.de reb.eorum, & idem tenet gloss.& Bald.in l. dudum.C.de contrahend.empti.& in l.uoluntas. C. de fideicommiss.& Alexand.in d.l.si domus.§.fi. cum una limitatione, & istam opinionem sequitur Ias. hic, & mouetur retorquendo rationem Bart. contra eum, nam ipse inquit quod non potest alienari in tertium quia ipse non esset obligatus domino actione personali ad canonem, quæ ratio cessat in pluribus emphyteutis secundum eum, quoniã imo uidetur retorqueri contra Barto. attento q; emphyteutæ sunt obligati actione personali pro parte sua tantum non pro parte quam habent a consociis, & sic perinde est ac si alienatio esset facta inter extraneos. Sed replicat Rippa q; emphyteuta tenetur actione personali ad recognoscendum dominum & ad pensionem etiam pro parte quam habuit a suo consocio, quia alienatio in eum facta censetur quædam repudiatio. c. 1.& ibi no.de aliena.feudi paterni. sed si emphyteuta repudiasset totum accreuisset per ius accrescendi emphyteutæ in quem facta fuit alienatio, & ratione iuris accrescendi dicitur inuestitus & obligatus insolidum. unde dictum fuit supra aliud esse in emphyteusi noua pluribus facta in quibus non habet locum ius accrescendi, & cõfirmat etiam alia ratione efficaci, quia alienatio prohibetur fieri ne ipse dominus cogatur habere emphyteutam forsan infidelem & inimicũ, dicta l.fin. quæ ratio cessat in alienatione inter ipsos emphyteutas, quia omnes sunt cogniti & approbati a domino.

Hinc est quod emphyteuta inuestitus pro se & quibus dederit poterit alienare rem emphyteuticam irrequisito domino, quia ex illis uerbis uidetur non curare qualitates personarum seu confidere de eo quod fideles eliget.c.1. de feud. non habente propriam naturam, stante enim clausula, & quibus dederis, uidet admissus quilibet eligendus per eum secundum Paul. & Angelum in l.cum esset.§.1.ff.de serui. rusti.prædio. quinimo etiam hoc procedit in eo qui est inuestitus pro se & suis successoribus quibuscunque, quia emptor dicitur successor singularis, ut no.in l.id tẽpus §.primo.ff.de usucapionib.& l. quædam.§.nihil.& § sequen.ff.de edend. & ideo bene sequitur quod alienatio poterit fieri in eũ irrequisito domino secundum Bal.in l.cum uirum.C. de fideicommiss.& in ca.1.§.donare.col.2. qualiter olim
feud. alien. poterat, cum concord. adductis per
Alexand.hic col.fi. & consil. 188. uiso & mature
discusso.col.5.lib.2.& Decium consi. 164.col. 3.
& consi.196.col.2. & Cur.Iun.consi.1.col.2.& cõ
silio 4.col.2.& Georg.Natta in cap.quamuis, co-
185 lumna 86.de pact. in 6. confirmat † etiam idem
Rippa, nam uassallus potest alienare in aliũ inui
to domino, quia censetur potius refutatio, secun
dum Bald.in c.1.col.3.de alie.feud. & ideo quic
quid dicit Ias.tenẽda est opinio cõis secũdum ip
sum, & eam omnimodo teneas ubicunque aliena
tio esset facta in proxime successurum, quia tunc
nemini fit præiudicium, & est in effectu refutatio
quæ potest fieri & cum pecunia & sine pecunia,
quoniam nõ mutatur natura feudi, ut per docto.
in cap.primo.de alien.feud. paterni. Sed si uen-
deret alteri qui non esset proxime successurus,
tunc alienatio ualeret durante uita ipsius alienã
tis, neque diceretur incidisse in commissum, cum
ille sit de personis approbatis a domino & fide-
libus, unde non requiritur eius consensus, sed ta
men hæc alienatio postea non præiudicaret alte-
ri successuro in proximiori gradu, ut habetur in
dict.cap.1. de alien.feudi. paterni. Propterea cõ
clusio Bart.hic omnimodo procedet quando fit
diuisio & remissio in proxime successurum, & il
le qui remittit non haberet filios, sed si haberet
filios talis remissio non præiudicaret eis si esset
emphyteusis ex pacto, & prouidentia, & solum
ualeret durante uita sua, quoniam non potest uas
sallus aliis successoribus præiudicare, per no. in
dict.c.1.de aliena. feudi paterni, nisi haberet po
testatem alienandi in alios propter clausulam,
& quibus dederis, uel per illam clausulam, pro
te & successoribus quibuscunque.
186 Dubitat † insuper Rippa hic, quid si emphy-
teuta inuestitur pacto expresso, ut non possit a-
lienare rem irrequisito domino, an possit aliena
re in consocios, & primo allegat quod pos-
sit, quia intelligitur hoc pactum de alienatione
facienda in extraneos, non inter se ipsos, secun-
dum Salyc.in l.ea lege.col.penul. C.de condicti.
ob causam. sed postea in contrarium argumenta
tur, quia hoc modo pactum nihil operaretur, q;
non est dicendum, & pro hac opinione adducit
decisionem Bald.in c.1.§.præterea, de prohibit.
feudi aliena.per Federicum. ubi decidit, quod si
uassallus faciat pactum de non alienando nõ po
terit alienare feudum etiam in casibus a iure per
missis, quia prohibitio hominis concurrens cũ
prohibitione legali debet aliquid operari, per
tex.in propriis terminis in §. sanctissimas.in au
then.de aliena.& emphyteu. per quem idem cõ-
cludunt Alexand.& Iaso.in l.filius familias.§.Di
ui.ff.de leg.primo. quæ decisio est ualde notan-
da, quia per eam sequitur quod hodie nulla po-
terit fieri talis alienatio, quoniam in omnibus
instrumentis emphyteuticis & feudalibus semp
apponitur istud pactum quod non possint alie-
nare irrequisito domino alias cadãt a iure suo.
187 Sed tamen † ego puto ueriorem esse opinionẽ
Saly. quod imo tale pactum restringatur ad na-
turam

turam emphyteusis uel feudi, & quod prohibeat tantummodo eas alienationes quæ de iure prohibentur, & hoc probatur in dicta l. fi. coniuncta. l. 1. nam omnia pacta quæ dicũtur esse apposita dicuntur esse naturalia contractus, & ideo intelliguntur secundum naturam contractus, & si sunt apposita mandat ibi Iustinianus quod seruẽtur, & si non sunt apposita mandat quod per alienationem cadat a iure suo, ideo uult æquiparari, an sint apposita uel non sint apposita, & propterea omnimodo tenendum uidetur quod non egrediantur prohibitiones a lege factas, & quod alienationes alias permissæ non impediantur, sicut nec refutatio impeditur, nec obstat dictus. §. sanctissimas, quia loquitur in dispositione facta in testamento ultra dispositionem legis & separatim ab ipso actu, uel ille tex. procedit in ecclesia prohibita alienare, quia tractatur de fauore ipsius, hic uero nos loquimur de pacto apposito su per contractu habente propriam naturam datã a lege, dict. l. 1. C. de iur. emphyteut. & clausulæ subsequentes non alterant principale. clem. 1. cũ gloss. de præbend.

188 Dubitat † insuper hic Rippa, an in casu quo permittitur alienatio inter emphyteutas debeat solui laudemium, & argumentatur quod sic, quia licet possint alienare inter se irrequisito domino tamen non sequitur ergo laudemium non debetur, nam emphyteuta potest permutare irrequisito domino, & tamen permutans pro noua inuestitura tenetur soluere laudemium, secundũ Imo. in c. potuit. col. 13. de locat. & Iaso. in dict. l. fi. col. 128. quicquid dixerit Guido Papæ decisio. 46. 92. & iis. per totum, & 48. in fin. Similiter emphyteuta potest donare irrequisito domino, & tamen donatarius tenetur ad laudemium per Iaso. in dict. l. fi. col. 115. & sequenti, quicquid dixerit Guid. Papæ decisi. 48. sed ipsemet postea in contrarium argumentatur, quod non debeatur laudimium, quia laudimium non debetur a comprehensis in prima inuestitura sed tantum a nouis emphyteutis, secundum gloss. in dicta l. fin. in uerbo accipere, & alter consocius est de comprehensis in antiqua inuestitura ergo non tenetur nouam inuestituram accipere, & consequenter nec laudimium soluere, quod pro noua inuestitura debetur, ut per Ioannem de Anania in consilio 90. incipiente, quia dubium istud, & sequitur hic Rippa, præter quam in noua emphyteusi pluribus concessa in qua non habet locum ius accrescendi, & etiam ego puto uerum, quia laudimiũ debetur ab acccipiente, quoniam tenetur se subiicere ecclesiæ & opportet quod eum recognoscat tanquam fidelem & habilem, merito in recognitionem superioritatis debetur illa pecunia quæ cessat inter ipsos emphyteutas, & absque dubio procedit in diuisione facta & refutatione, sed tamen potest etiam procedere ex dictis rationibus in aliis alienationibus.

189 Quarta † est conclusio, quod emphyteota remittens omne ius quod habet uel habere sperat non prohibetur petere emphyteusim prouenientem sibi per successionem ex forma contractus emphyteutici, uel etiam ex alia ratione ex qua potest priuari frater emphyteuta & applicari potest alteri, iuxta no. in c. 1. de alien. feud. paterni. & adducit duas rationes, una est quod pactum factum in utilitatem alicuius non prodest alteri nisi intersit ipsius paciscentis. per l. & hæredi. §. fi. de de pact. sed quod acquiratur ecclesiæ nõ interest fratris paciscentis ergo sequitur quod nõ prodesset ecclesiæ, & per consequens illa non potest habere emphyteusim, sed Ias. dicit quod hoc fundamentum est ualde debile, ex eo quia tex. in dict. l. hæredi. loquitur in personis communibus non autem in personis priuilegiatis quibus per alterum potest acquiri, sed ecclesia habet priuilegium ut ex contractu cuiuslibet & stipulatione possit acquirere, quamuis non intersit contrahentium, ut uoluit Alex. in l. stipulatio ista. §. fin. per illum tex. in uerbo, edem sacram, supra eodem, & sic hoc fundamentum retorquetur contra Bartol.

190 Sed tu replica † quod imo ille tex. probat cõclusionem Bartol. quod pactum non prodest illi alteri quãdo non interest paciscentis, & ille tex. generaliter procedit etiam quod sint personæ priuilegiatæ, propter illam rationem, quia non est intentio paciscentis acquirere, & cum esset cõsensus suus cessat pactum, & pacti acquisitio, nec obstant allegata in dicto, §. stipulatio ista. §. fina. quia ille tex. loquitur in eo qui expresse paciscitur ecclesiæ, uel stipulatur alteri personæ priuilegiatæ, nam tunc ex parte stipulantis inest consensus, & solum defectus est in acquirente propter rigorem stipulationis, ideo obiectio procederet si in tali diuisione frater pacisceretur, uel stipularetur pro ecclesia. sed quando fit simplex pactum de remissione tunc non prodest alteri nisi eius intersit, & ideo magis est mirandum de Iasone qui fecit istam obiectionem.

Secundo Bartol. adducit rationem, quod pactum factum ad utilitatem alterius non inducit priuationem in persona promittentis nisi prius acquiratur illi cui paciscitur, per l. nec utilem. ff. ex quib. caus. maior. ibi non intelligitur ammissum quod alteri ablatum, idest alteri non est quæ tum. facit l. cum quis. §. si debitorem. ff. de solutionibus. glo. & Barto. in l. qui hominem. §. si debitor. ff. eodem. item & latius tenet Bart. ubi etiã alias rationes adducit in præallegato consi. 58. quod incipit ex themate prædicto. Sed tamen hæc ratio uidetur dubitabilis, quoniam assumptum non uidetur uerum quod non acquiratur remissio ipsi fratri paciscenti, cum ei uideatur data potestas disponendi de tali emphyteusi in extraneos hæredes saltem uiuente ipso fratre paciscente cui ueniebat acquirenda, & quis potest remittere ius suum alteri qui non potest succedere in uita sua quamuis non præiudicet proximiori successuro per text. in capitul. 1. de aliena. feud. paterni.

191 Propterea † opinionem Bartol. hic impugnat Paul. de Castr. in una lectura, dicens quod eccle-

sia non debet obtinere neque ex capite quod pa ctum prosit ei, neque quod non acquiratur fratri possidenti, sed ex tertio capite, quia per talẽ renuntiationem ius emphyteuticum uacat ex parte ipsius fratris renuntiantis, & quamuis non acquiratur fratri possidenti tamen renuntiatio inducit priuationem in persona ipsius renũtiatis, ut uidetur esse tex. clarus in l. quod meo. §. si furioso. ff. de acquir. posses. & tum uacet necessario illud utile dominum quod per se stare non potest consideratur cum directo, arg. text. in §. fina. insti. de usufructu, & probatur magis præcise in §. finitur. insti. de usufructu. ubi si quis cedat extraneo usumfructum cessio non ualet ut acquiratur tertio, tamen quia uacat acquiritur ipsi domino, & quamuis ille tex. dicat quod nihil agitur, intelligitur in fauorem extranei, sed tamen inducitur priuatio in persona renuntiantis ut probatur in dicto. §. si furioso. & per consequens acquiritur ipsi domino per consolidationem, & probat, text. in le. si usus fructus. ff. de iur. dotium. & ibi gloss. in uerbo cedendo, allegat etiam tex. in l. necessario. §. fi. ff. de periculo & comodo rei uendi. Rippa autem saluando Barto. respondet quod dicta iura loquuntur in actu spetiali facto per uerba spetialia per quem apparuit de animo deliberato remittentis ut uellet remittere, & quia nullo alio modo potuit ualere nisi acquiratur domino ideo acquiritur ei non ex acquisitione sed ex cõsolidatione, hic uero nõ fuit actus spetialis per uerba spetialia factus sed fuere uerba generalia quæ poterant aliquo modo uerificari quantum ad naturam diuisionis, ideo uidetur conditionaliter cedere si acquiratur ei, alioquin si non acquiratur retineat ius suum, & hæc distinctio probatur in l. si me in uacuam. ff. de acquir. posses.

Et ad tex. in dicto. §. si furioso. respondetur quod loquitur in possessione quæ est parui præiudicii, & consistit in sola animi operatione nõ autem in dominio, & ita uidentur concordare illa duo iura, gloss. ibi & docto. Secundo ultra ipsum potest responderi, quod ille tex. loquitur in usufructu qui facilius ammittitur, ut reuertatur ad proprietatem, hic nos loquimur in dominio quod non ammittitur nisi acquiratur, dict. leg. si quis ui. §. differrentia. ff. de acquir. possessio. tamen huic responsioni obstat, quia & hic nos sumus in utili dominio separato a directo quod dicitur esse debile propter separationem sicut ipse ususfructus. Tertio respondetur quod procedit in spetiali renuntiatione facta per uerba spetialia quæ demõstrant animũ remittentis, & ideo producit effectum suum etiam quod non acquiratur. nos autem hic loquimur in remissione generali quæ non demonstrat tam enixam uolũtatem, ideo conditionaliter uidetur facta, & illud ius non ammittitur ex sola uoluntate nisi aliquod factum ultra uoluntatem concurrat, d. §. differrentia. & hæc est tutior.

192 Secundo † Paulus adducit text. in c. 1. de eo q. finem fecit agnato. ubi si successurus renũtiat feudum alicui existenti in ulteriori gradu licet ei non acquiratur tamen nocet renuntianti ut acquiratur aliis agnatis proximioribus, itam etiã uidetur quod debeat ualere renuntiatio licet nõ acquiratur fratri, ut deuoluatur ad dominum. Sed respondetur quod ille tex. probat conclusionem Bartol. quia renuntians intendebat acquirere proximioribus, hic autem non intendebat acquirere domino seu ecclesię quia non interest, & ita pro Barto. allegat Cur. illum tex. consi. 60. memoriæ recollende, nu. 100. & consil. 62. quæ tamen responsio non bene conuenit illi text. quia imo intendebat tantum ille acquirere cui promittebat non autem domino. unde secunda debet dari responsio, quod ibi erat facta spetialis renuntiatio per uerba spetialia demonstrantia uoluntatem omnino transferrendi, & forsan erat facta traditio, ideo cũ abdicatio ab eo fieret debet acquiri domino ne uacet, arg. dicti. §. si furioso, & no. etiam in dicto. §. differrentia, & sic fundamenta Pauli non uidentur stringere cõtra Bart.

Et pro opinione Bart. allegatur text. in capit. fin. si de feud. fuer. contro. inter do. & agna. & in l. auus. ff. de pact. per quem text. ibi Ang. Iaso. & Guili. dixerunt quod si filia renuntiat hæreditati paternæ extantibus masculis non præiudicabit ei si postea pater decedat sine liberis, & hic Aretin. tenet, & Docto. post Bald. in l. si actione. C. de pact. facit etiam pro hac conclusione le. si a te. §. fi. ff. de exceptio. rei iudica. ubi exceptio acquisita fratri non debet prodesse authori suo, & istam conclusionem dicit Aretin. hic fortius procedere quando renuntiatio fit pro se & hæredibus, quia cum respiciat hæredes apparet quod non intendebat acquirere domino seu ecclesiæ. l. iubemus. C. ad uelleia. & no. in dicta. l. auus. sed etiam procedit in dubio, quia non uidetur uelle acquirere tertio, quoniam non interest. argu. dictæ. l. & hæredi. §. fi. sed si constaret quod uolebat acquirere ecclesiæ uel extraneo tunc posset procedere opinio Pauli, quia potuisset acquirere ecclesię per rationem primam Iaso. & per Bart. in l. non solum. §. liberationis uerba. ff. de libe lega. per text. in le. postquam liti. cum materia. C. de pact. ut hic per Aretin, & Crotum considerantes hos tres casus.

193 Ego autem † resolutiue dicendo puto aliter distinguendum, Aut enim constat quod uoluerunt renuntiando acquirere ecclesiæ, uel domino, & tunc casus est clarus, quia potuerunt alteri stipulari, sed nos sumus extra terminos quæstionis ꝙ Barto. si uero frater remittens in spetie dixit ꝙ remittebat omne ius quod habet uel habere sperat etiam iure successionis in re emphyteutica, & tunc puto quod acquiretur ecclesiæ uel domino, quia hæc renuntiatio est spetialis, & apparet quod ille uoluit omnino transferre ius suum, eo modo quo ei poterat acquirere ut saltem de facto posset instituere extraneos hæredes, & propterea uoluit priuari iure suo, & quamuis in totum non acquiratur paciscenti, tamen in persona sua inducitur priuatio, per dict. l. quod meo. §. si fu-

§. si furioso. in ratione posita in finalibus uerbis. acquir. possess. & hic etiam non est casus noster, sed magis pertinet ad præcedentes quæst.

194 Si uero † simpliciter dictum fuit, remiserunt omne ius quod habent uel habere sperãt, ut Bar. in sua quæstione præsupponit, & tunc puto opinionem eius ueriorem, non per rationes suas quę euitari possunt, sed per aliam rationem, quia hæc generalis renuntiatio non porrigitur ad ea quibus recte conuenire non potest, item generalis renuntiatio non trahitur ad ea quæ quis spetialiter non esset concessurus. l. obligatione generali. ff. de pignorib. & si fratres fuissent interrogati, an remittens uellet priuari si fratri non posset acquiri, & paciscens an uellet stipulari si sibi acquiri non posset, respondissent quod non, quia sibi ipsis uolebant fauere non extraneis, ut per gl. in l. tale pactum in §. 1. in gl. per exceptionem. in fi. & satis etiam probatur in dicta l. hæredi. §. fin. & l. si me in uacuam. & l. si quis ui. §. differrentia. ff. de acquir. possessi. item etiam renuntiatio nõ uidetur facta in casu quo quis incideret in pœnã, ut no. in dict. l. obligatione generali. ff. de pigno. & habetur in l. non solum. §. sed ut probari. ff. de nou. oper. nuntiatio. nam talis remissio uideretur esse quædam alienatio propter quam incideret in commissum, ideo non præsumitur, nec allegata in contrarium probant, quia loquuntur in spetiali alienatione habente spetialia uerba demonstrantia intentionem plenam remittendi.

Vndecimo quærit Barto. hic reuertendo ad ea quæ dixit in 1. quæstio. circa intellectum Azo. ꝙ fratres teneantur de euictione, ipse enim, ut in gl. uidimus, tenuit quod sententia fuit pro parte ualida ex eo quia frater tenebatur de euictione, & limitabat postea procedere quando essent fratres scientes, inter ignorantes uero dicebat non habere locum actionem de euictione nisi fuissent stipulati per l. si fundum sciens. C. de euictionib. Bar. uero reprobauit eius opinionem, quia fratres non tenentur de euictione proueniente ex facto euincentis seu authoris utriusque per l. fundum. ff. de euictionibus, & l. si a me. ad l. falcidiã. sed tunc ibi nihil dixit quid iuris esset inter sciẽ-

195 tes, nunc uero supplendo ibi dictis † quærit, retẽta opinione Azonis, quod haberet locum actio euictionis inter fratres, utrum possit procedere etiam inter scientes, & Azo, ut dictum fuit, uolebat quod non, per l. si fundum sciens. C. de euict. sed Iacobus de Are. dicebat dictam l. si fundum sciens. procedere in uenditione non autem in legato uel fideicommisso, quia in eis inter ignorãtes habet locũ & conseruat omnis stipulatio de euictione, & inter scientes semper remanet actio de euictione ad pretium, per l. finalem. §. fi. C. cõmunia de leg. ideo dicebat hanc limitationem Azo. in proposito non esse ueram, sed generaliter conclusionem procedere, quod si fratres diuidentes tenentur de euictione. saltem pro pretio. Sed Bartolus dicebat conclusionem Iacobi de Arena posse procedere quando res legata fuisset empta, sed in diuidentibus non procedit dicta l. fi. sed habet locum alia conuentio ut inuicem teneantur ad mutuum periculum ex pacto tacite subintellecto per l. si familiæ. C. famil. herciscun. postea uero decidendo quæstionem dicit quod prædicta non habent locum in casu nostro, quia in eis tractatur quando tertius habet ius in rebus diuisis. nam tunc potest dubitari quid inter scientes uel ignorantes, in quæstione autem nostra tractatur de iure superueniente ipsis diuidẽtibus in rebus diuisis. nam tunc non distinguitur inter scientem uel ignorantem, sed fit conclusio generalis, quod quando inter contrahentes superuenit ius illud non præstat causam euincendi, sed confirmat ipsum actum faciendo effectum contrarium quod amplius non possit agi de euictione, per tex. in l. cum vir. ff. de usucapionib. ubi si uir uendit fundum dotalem sciens uel ignorans tenetur de euictione, sed si superueniat dominium non poterit propter illud euincere a se ipso nec ab alio, sed confirmabitur ipsa uenditio, & emptor remanebit securus ut amplius ab eo euinci non possit, & idem dicitur si quis uendidit rem furatam pro qua tenetur de euictione, quia si superueniat dominium confirmabitur uenditio, & amplius non poterit euinci res, & idem habetur in l. si a Titio. ff. de rei uendicatio. & propterea concludit quod si tenemus opinionem ut inter fratres habeat locum euictio si superueniat sibi ius nouum fideicommissi confirmabitur illa remissio, & habebit frater rem perfecte absque periculo euictionis, concludens in effectu quod etiam tenendo opinionem Azo. tamen in proposito nostro non poterit interuenire, quia per ius fideicõmissi confirmabit̃ diuisio.

196 Et ideo † in summa habes quatuor dicta doctorum, Primo quod emens fundum scienter extra causam fideicommissi non potest agere de euictione neque ad pretium dicta l. fundũ sciẽs. & sequuntur communiter * Doctor. secundũ est dictum, quod emens rem subiectam fideicommisso potest semper agere ad pretium, dicta l. fina. §. final. C. communia de legatis. & in hoc etiã est communis * opinio, de quo tamen dicetur in fi.

197 quæstione. Tertium est dictum † quod si suscipiunt mutuum periculum agitur ad pretium actione præscriptis uerbis, & uidentur sequi doc. tamen illa gloss. non probat, quia loquitur quando actum fuit ut non teneatur de euictione, secus autem si hoc non fuerit actum. Quartum est dictum, quod ius superueniens hæredi remittenti prodest ei ad confirmationem diuisionis, ista conclusio uidetur apparenter falsa, quia sequeretur quod facta diuisione semper effectualiter esset remissum fideicommissum, & nunquam fideicommissarius posset agere, quod est contra omnia dicta in præcedentibus. soluit Rippa quod dictum Barto. procedit retenta opinione quod tenerentur diuidentes de euictione, quæ saluatio non tollit totum obiectum, quia non tenetur nisi de parte ut supra conclusit ipse in prima quæstione, & in alia potest agere, igitur opinio Bart. non uidetur uera, nec suum præsuppositum ue-

rum, & contra Bar, facit. l. si seruo. ff. qui & a quib. & l. 1. ff. de pig. & per eundem Bar. in dicta l. cum uir. uersi. uenio ad secundum. numero. 10. & in distinctione.

198 Vnde † Areti. dicit quod ista ratio Barto. satis procedere potest si ius superueniens tenderet ad confirmationem actus facti, quod esset quando uenditio fuisset imperfecta, quia non erat dominus uenditor, ut patet in dict. l. cum uir, ubi ideo dominium superueniens prodest ipsi emptori ut perficiatur, quoniam uendens ius plenum transferre non poterat, sed quando uenditio est perfecta ius superueniens dicitur auuocatiuum non confirmatiuum præcedentis actus. arg. l. an eadē. ff. de exceptio. rei iudi. sed in casu nostro diuidētes erant plene domini tempore diuisionis ex iure institutionis, & plenum ius potuit transferri, ideo ius superueniens non potuit esse confirmatiuum seu impletiuum diuisionis, ergo oportet quod sit auuocatiuum, & ideo non obstante diuisione hæres poterit consequi fideicommissum in rebus per diuisionem datis. Cōfirmat Rippa, quia ius superueniens authori ita demum prodest successori si interest authoris, ut quia sit obligatus successori. l. 1. ff. de pigno. actio. & per Bar. in dicta l. cum uir. in casu nostro non interest authoris, quia non tenetur si euincat occasione fideicommissi, cum ut dictum fuit non intelligatur remissum, ipse tamen saluat Bar. quia præsupponit fratrem superstitem teneri de euictione, & ideo quærit an etiam teneatur data scientia, unde hoc præsupposito stante cessant fundamenta prædicta secundum eum.

199 Tamen † negari non potest quin sit magna diuersitas, quoniam in dicta l. cum uir. ille uendit asserens se dominum, & dominium superueniēs confirmat assertionem suam & ipsum contractū, hic uero asserit se dominum iure institutionis, & uere erat dominus, sed nihil dixit de iure futuri fideicommissi. unde ius fideicommissi non uenit ad confirmationem sed ad destructionem ut dicebat Areti. & bene, tunc autem ueniret ad cōfirmationem & prodesset alteri si tenderet ad cōfirmationē institutionis, ut in casu legis si tu ex parte. ff. de acquir. hædita. qui asserit se dominum ex causa institutionis, & confirmatur ius institutionis ex noua conditione, hic uero ius fideicommissi præsupponit dominium ex institutione, & non auuocat illud, nec ei contradicit, sed ex alio capite res petitur, igitur dicendū est quod ratio Bartol. est falsa, quia destruit omnia dicta in præcedentibus, & propterea tenenda est opinio Iacobi de Arena quod si esset uerum præsuppositum quod tenetur de euictione petens ageret ad pretium per dictam leg. fi. §. fi. C. communia de leg. qui seruatur etiam in hoc casu, & sic habes duo præsupposita Barto. falsa super sua quæstione quæ in se falsa est, & falsam etiam habet decisionem, & seruatur semper tex. in dict. l. fi. §. fi. C. communia de leg. qui licet loquatur in extraneo tamen etiam habet locum inter cohæredes, per suam rationem & spetialitatem, & præ dicta habent locum quando res euincitur ab uno ex fratribus diuidentibus, quando autem euincitur a tertio quid iuris sit habetur in quæstione finali.

200 Duodecimo † quærit Bart. an si ille cui debetur res per legatum uel fideicōmissum eam emit uel ex alio titulo quæsiuit an uideatur remittere fideicommissum, quæ quæstio contraria est præcedentibus. nam ibi fideicommissarius faciebat actum priuatiuum remittendi uel consentiendi, ut uendatur, iuxta l. si fundum per fideicommissum. de leg. primo hic uero facit actum acquisitiuum multiplicando sibi titulum seu nouum addendo, in qua quæstione gl. uidetur tenere quod non uidetur remittere sed per nouum titulum a se euincit, & ideo pretium consequi potest, per dictam l. si uendideris. & l. non tamen ff. de euictionibus. & l. fundo. supra ad leg. falcidiám. Dy. uero plenius distinguebat, & dicebat considerādos esse tres casus, Aut emit a tertio, Aut ab hærede grauato quando est fideicōmissum conditionale, Aut ab hærede quando est fideicommissum purum, in primo casu determinat quod non sit remissum fideicommussum nec legatum, ut sibi non præiudicet. §. si res aliena. insti. de leg. l. plane. §. quod si emissem, de leg. primo. Secundo casu quando emit ab hærede grauato sub conditione similiter sibi non præiudicat, per dictam l. si uendideris. & dictam l. fundo. Tertio casu quando emit ab hærede rem pure relictam distinguit. Aut ignorans, & sibi nō præiudicat, per l. cui res. ff de actio. emp & l. huiusmodi. §. qui seruum. ff. de leg. primo. sed si emit sciens & tunc præiudicat sibi, arg. l. Titius. ff. quib. mod. pig. uel hypotheca soluitur. & sic in effectu Dyn. constituebat quatuor casus, in tribus uolebat quod sibi nō præindicaret emens, in quarto casu præiudicaret, fasciendo regulam quod sibi non præiudicat, Fallit quando emit scienter ab hærede rem sibi legatā pure. Bar. uero regulam approbat, sed limitationem reprehendit, uolens quod generaliter sibi non præiudicet, & ad l. Titius. respondet quod loquitur in pignore quod faciliter ammittitur, item loquitur in iis quæ dependent ex cōtractu, nos autem loquimur in iis quæ dependent ab ultima uoluntate, quæ in dubio non ammittuntur, ut per glo. in dict. l. tres fratres, & per l. de iis. de transactionibus. & hæc est prima ratio quia non præsumitur remittere. Secundo adducit l. fi. §. fi. C. communia de leg. quę uult spetiale esse in legato ut non distinguatur inter scientem & ignorātem, neque inter debitum purum & conditionale, quoniam de omnibus erat dictum in præcedētibus. Tertio adducit, quia si scienter emit a tertio sibi non præiudicat, ergo nec etiam si emit ab hærede, & propterea facit regulam generalē, quod nunquam emens rem sibi legatam uel per fideicommissum relictam uidetur remittere seu sibi præiudicare saltem in precio.

201 Doctores uero † hic examinant spetialiter omnes quatuor casus. Et primus est casus, quando legatarius emit rem legatam a tertio, & tunc sibi non

bi non præiudicat siue sciens siue ignorans, tamē dicebat Raphael quod tex.in dicto. §.si res aliena.non probat, quia loquitur quando legatarius emit uiuo testatore, unde non potest dici repudiasse ius quod sibi non competebat.similiter dicebat dictam.l. plane.§. quod si rem.non probare, quia intelligitur uiuo testatore secundum dictum.§.si res aliena. sed tamen Alexand. dicit ꝙ imo ille tex.probat, quia loquitur indistincte, & ipse trahit ad se dictum.§.si res aliena.argu.not. in l.sciendum.ff.qui satisda.cogantur. & alias nō haberet dubium, & sic discordant quis text. debeat ad se trahere alium. unde non concludenter probat, & ideo tertio allegatur text.in §.si cui fundus.insti. de leg. sed Rippa dicit quod nec etiam probat, quia loquitur in legatario cui legatus erat fundus alienus, quo casu uidetur sibi legatum pretium.l.cum alienam. C.de leg. merito emendo fundum a domino non censetur remittere pretium, quia per talem emptionem non impeditur hæres præstare pretium, ideo Rippa hic dicebat conclusionem restringendam ut procedat quando emit a tertio uiuo testatore, uel si post mortem quando a tertio rem alienam sibi legatam emit.

Sed tamen non est recedēdum a communi opinione, quoniam ad hoc ut dicatur remissio & repudiatio opportet ut sit intentio remittentis quæ in dubio non præsumitur, per l. cum de indebito.de probatio & per gloss.in dict.l. tres fratres, & per dictam.l.de iis, & probatur in dicto. §.quod si emissum.& etiam in dicto.§.si res aliena.iuncta glo.ibi quæ non facit differrentiam an ematur uiuo testatore uel post mortem, per text. in l.Mæuius.§.duorum.ff.de leg.2.& solum fit cōsideratio an ematur ex titulo lucratiuo uel onerosо, & quando est ex causa onerosa præsupponūt semper dicta iura legatum durare, quia non perfecte habet rem ipsam legatam. l. si seruus legatus.§.primo.& §.Stichum.ff.de legat.primo. & l. si a me.ff.ad l.falcidiam.

202 Secundus † casus est quando legatarius emit ab hærede rem legatam sub conditione, & tunc non censetur repudiare siue sciens siue ignorans sit, sed tanquam sibi euincat consequitur pretiū, dicta l.si uendideris.qui tamen tex. secundū Rippam concludenter probare non uidetur, quia loquitur in eo qui emit a tertio & uiuente testatore, sed credo quod Barto. uoluerit allegare in argumentum in ratione de euictione, quia ipse dicitur a se met ipso euincere, unde remanet actio ad pretium, ita in hoc quoque casu emendo a se met ipso euincit, unde remanet sibi actio ad pretium rei legatæ, & hoc modo facit. Secundo allegatur tex.per Dy. in l.fundo. ff.ad l.falcidiam.q. etiam secundum Raphaelem, & Rippam non uidetur probare, quia loquitur de eo qui fuit institutus hæres ab hærede grauato nō legatario emptore, unde tunc procedit regula de duabus causis lucratiuis.l.Mæuius.§.si duobus.ff.de lega. secundo. Rippa tamen dicit quod sibi placet communis conclusio, quia legatarius potuit emere propter dubium euentum conditionis, ut interim re ipsa potiretur, unde non debemus præsumere quod uoluerit repudiare, argum.l. cum de indebito.de probationibus. item quia expressa repudiatio legati conditionalis non ualet, nec præiudicat renuntianti.l. si ita scriptum. §. si sub conditione.ff. de leg.secundo.ergo minus tacita repudiatio, & hoc etiam sequitur hic Ias.& Bart. & Doct.in l.1.C.de pact.

203 Sed maior † dubitatio est, quando scienter emit, quia tunc uidetur uelle remittere legatum, quoniam auffert hæredi facultatem soluendi rē ex legato. ideo uidetur militare ratio remissionis, & probatur per text. in l.cui res.a contrario sensu.ff.de actio.emp.quæ uult actionem remanere si imprudens emit.ergo a contrario si scienter emit uidetur renuntiasse etiam pendente conditione.Areti. saluando Barto. dicebat illum text. debere intelligi quando scienter emisset rē post conditionis euentum tempore quo dominium
204 erat quæsitum. † Quæ tamen solutio diuinatiua est & destruit literam, quæ dicit pendente conditione, ergo illa non euenerat, & cum legatum sit sub conditione eodem modo & quæstio pendente conditione intelligitur, per l. in delictis. §. si detracta.ff.de noxalib. & etiam reprehendit hic Iaso. unde secundo loco respondet Aret. quod licet legatarius qui scienter emit non possit agere ad pretium ex causa legati, poterit tamen agere de euictione tanquam fingatur res sibi ex causa legati euicta, quæ saluatio etiam parum ualet, ut ipsemet fatetur, quia text. negare uidetur omnes actiones, & in spetie actionem de euictione quæ non competit per tex.in l. fundum sciēs. C. de euictionib. ideo tertio respondet Rippa ꝙ ille tex. determinat a contrario sensu scientē nō posse agere actione ex empto, sed bene poterit agere actione ex testamento tanquam res uideatur sibi abesse, ex quo abest pretium, ut dicit tex. in dict.l.plane.§.quod si rem, & declarat Bartol. in l.huiusmodi.§.qui seruum.ff.de leg.primo. Tu uero quarto potes respondere quod ille text.nō probat contrarium, quia non potest summi argumentum a contrario sensu contra alias leges, ut no.in l.conuenticulam. C.de episcop. & cleri. & l.1.§.huius rei.ff.de officio eius.

Vnde tenenda est opinio doctor. indistincte, quæ probatur indistincte ubi in causa lucratiua non tollitur primum legatum, & est planior declaratio, & idem dicitur in l.si fundum.ff.de cōditio.& demonstrat. & l. si fundum sub conditione.ff.de leg. primo.non potest induci coniectura repudiationis quia tunc indigebat illa re & nolebat confidere in conditione, ideo emit non animo sibi præiudicandi, quoniam inducta ad augmentum non debent operari diminutionem, lege legata inutiliter.ff.de adim.leg.& repudiatio de iure conditionali non ualet.l. si ita scriptum. §.sub conditione.de leg.secundo.nisi fiat per pactum expressum.l.prima.C.de pact. & ad tex. in dicta lege cui res. subaudi, maxime, ut fecit gl. in dicta lege si a substituto. de leg. primo, & si

ex substituto. de leg. primo, & si uolebat amittere legatum, & emere rem facilius erat donare pretium.

205 Tertius est† casus quãdo legatarius emit ignoranter rem legatam ab hærede pure grauato, & hoc casu secundum omnes non præiudicat sibi. dicta lege cui res. de actio. empt. & l. huiusmodi. §. qui seruum. ff. de legat. primo. & posset dici ꝙ emptio sit nulla, quia cum res sit effecta legatarii dicitur emptio rei suæ quæ non ualet. le. rei suæ. ff. de contrahend. emptio. & tenet gloss. prima in dicta l. cui res. & tunc si non erit solutum pretium & agatur ex testamento ad legatum replicabitur quod emptio sit nulla, si excipiatur de emptione, sinautem pretium fuit solutum poterit agere ex testamento, si rem non habet condictione indebiti consequi pretium, sed si habet rem agit actione ex testamento, ut consequatur pretium, ut probat dicta l. huiusmodi. §. qui seruum. ff. de leg. primo.

206 Quartus † casus est, quando scienter legatarius emit rem sibi pure relictam ab ipso grauato, & hic est casus dubius in quo discordant doctor. & Dyn. uolebat ementem sibi præiudicare in legato. argument. l. Titius. quib. mod. pig. uel hypotheca soluitur, qui text. non probat quia loquitur extra causam testamenti. Item loquitur in pignore quod faciliter remittitur, quia est parui præiudicii. l. si uendideris. ff. quibus mod. pig. uel hypot. solui. & per Bartol. in l. quæ dotis in fin. ff. soluto matrimonio. unde Bartol. econtrario tenet quod etiam in hoc casu legatarius sibi non præiudicat, quia non faciliter remittitur ius ex testamento, dicta leg. tres fratres, & dicta leg. de iis, & per text. in leg. final. §. final. C. communia de leg. referrendo ad superiora ubi dicitur de legato puro & conditionali, & cum loquatur de extraneo emente idem etiam erit in legatario emente, quia speciale est in legato, tamen uere ille tex. non probat, quia loquitur de extraneo emente ab hærede grauato non autem a legatario, qui hæres nullum ius habebat in re legata, hic autem est legatarius qui emit ab ipso hærede qui habet ius in re, & est speciale ibi propter auaritiã hæredis, quæ auaritia est quando ipse hæres uendit alteri, sed quando uendit ipsi legatario non uidetur esse auaritia hæredis sed ipsius hæredis instantia. Secundo loquitur in emente rem legatam sub conditione, non autem pure, & hoc subaudire est diminuere, & uiolare, & ibi gloss. in tertia solutione uult quod non fiat subauditio. Secundo Barto. mouetur ratione, quia renuntiatio non trahitur ad contenta in testamento. dicta leg. de iis. de transactionibus. sed facilis est responsio, quod inter scientes trahitur, quoniam sufficit mente inspexisse uerba testamenti, cum præsumatur præcise actualis inspectio. Tertio mouetur, quia legatarius emendo rem sibi pure legatam non uidetur repudiare legatum, si emit ab extraneo, ergo nec etiam quando emit a grauato, respondet Bald. rationem differentiæ esse quia qaando emit ab hærede & ei soluit pretium uidetur donare, quia scit sine pretio nõ posse consequi in totum, quod non est quando emit ab extraneo, quoniam indigens statim eam emit, non tamen eam animo repudiandi, quæ responsio non est generalis, quoniam non procedit in re testatoris legata quæ recta uia transit in legatarium & potest uendicari a quocunque possidente. l. in rem. ff. de rei uendicatio. unde secundo respondet Aretin. quod quando emitur a grauato resultat repugnantia, cum impossibile sit quod ab eodem habeatur una res ex causa lucratiua & onerosa, ideo eligendo unam uidetur repudiare aliam sibi incompatibilem. argumento. l. illud, & l. Clodius. de acqu. hæreditate. quæ ratio cessat in emente ab extraneo, quoniam remanet sibi uia consequendi ex causa lucratiua ab hærede, sed nec etiam hæc est generalis, quoniam ab eodem extraneo posset etiam uendicare rem ex causa lucratiua quando esset legata res testatoris, quod plærunque contingit, & sic adhuc uidetur stare ratio Barto. quod non uideatur uelle repudiare legatum, pro qua ratione facit, quia si uolebat repudiare habebat in effectu animum donandi pretium, cum non uere rem ipsam, unde faciliori uia potuisset donare pecuniam dandam pro pretio & petere legatum, uel inuitare eum ad dandum legatum, dicendo tu soluas mihi rem legatam & donabo tibi tantam pecuniam, & non esset opus instare super pretio an sit sufficiens prout fit in uenditione. l. ratas. C. de rescind. uendit. igitur credendum est quod rem emat quia statim indiget ea, & suspicatur quod hæres non dabit eam sine lite, ideo ne interim habeat illud incommodum expectando finem litis eam emit de præsenti, & si non daret pretium emendo ad tempus fortius procederet hæc præsumptio, quia intẽderet post ea se liberari a pretio agendo ex testamento. iuxta d. l. huiusmodi. §. qui seruo. ff. de leg. primo.

207 Pro opinione † tamẽ Dy. allegatur tex. in l. codicillis. §. primo. ff. de leg. 2. ubi consensus præstitus hæredi de uendẽdo præiudicat sibi in legato, ergo fortius emendo ab eo. sed respondetur secundum Doct. communiter, ꝙ ibi speciale est in libertis qui præsumuntur uelle donare patrono suo, ergo arguendo a speciali facit in contrariũ, præterea potest dici quod ibi remittitur legatũ sine prætio, sed tamen nõ tollitur quin ab hærede super aliis bonis pretium consequi nõ possit. Secundo adducitur, quia emendo uult rẽ ex causa emptionis ergo uidetur repudiare legatũ cũ sit necessarium antecedens. arg. l. illud. de acqui. hæredita. & l. ad rem mobilem. De procuratoribus. & maxime quia manente legato emptio esset nulla. l. suæ rei. ff. de contrah. emp. sed ad istud respondebat Aret. quod nihil facit, & potius probat quod emptio non ualeat q̃. ꝙ legatum repudietur, uel aliter respondetur, ꝙ nõ ualet emptio rei suæ quando est sua de iure communi, secus si de iure speciali. arg. l. 1. C. de don. quæ sub modo. est. n. res legata in dñio legatarii ante cognitum

legatum

legatum & traditionem factam ex priuilegio. l. a Titio. cum similibus. ff. de fur. ideo concurrit rei uendicatio cũ actione personali, ut per Bart. in l.1. C. communia de leg. item respondetur ꝙ probat contrarium, quia si emptio est nulla, ergo legatum durat. item respondetur quod non ualet emptio rei suæ si sit sua irreuocabiliter, secus si reuocabiliter. arg. l. in bello. §. qui seruum. ff. de cap. & postlimi. reuers. sed legatum nõdum agnitum dicitur esse legatarii reuocabiliter secũdum gloss. in l. si quis ita hæredem. ff. de condit. inser. & quod ualeat emptio rei sibi legatæ probatur in dicta l. plane. §. 1. & d. l. huiusmodi. §. qui seruum. ff. de leg. primo. & ibi Bart. & sic patet articulum esse disputabilem.

208 Communiter †* tamen doct. uidentur tenere contra Bar. per adducta per Dyn. ꝙ regulariter uideatur repudiare legatum. Limitatur tamen per Bal. & Imol. non procedere quando legatarius emit rem alienam sibi relictam a testatore, uel ipsius hæredis, quia tunc recta uia non transit in legatarium. dicta l. si hæredi. §. seruus. ff. de leg. primo. nam tunc non censebitur repudiare, quia potest ualere emptio, quoniam ipse non est dominus, sed tamen hæc limitatio redditur dubia, quoniam præsupponit opinionem communem esse fundatam in hoc solo, quia rei suæ emptio non ualet, sed supra demonstratum fuit ꝙ non bene fundatur dicta conclusio in hac ratione, ideo Raphael hic, & in d. l. a substituto. & Areti. reprehendunt hanc fallentiã, quia ratio repugnantiæ ꝙ ab eodem possit haberi eadẽ res ex titulo lucratiuo & oneroso militat omni casu. Secundo limitat Aret. ut nõ procedat qñ emit unã rem comprehensam in fideicommisso uniuersali, nam tunc non intelligitur renuntiasse fideicõmisso, quæ limitatio non habet difficultatem in aliis rebus comprehensis, sed in ipsa re empta uidetur esse eadem ratio.

209 Tu autem † pro resolutione teneas indistincte opinionem Barto. quod nunquam uideatur repudiare legatum, per rationem supra allegatam, cum si uellet repudiare & habere rem facilius sibi fuisset petere rem ex legato, & inuitare eum ad reddendum, offerrendo se daturum ei certam pecuniam, & minor pecunia sufficeret, ut inuitaret eum ad præstandum rem legatam, ipse autem facit emptionem ut citius rem haberet pro imminenti necessitate, animo tamen postea cõsequendi per legatum uel rem uel pretium actione ex testamento. l. huiusmodi. §. qui seruum ff. de leg. primo. & huic opinioni consonat regula generalis legis cum de indebito. ff. de probatio. & potius præsumitur fatuitas quam donatio, ut per Iaso. in l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iure. item facit, quia requiritur solennitas legis de iis. ff. de transactionibus, quia semper præsumptio est ne decipiatur, item inducta ad augmentum non operantur diminutionem. l. legata inutiliter. ff. de adi. leg. & parum interest ipsius quod emptio rei suæ sit nulla, dummodo consequatur eam, ut non possit sumi coniectura quod propter hanc actionem ualidandam uoluerit renuntiare legato, & actus multiplicatiuus & titulus duplicatus demonstrat enixiorem uoluntatẽ consequendi rem, non autem potest sumi coniectura quod uoluerit eam repudiare, quæ præsumptio uix sumitur ubicunque interuenit actus priuatiuus, ut patet in præcedentib. quæsti.

210 Decimotertio † quærit Barto. hic generaliter, an inter diuidentes detur actio de euictione, & refert opinionem gloss. in l. si familiæ. C. famili. herciscund. considerando tres diuisiones, unam quæ fit a iudice, Aliam quæ fit a partibus, Aliam quæ fit a testatore. In primis duabus procedit regula quod agitur de euictione, per dictam. l. hęredes. §. penultimo. ff. famil. hercis. & l. si familię. C. familiæ herciscundæ. & l. si fratres. C. communia utriusque iudicii. in diuisione uero facta a testatore sunt opiniones, nam glo. uolebat quod in ea non agitur de euictione per l. cum pater. §. euictis. ff. de leg. secundo. & not. C. famil. herciscund. l. si cogitatione, sed Cy. & alii reprehendunt hoc, uolentes quod imo etiam in diuisione testatoris detur actio de euictione, per l. si pater familias. ff. fa. herc. & cum d. ll. sint cõtrariæ ẽt causant opiniones cõtrariæ, & tenẽtes cõtra gl. respondent ad. §. euictis. ꝙ loquitur de prælegatis. Bart. uero tenet opinionem quod imo non habeat locũ euictio, per dictum. §. euictis. nam responsio data quod loquatur de prælegatis non ualet, quoniam in diuisione facta a testatore semper interuenit utrunque & institutio & prælegata, cum diuisio non possit fieri nisi res particulares prælegentur hæredibus. l. quid ergo. §. primo. de legat. primo. & l. ex facto. de hæredibus. insti. & l. quotiens. C. famili. herciscund. ubi hoc dicitur expresse, unde responsio quod aliud sit in prælegatis nihil est, cum nulla diuisio sine prælegatis esse possit, ideo ille text. probat regulam ꝙ non agitur de euictione. nec obstat dicta lex si pater familias. quia ponit limitationem, cum loquatur in casu spetiali, quando interuenit culpa hæredis, quia non redemit, & quando iure exceptionis petitur, non iure actionis.

211 Ideo † ex dictis Bartoli habes conclusionem, quod cohæres non tenetur cohæredi de euictione ex diuisione testatoris, & ratio adducitur, quia diuisio testatoris habet uim spetialis legati, hæres autem pro spetiali legato non tenetur de euictione. le. a substituto. §. primo. ff. de leg. primo. ergo etiam non tenebitur pro re euicta quæ ex diuisione testatoris alteri obuenit. sed dicit Rippa qnod si teneremus hanc rationem neque ope exceptionis haberet locum euictio, quia nullo modo tenetur pro spetiali legato, qdod est contra opinionem Bart. & aliorum in dicta lege cum pater. §. euictis. ff. de legat. secundo. ideo ratio non est bona. unde, ut refert hic Rippa, Raphael hic uoluit quod cohæredes inuicem teneantur de euictione, per dictũ. §. euictis. in uerbo ex coniectura uolũtatis. & pro ista opinione facit, quia hr̃des adeũdo uñr approbasse diuisionem testatoris per quasi con-

tractum,l.ex maleficiis.§.hæres.ff.de actio.&obliga.ideo sicut si ipsi diuisissent tenerentur de euictione,ergo etiam hoc casu,item facit, quia diuisio testatoris habet uim permutationis.l.si filia. §.si pater familias.ff.famil.hercisc.ergo cohæredes de euictione erunt obnoxii sicut si permutassent.

212 Tu autem†resoluendo dicas,quod tex. in dic. §. euictis. recte consideratus determinat totam quæstionem,& in effectu ponit duos casus, unus est quando prælegata relinquuntur ex sola affectione non animo diuidendi, & tunc uult quod non agatur de euictione, ut dicitur in l. a substituto.§.primo,ff.de leg.1.Secundus casus est,quando relinquit prælegata animo diuidendi,& tunc uult quod agatur de euictione ex coniecturata uoluntate testatoris, & ideo ille text. probat de directo contra opinionem glo.& Bart.quod ubicunque testator habuit animum diuidendi semper agatur de euictione, & cum eo concordant dicta.l.quid ergo.§.si.& d.l.quotiens.C.fam. hercis.& d.l.si pater familias. & probatur per rationem ibi assignatam,quia tunc testator in diuisione fungitur officio iudicis uel arbitri,& ideo euictio habere debet locum sicut si diuisio fieret ab arbitro uel iudice,& militat coniectura uoluntatis,quia uoluit filios habere partes æquales si æqualem fecit diuisionem, uel si fecit inæqualem uoluit habere integram partem assignatam, & ideo tota uis dependet ab hoc,an uoluerit relinquere prælegata ex sola affectione uel animo diuidendi,& quando constat quod fecit animo diuidendi,omnimodo teneri debet quod habet locum euictio pro conseruatione ipsarum partiũ.

213 Et si†non apparet de uoluntate præsumemus uoluisse facere diuisionem quando plærasque res hæreditarias prælegauit. arg.l.ex facto.ff.de hæredib.instituend.

Modus autem petendi istam euictionem non potest esse per uiam actionis, ex eo quia inter hæredes non datur directa actio ad prælegata quando ipsi possident pro parte, unde solum cõpetit exceptio,& propterea tex.in l.si pater familias.loquitur de exceptione,quia tũc possidebat, & erat remedium sufficiens.arg.l. Nesennius. ff. ad l.falci.tamen non negat ille tex. quin si alter possideret totum posset agere ex testamento, uel saltem actione familiæ herciscundæ, implorãdo officium iudicis ut præstetur illa cautio de euictione, & sic habes planam resolutionem in hac diuisione in qua iura recte considerata non contrariantur.Bar.tamen postea resoluendo generalem materiam an inter diuidentes habeat locum euictio,facit primam conclusionem de diuisione testatoris, ponendo regulam quod non habeat locum euictio.Fallit in casu dictæ l.si pater familias.sed eius conclusionem statim reprobauimus constituendo contrariam regulam quod imo habet locum.

214 Secundus†casus est ubicunque facta fuit diuisio a iudice uel partibus,& unus ex diuidentibus euincit rem ex facto hæredis agentis uel sui authoris.d.l.fundum meum.de euictionib.& dictũ fuit plene in prima quæstione. sed in contrariũ uidetur tex.in d.l.cum pater.§.euictis.ff. de leg. secundo, ubi dicitur quod agitur de euictione ope exceptionis in prælegatis, ergo etiam & in hoc fideicommisso, sed responderi potest quod ibi non agitur de euictione quando fuit factum prælegatum ex sola consideratione fauendi hæredi si quando illud prælegatum euincitur ab extraneo,sed si prælegata fiunt ratione diuisionis tunc non seruant naturam prælegatorum,&tunc habet locum euictio secundum modum positum ibi cum iuribus concordantibus. & ideo si fidei commissum esset relictum animo diuidendi hæreditatẽ inter fratres, tunc etiam posset habere locum euictio,quia uidetur pater assumere officium arbitri uel iudicis,& præsumitur uelle conseruare integras partes quas relinquit,ideo competit remedium ut inuicem suscipiant mutuum periculum,ut statim dixi.

215 Tertia est† conclusio & tertius casus, quando facta fuit diuisio a partibus uel iudice,&non agitur ex facto authoris sed ex facto alterius, & tũc competit actio de euictione.dict.l. si familiæ. C. famil.hercis.& l.si fratres.C. communia de lega. & tunc habet.locum lex uendicantem.ff. de euictionibus.

216 † Quæ conclusio intelligitur quando res obuenta in diuisione euincitur propter debitum factum etiam a testatore in uita sua,uel ex alio contractu suo,uel propter causam ipsorum hæredum extra causam hæreditariam, nam tunc non dicitur proprie ex facto authoris euinci sed ex alia causa,& prædicta conclusio procedit tantum quando ipse qui euincit fuit author, d. lege si fundum. de euictionibus. uel quando testator fecit fideicommissum in testamento,ut probatur in dicta l.& si placeat.de do.prælega. unde Bart. in hoc casu fuit deffectiuus nõ distinguendo me

217 dulitus eos.Limitatur†etiam dicta conclusio nõ procedere quando portio alterius est in eadem causa euictionis secundum Guil.Bald.& Paulum in d.l.si familiæ.& quamuis alterius portio nondum sit euicta,tamen sufficit quod sit in periculo euictionis,& non curatur quod tertius non curet euincere,quia illa negligentia debet cedere lucro possessoris secundum Paulum.sed Saly. ibi tenet oppositum propter generalitatem illius,& Rippa dicit quod forte uerior est sua sententia, quia fortuna debet esse communis sicut periculum commune est,& sufficit quod succursum sit ex præsenti in periculo euictionis, casu quo sequatur.l.hæredes.§.penul.ff. famil. herciscundæ. & etiam ego puto uerum, nam si sibi cauetur de euictione satis succursum est ei, & ut agatur de euictione requiritur plena euictio, nisi forsan iam lis esset incepta, uel de proxime esset incipienda.

218 Quartus casus†est ubicunque res euincitur ab extraneo,& tunc Bar. concludit distinguendum esse secundum dictam legem fundum sciens. C. de euictioni.ut sciens non agat de euictione nisi promissa fuerit, ignorans uero agat per predi-

cta,

cta,sed tamen hęc conclusio uidetur dubitabilis. cum dicta l.fundum sciens.loquatur in actu peni tus uoluntario ut in emptione, sed diuisio habet necessitatem aliqualem, quia res hæreditarias te netur diuidere ad euitandam incommoditatem communionis.iux. legem cum pater. §. dulcissimis.ff.de leg.secundo.sed tamen non est receden dum ab hac conclusione,quia tex.in d.l.si fratres. C.communia utriusque iudicii.in terminis diui sionis distinguit inter scientes & ignorantes in certis qualitatibus, unde uidetur ꝙ scientes non habeant actionem nisi per conuentionem factã, si denegatur actio de euictione quando ipsi cohæredes obligauerunt, fortius si esset obligatio facta in uita testatoris ex aliquo contractu,similiter etiam hæc conclusio de scientibus procedit etiam quod euincatur ex causa legatorum uel fideicommissorum per dicta in præcedenti cõclu sione in prima quæstione,quia periculum commune uidentur inuicem suscepisse,ut per glo. in d.l.si familiæ.secundumBal.sup.in xi.q.quæ satis potest procedere in legatis & fideicommissis ut Bar.eam allegat,& maxime si ipsi cohæredes sint inuicem grauati, cùm cohæres non teneatur de euictione si cohæres est gratus ei restituere partem suam & aliam rem dare nisi illa legata sint euincenda ab extraneis,quia tũc procederet tex. in d.§.euictis in prima quæst.

219 Sed dubitat†hic Rippa an fratres diuidentes scientes rem diuisam esse alteri extraneo legatã teneantur de euictione respectu pretii. per leg. finalem.§.fi.C. communia de lega. sed allegat in contrarium decisionem Bar.in xi.q. quia diuidẽ tes uidentur mutuum periculum in se suscepisse, & uidentur sequi docto.argume. l. de fideicommisso.C.de transa.& l.si pater puellæ.C. de inoff. testam.sed Rippa dicit quod ratio Barto.non est generalis,quia cessat quando res legata tota adiudicaretur uni,& res propria alteri,& ideo hoc casu salua deberet esse actio ad pretium,quod cõ cedunt Guil.& Bal.in d.l.si familiæ,& Alex.hic. Secundo confirmat, quia quando potest summi alia coniectura non præsumitur quod aliquis uel lit ius suum remittere.l.si is.ff.de solut.sed diuidentes habentes notitiam fideicommissi conditionalis poterant æstimare conditionem fideicõ missi non exituram ideo non uidentur uoluisse remittere actionem de euictione casu quo extitisset conditio,tamen postea dicit quod hæc consideratio uidetur frustratoria, quia si res subiecta fideicommisso obuenit uni soli,Aut obuenit pro rata cuilibet,&tunc si tota ab omnibus sit euicta communis iactura cuilibet tollet actionem, Aut portio unius tantum euicta fuit, & uidetur tunc agi posse,quia portio aliorum est etiam in eadẽ causa euictionis. Secundo dubitat, an limitatio procedat quando a iudice est facta diuisio,& di cit uideri quod non, quia ex necessitate obuenit in partem illa res postea euicta, & sententia fertur in inuitum,l.inter stipulantem.§. primo. supra eodem.unde non uidetur hoc casu in se susce pisse periculum. Cõtrarium tamen ipse determinat, quia poterat a diuisione inutili appellare.l. si ab arbitro.ff.qui satid.cog. & non appellando uidetur consentire.l.ab eo.C.quomod.& quand. iud.propterea diuisio iudicis iudicabitur diuisio partis per l.ob causam.C. de euictio.

220 Tertio †etiam dubitat hic Rippa an si actum est ut nullus teneretur de euictione, hoc casu pos sit agi ad pretium & res postea sit euicta alio iu re quam ex causa legati, & argumentatur quod possit agi.per legem emptorem.§.fi.ff de action. emp.sed contrarium determinat glos.in d.l.si familiæ.quia mutuum periculum in se suscepisse ui dentur,quæ tamen ratio cessat quando uni obue nit res obligata insolidum, & alteri res est libera.item conclusio ex toto confunditur, quia secundum Saly.mutuum periculum non considera tur nisi sequatur euentus,sed uerum est in illis ca sibus in quibus uoluerunt non teneri de euictio ne,sed ista conuentio facta in uno casu non trahi tur ad alios qui habent rationem diuersitatis.

221 Facias† igitur aliquos casus, Aut grauamina sunt imposita nominat in ipsis hæredibus distributiue,& tunc unusquisque tenetur ad onus suũ, & nihil repetit.Aut sunt relicta ab omnibus hæredibus & sunt pura,& tunc detrahuntur de hæreditate tanquam es alienum,& quod superest di uiditur.Aut uero sunt conditionalia, & tunc si sunt relicta inter ipsos cohæredes non agitur ex eo quod sint relicta, & petuntur ab honoratis, sed agitur si emant rem ab extraneis post solutionem.d.§.euictis.& tũc poterit procedere tex. in d.l.fi.§.fi.C.commun.de leg.

222 Vltimo postea†ultra Bart.quærunt scribentes hic post glo.an in sententia sit exprimenda causa,& quia quæstio est magnæ inuestigationis, & non pertinet ad intellectum ipsius tex. ideo sum contentus remissione ad ea quæ supra posuitCro tus late,satis enim discussimus in hoc §. cũ quin

225 que spetialia examinauimus.Primo an inter diuidentes habeat locum euictio, de quo dictum fuit in prima undecima & ultima quæstione Bartoli. Secundum examinauimus, utrum per emptionem rei subiectæ fideicommisso factam a fideicommissario sit remissum fideicommissum quo plene dictum fuit in undecima quæstione. Tertium examinauimus, an per diuisionem cum clausula (remittentes omne ius quod habent uel habere sperant)sit remissum ius emphyteuticum uel feudale,de quo dictum fuit in decima quæstione. Quartum principaliter examinauimus,utrum per diuisionem sit remissum fideicommissum,& fecimus quinque generales cõclu siones. Prima fuit, quod per simplicem diuisionem non remittitur fideicommissum ut prima quæstione.Secunda fuit, an per diuisionem cum clausula generali simplici de nihil faciendo con tra eam sit remissum fideicommissum, & conclu sum fuit quod iura pura uidentur remissa & non iura de futuro in secunda quæstione Bartoli. Tertia fuit, quando est apposita clausula prægnans faciens mentionem de fideicommisso, & conclusum fuit propter uerbum(occasione fidei

commissi debiti) esse remissum fideicommissum purum & non conditionale, nisi unicum reperiretur, sed si additum fuit (occasione fideicommissi debendi) remissum fuit etiam futurum. Quarta fuit, quod quando est apposita clausula indefinita uniuersalis (remittentes omne ius quod habent uel habere sperant) & tunc remittūtur omnia iura ex quacunque causa competentia sed nō ex fideicommisso. Quinta fuit, quod per dictam clausulam potest esse remissum fideicommissum futurum nisi illud reperiatur. Quintum etiā principale habuimus, quod sentētia lata ex falsa causa ualet & transit in rem iudicatam nisi sit contra ius expressum legis, & quia hæc non fuit cōtra ius expressum ualuit, & ideò sequtum fuit quod hic fuit inique iudicatum, & quod fideicōmissum per clausulam hic positā non fuit remissum, tamen illa sententia fuit tanti uigoris quod potuit facere actorem uictum incidere in pœnā & teneri ad eam soluendam, & apparet quod materia fuit multum utilis & digna solemni repetitione, & hæc sufficiant pro declaratione istius. §.

Ioannes Bolognetus Salerni legens, & Messannæ repetita de anno. 1570. die ultima Iunij. in 10. lectionibus.

FINIS.

Brunorus Sol obstrusissimis caracteribus exemplar scriptum, & formas corrigebat.

Venetiis Io. Gryphius excudebat.
Impensis Io. Varisci, Hæredum Melchioris Sessæ, & Baptistæ de Calegaris.
M D L X X I.

colorchecker CLASSIC



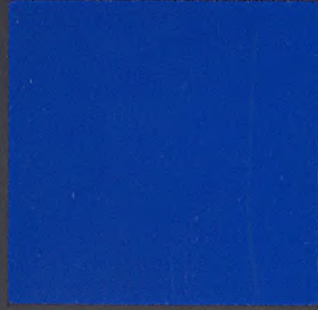























calibrite

mm